

Sharon Turpin and Latif Siddiqui *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General of Manitoba and the
Attorney General of British Columbia**
Interveners

INDEXED AS: R. v. TURPIN

File Nos.: 20509, 20510.

1988: June 16; 1989: May 4.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Lamer, Wilson,
Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial by jury — Accused charged with murder in Ontario requesting trial by judge alone — Criminal Code requiring, except in Alberta, that an accused charged with murder be tried by judge and jury — Whether accused entitled to a trial by judge alone — Whether ss. 429 and 430 of the Criminal Code violate s. 11(f) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether accused may waive their Charter right to a jury trial.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Accused charged with murder in Ontario requesting trial by judge alone — Criminal Code requiring, except in Alberta, that accused charged with murder be tried by judge and jury — Whether accused entitled to a trial by judge alone — Whether ss. 429 and 430 of the Criminal Code violate s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Waiver — Trial by jury — Whether an accused may waive his Charter right to a jury trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).

Criminal law — Trial by jury — Murder — Accused charged with murder in Ontario requesting trial by judge alone — Criminal Code requiring, except in Alberta, that accused charged with murder be tried by

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Sharon Turpin et Latif Siddiqui *Appelants*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada, le procureur
général du Manitoba et le procureur général
de la Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. TURPIN

N^{os} du greffe: 20509, 20510.

1988: 16 juin; 1989: 4 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,
Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et
L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès par jury — Prévenus inculpés de meurtre en Ontario demandant un procès devant un juge seul — Code criminel imposant, sauf en Alberta, que le prévenu inculpé de meurtre soit jugé devant un juge et un jury — Les prévenus ont-ils droit à un procès devant un juge seul? — Les articles 429 et 430 du Code criminel violent-ils l'art. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les prévenus peuvent-ils renoncer au droit que leur garantit la Charte à un procès par jury?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Prévenus inculpés de meurtre en Ontario demandant un procès devant un juge seul — Code criminel imposant, sauf en Alberta, que le prévenu inculpé de meurtre soit jugé devant un juge et un jury — Les prévenus ont-ils droit à un procès devant un juge seul? — Les articles 429 et 430 du Code criminel violent-ils l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Renonciation — Procès par jury — Un prévenu peut-il renoncer au droit que lui garantit la Charte à un procès par jury? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).

Droit criminel — Procès par jury — Meurtre — Prévenus inculpés de meurtre en Ontario demandant un procès devant un juge seul — Code criminel imposant, sauf en Alberta, que le prévenu inculpé de meurtre soit

* Le juge Le Dain n'a pas pris part au jugement.

judge and jury — Whether accused entitled to a trial by judge alone — Whether ss. 429 and 430 of the Criminal Code violate ss. 11(f) and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Except in Alberta, an accused charged with murder must, under ss. 427, 429 and 430 of the *Criminal Code*, be tried by a judge and jury. The appellants and a co-accused, who were charged with first degree murder in Ontario, made a pre-trial motion for a trial by a judge alone. The trial judge granted the motion holding that the effect of s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was to allow an accused to elect whether to be tried by a judge and jury or by a judge alone. He also held that ss. 427, 428 and 429 of the *Criminal Code* violated s. 15 of the *Charter* because s. 430 gave individuals charged with the same offence in Alberta an election to be tried by a judge alone. At trial, T was acquitted and S and the co-accused were convicted of second degree murder. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal on the ground that the trial judge had conducted the trial without jurisdiction, set aside the verdicts and ordered a new trial on the original charge for all three accused. The Court found that there had been no violations of ss. 11(f) and 15 of the *Charter*. These appeals are to determine (1) whether ss. 429 and 430 of the *Criminal Code*, which require, except in Alberta, a murder trial to be conducted before a judge and jury, violate appellants' right to waive a trial by jury under s. 11(f) of the *Charter*; and (2) whether s. 430 of the *Code*, which gives accused persons in Alberta (but not in any other province) an election to be tried before a judge alone, violates appellants' equality rights under s. 15 of the *Charter*.

Held: The appeals should be dismissed.

(1) *Section 11(f)*

Sections 429 and 430 of the *Code* do not violate s. 11(f) of the *Charter*. The purpose of s. 11(f) is to ensure that the interests of the accused are respected. It gives an accused the right to the benefit of a jury trial but does not force a jury trial on an accused if it is not to his benefit. The accused in these circumstances may waive the right. The accused, and not the courts, will decide which course is in his best interests in any given case. This interpretation accords with this Court's intention to interpret *Charter* rights in a broad and generous manner designed to ensure that those protected receive the full benefit of the protection. Further, to prevent an accused from waiving his right to the benefit of a jury trial would be to elevate the interests of society over the

jugé devant un juge et un jury — Les prévenus ont-ils droit à un procès devant un juge seul? — Les articles 429 et 430 du Code criminel violent-ils les art. 11f) et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Sauf en Alberta, un prévenu accusé de meurtre doit, en vertu des art. 427, 429 et 430 du *Code criminel*, être jugé devant un juge et un jury. Les appelants et un coaccusé, qui ont été inculpés de meurtre au premier degré en Ontario, ont présenté une requête préliminaire pour être jugés devant un juge seul. Le juge du procès a fait droit à cette requête et a conclu que l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* permettait à un accusé de choisir d'être jugé devant un juge et un jury ou devant un juge seul. Il a aussi statué que les art. 427, 428 et 429 du *Code criminel* violent l'art. 15 de la *Charte* parce que l'art. 430 permet aux personnes inculpées de la même infraction en Alberta d'être jugées devant un juge seul. Au procès, T a été acquitté et S et leur coaccusé ont été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public pour le motif que le juge du procès avait tenu le procès sans en avoir la compétence, a infirmé les verdicts et ordonné un nouveau procès relativement à l'accusation originale pour les trois accusés. La Cour a conclu qu'il n'y avait pas de violations de l'al. 11f) et de l'art. 15 de la *Charte*. Les présents pourvois visent à déterminer (1) si les art. 429 et 430 du *Code criminel*, qui exigent, sauf en Alberta, qu'un procès pour meurtre se déroule devant un juge et un jury, violent le droit des appelants de renoncer à un procès avec jury que leur confère l'al. 11f) de la *Charte*; et (2) si l'art. 430 du *Code*, qui donne aux personnes inculpées en Alberta (mais dans aucune autre province) le choix d'être jugées devant un juge seul, viole le droit à l'égalité devant la loi que l'art. 15 de la *Charte* garantit aux appelants.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

(1) *L'alinéa 11f)*

Les articles 429 et 430 du *Code* ne violent pas l'al. 11f) de la *Charte*. L'objet de l'al. 11f) est d'assurer que les intérêts de l'inculpé sont respectés. Il donne à l'inculpé le droit de bénéficier d'un procès par jury, mais ne le lui impose pas si l'inculpé ne juge pas cela avantageux. Dans ces circonstances, l'inculpé peut renoncer à ce droit. C'est à l'inculpé et non aux tribunaux de décider ce qui constitue l'intérêt supérieur de l'accusé dans un cas particulier. Cette interprétation s'accorde avec l'intention de cette Cour d'interpréter largement et généreusement les droits garantis par la *Charte* de manière à ce qu'ils protègent pleinement ceux à qui ils sont destinés. En outre, empêcher un inculpé de renoncer à son droit de bénéficier d'un procès par jury équi-

interests of the individual. Here, the appellants clearly waived their right to a jury trial. But a constitutional right to waive is not a constitutional right to elect. It cannot defeat the operation of s. 429 of the *Code*, which requires the appellants to be tried by a judge and jury. Nothing in s. 11(f) gives the appellants a constitutional right to elect their mode of trial or a constitutional right to be tried by judge alone so as to put the mandatory jury trial provisions of the *Criminal Code* into conflict with s. 11(f) of the *Charter*. When the appellants waived their *Charter* rights to a jury trial, their reliance on the Constitution ceased and the provisions of the *Criminal Code* governed.

Further, the appellants were not entitled to a declaration, under s. 24(1) of the *Charter*, that s. 429 of the *Code* did not apply to them on the ground that they had waived their *Charter* right to a jury trial. A section 24(1) remedy is available only where a *Charter* right of an accused has been infringed or denied. Section 429 of the *Code* does not infringe s. 11(f) of the *Charter* as there is no constitutional right to a non-jury trial included in s. 11(f).

(2) Section 15

The guarantee of equality before the law is designed to advance the value that all persons be subject to the equal demands and burdens of the law and not suffer any greater disability in the substance and application of the law than others. Here, the impugned provisions denied the appellants equality before the law. The appellants, who wished to be tried by a judge alone, were precluded from receiving such a trial by the combined force of ss. 427 and 429 of the *Criminal Code*. Section 430 of the *Code*, on the other hand, permits those charged with the same offence in Alberta to be tried by a judge alone. The impugned provisions of the *Code* treated the appellants and those charged with the offences listed in s. 427 more harshly than those charged with the same offences in the province of Alberta who, because of s. 430, have an opportunity to be tried by judge alone if they deem this to be to their advantage. However, while the distinction created by s. 430 resulted in a violation of appellants' rights to equality before the law, such distinction was not discriminatory in its purpose or effect and, therefore, did not violate s. 15 of the *Charter*. Persons resident outside Alberta and charged with s. 427 offences outside Alberta do not constitute a

vaut manifestement à faire passer l'intérêt de la société avant celui du particulier. En l'espèce, les appelants ont clairement renoncé à leur droit à un procès par jury. Mais un droit constitutionnel de renoncer n'est pas un droit constitutionnel de choisir. Il ne peut pas écarter l'application de l'art. 429 du *Code* qui exige que les appelants soient jugés devant un juge et un jury. Il n'y a rien dans l'al. 11f) qui confère aux appelants le droit constitutionnel de choisir le mode de procès ou le droit constitutionnel d'être jugé devant un juge seul, et qui le rende incompatible avec les dispositions impératives du *Code criminel* qui prescrivent un procès par jury. Lorsque les appelants renoncent au droit à un procès par jury que leur confère la *Charte*, ils ne peuvent plus invoquer la Constitution et le *Code criminel* les régit.

En outre, les appelants n'ont pas droit à une déclaration en vertu du par. 24(1) de la *Charte* portant que l'art. 429 du *Code* ne leur est pas applicable pour le motif qu'ils ont renoncé au droit à un procès par jury que leur garantit la *Charte*. Une réparation en vertu du par. 24(1) n'est possible que si on a porté atteinte à un droit que la *Charte* garantit à un inculpé. L'article 429 du *Code* ne viole pas l'al. 11f) de la *Charte* car cet alinéa ne confère pas de droit constitutionnel à un procès sans jury.

(2) L'article 15

La garantie d'égalité devant la loi vise à promouvoir le principe que toutes les personnes sont assujetties aux mêmes exigences et aux mêmes obligations en vertu de la loi et que nul ne doit supporter un inconvénient plus grand que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi. En l'espèce, les dispositions contestées privent les appelants du droit à l'égalité devant la loi. Les appelants qui veulent subir un procès devant un juge seul, en sont empêchés à cause de l'effet conjugué des art. 427 et 429 du *Code criminel*. D'autre part, l'art. 430 du *Code* permet aux personnes accusées de la même infraction en Alberta d'être jugées devant un juge seul. Les dispositions contestées du *Code* traitent les appelants et ceux qui sont accusés des infractions énumérées à l'art. 427 plus durement que les personnes accusées des mêmes infractions en Alberta qui, à cause de l'art. 430, ont la possibilité de choisir de subir un procès devant un juge seul si elles croient que c'est dans leur intérêt. Toutefois, quoique la distinction créée par l'art. 430 constitue une violation des droits des appelants à l'égalité devant la loi, cette distinction n'est pas discriminatoire par son objet ou par ses effets et ne viole donc pas l'art. 15 de la *Charte*. Les personnes qui ne résident pas en Alberta et qui sont accusées en dehors de l'Alberta des infractions énumérées à l'art. 427 ne constituent pas

disadvantaged group in Canadian society within the contemplation of s. 15.

Cases Cited

Applied: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; **distinguished:** *Singer v. United States*, 380 U.S. 24 (1965); *Adams v. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942); *R. v. Brown* (1986), 19 A. Crim. R. 136; *Patton v. United States*, 281 U.S. 276 (1930); *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; **disapproved:** *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127; **discussed:** *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *R. v. Martin* (1985), 27 C.R.R. 193; **referred to:** *R. v. Hamilton* (1986), 30 C.C.C. (3d) 257, leave to appeal refused April 9, 1987, [1987] 1 S.C.R. ix; *R. v. Frohman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Hardiman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 226; *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, [1987] 5 W.W.R. 577; *R. v. S.* (1988), 42 C.C.C. (3d) 41, leave to appeal granted September 30, 1988, [1988] 2 S.C.R. ix; *R. v. Emile* (1988), 42 C.C.C. (3d) 408; *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454; *R. v. Bailey* (1985), 17 C.R.R. 1; *R. v. Punch* (1985), 22 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Ertel* (1987), 20 O.A.C. 257; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *Re B.C. Motor Vehicles Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III [now R.S.C., 1985, App. III], s. 1(b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(f), 15, 24(1).
Commonwealth of Australia Constitution Act, s. 80.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Constitution of the United States, Art. III, Sixth Amendment.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 426, 427 [am. 1972, c. 13, s. 33; am. 1974-75-76, c. 93, s. 37; c. 105, s. 29], 428, 429, 430, 520(3), 618(2) [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18(2)].
Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 64.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "waiver".
 Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, 8th ed., 1778.

un groupe défavorisé dans la société canadienne au sens de l'art. 15.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; **distinction d'avec les arrêts:** *Singer v. United States*, 380 U.S. 24 (1965); *Adams v. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942); *R. v. Brown* (1986), 19 A. Crim. R. 136; *Patton v. United States*, 281 U.S. 276 (1930); *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; **arrêt critiqué:** *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127; **arrêts analysés:** *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *R. v. Martin* (1985), 27 C.R.R. 193; **arrêts mentionnés:** *R. v. Hamilton* (1986), 30 C.C.C. (3d) 257, autorisation de pourvoi rejetée le 9 avril 1987, [1987] 1 R.C.S. ix; *R. v. Frohman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Hardiman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 226; *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, [1987] 5 W.W.R. 577; *R. v. S.* (1988), 42 C.C.C. (3d) 41, autorisation de pourvoi accordée le 30 septembre 1988, [1988] 2 R.C.S. ix; *R. v. Emile* (1988), 42 C.C.C. (3d) 408; *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454; *R. v. Bailey* (1985), 17 C.R.R. 1; *R. v. Punch* (1985), 22 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Ertel* (1987), 20 O.A.C. 257; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *Renvoi: Motor Vehicles Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11(f), 15, 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 426, 427 [mod. 1972, chap. 13, art. 33; mod. 1974-75-76, chap. 93, art. 37; chap. 105, art. 29], 428, 429, 430, 520(3), 618(2) [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 18(2)].
Commonwealth of Australia Constitution Act, art. 80.
Constitution des États-Unis, art. III, Sixième amendement.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III [maintenant L.R.C. (1985), app. III], art. 1b).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19, art. 64.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, «waiver».
 Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, 8th ed., 1778.

Canada. Law Reform Commission. *The Jury* (Report 16). Ottawa: Law Reform Commission, 1982.

Canada. Law Reform Commission. *The Jury in Criminal Trials* (Working Paper 27). Ottawa: Law Reform Commission, 1980.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

Jowitt's Dictionary of English Law, vol. 2, 2nd ed. By John Burke. London: Sweet & Maxwell, 1977, "waiver".

Lepofsky, David and Hart Schwartz. "Constitutional Law—Charter of Rights and Freedoms—Section 15—An Erroneous Approach to the Charter's Equality Guarantee: *R. v. Ertel*" (1988), 67 *Can. Bar. Rev.* 115.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. I. London: MacMillan, 1883.

Whitebread, Charles and Christopher Slobogin. *Criminal Procedure: An Analysis of Cases and Concepts*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press Inc., 1986.

Canada. Commission de réforme du droit. *Le jury* (Rapport 16). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1982.

Canada. Commission de réforme du droit. *Le jury en droit pénal* (Document de travail 27). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1980.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

Jowitt's Dictionary of English Law, vol. 2, 2nd ed. By John Burke. London: Sweet & Maxwell, 1977, «waiver».

Lepofsky, David and Hart Schwartz. «Constitutional Law—Charter of Rights and Freedoms—Section 15—An Erroneous Approach to the Charter's Equality Guarantee: *R. v. Ertel*» (1988), 67 *R. du B. can.* 115.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. I. London: MacMillan, 1883.

Whitebread, Charles and Christopher Slobogin. *Criminal Procedure: An Analysis of Cases and Concepts*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press Inc., 1986.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3d) 289, 60 C.R. (3d) 63, 30 C.R.R. 193, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on a charge of first degree murder. Appeals dismissed.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3d) 289, 60 C.R. (3d) 63, 30 C.R.R. 193, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement des accusés relativement à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvois rejetés.

Michael D. Edelson and Mark Ledwell, for the appellant Siddiqui.

Michael D. Edelson et Mark Ledwell, pour l'appellant Siddiqui.

Donald B. Bayne, for the appellant Turpin.

Donald B. Bayne, pour l'appelante Turpin.

W. J. Blacklock and K. L. Campbell, for the respondent.

W. J. Blacklock et K. L. Campbell, pour l'intimée.

S. R. Fainstein, Q.C., Irit Weiser and Michael Zigayer, for the intervener the Attorney General of Canada.

S. R. Fainstein, c.r., Irit Weiser et Michael Zigayer, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert Houston, Q.C., for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Robert Houston, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Joseph J. Arvay, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

WILSON J.—The appellants claim in these appeals that certain provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 426-430, which

LE JUGE WILSON—Dans les présents pourvois, les appelants soutiennent que les dispositions des art. 426 à 430 du *Code criminel*, S.R.C. 1970,

require their trial for murder to be conducted before a judge and jury, violate their right to waive a trial by jury under s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be justified under s. 1. They also claim that s. 430 of the *Criminal Code* which gives accused persons in Alberta, but not in any other province, an election to be tried before a judge alone violates their equality rights under s. 15 of the *Charter* and cannot be justified under s. 1.

The following are the relevant provisions of the *Code* and of the *Charter*:

Criminal Code

426. Every superior court of criminal jurisdiction has jurisdiction to try any indictable offence.

427. Every court of criminal jurisdiction has jurisdiction to try an indictable offence other than

(a) an offence under any of the following sections, namely,

- (i) section 47,
- (ii) section 49,
- (iii) section 51,
- (iv) section 53,
- (v) section 62,
- (vi) section 75,
- (vii) section 76, or
- (viii) section 218,

(b) the offence of being an accessory after the fact to high treason or treason or murder,

(c) an offence under section 108 by the holder of a judicial office,

(d) the offence of attempting to commit any offence mentioned in subparagraphs (a)(i) to (vii), or

(e) the offence of conspiring to commit any offence mentioned in paragraph (a).

428. Subject to this Act, every superior court of criminal jurisdiction and every court of criminal jurisdiction that has power to try an indictable offence is competent to try an accused for that offence

(a) if the accused is found, is arrested or is in custody within the territorial jurisdiction of the court; or

(b) if the accused has been committed for trial to, or has been ordered to be tried by

chap. C-34, qui exigent que leur procès pour meurtre se déroule devant un juge et un jury, violent le droit de renoncer à un procès avec jury que leur confère l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elles ne sauraient être justifiées en vertu de l'article premier. Ils soutiennent aussi qu'en offrant aux personnes inculpées en Alberta, mais non à celles inculpées dans les autres provinces, la possibilité de choisir un procès devant un juge seul, l'art. 430 du *Code criminel* viole les droits à l'égalité devant la loi que leur garantit l'art. 15 de la *Charte* et qu'il ne saurait être justifié en vertu de l'article premier.

Voici les dispositions pertinentes du *Code* et de la *Charte*:

Code criminel

426. Toute cour supérieure de juridiction criminelle est compétente pour juger un acte criminel.

427. Toute cour de juridiction criminelle est compétente pour juger un acte criminel autre

a) qu'une infraction visée par l'un des articles suivants, savoir:

- (i) article 47,
- (ii) article 49,
- (iii) article 51,
- (iv) article 53,
- (v) article 62,
- (vi) article 75,
- (vii) article 76, ou
- (viii) article 218.

b) que l'infraction d'être complice après le fait d'une haute trahison, d'une trahison ou d'un meurtre,

c) qu'une infraction aux termes de l'article 108 par le détenteur de fonctions judiciaires,

d) que l'infraction de tentative de commettre une infraction mentionnée aux sous-alinéas a)(i) à (vii), ou

e) que l'infraction de comploter en vue de commettre une infraction mentionnée à l'alinéa a).

428. Sous réserve de la présente loi, toute cour supérieure de juridiction criminelle, comme toute cour de juridiction criminelle qui a le pouvoir de juger un acte criminel, est compétente pour juger un accusé à l'égard de ladite infraction,

a) si le prévenu est trouvé, arrêté ou sous garde dans la juridiction territoriale de la cour; ou

b) si le prévenu a été renvoyé pour subir son procès, ou s'il lui a été ordonné d'être jugé

- (i) that court, or
- (ii) any other court, the jurisdiction of which has by lawful authority been transferred to that court.

429. Except where otherwise expressly provided by law, every accused who is charged with an indictable offence shall be tried by a court composed of a judge and jury.

430. Notwithstanding anything in this Act, an accused who is charged with an indictable offence in the Province of Alberta may, with his consent, be tried by a judge of the superior court of criminal jurisdiction of Alberta without a jury.

I note that the above s. 430 was repealed by the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, s. 64, and the following substituted in its place:

430. (1) Notwithstanding anything in this Act, an accused charged with an offence listed in section 427 may, with his consent and that of the Attorney General, be tried without a jury by a judge of a superior court of criminal jurisdiction.

(2) Notwithstanding anything in this Act, where the consent of an accused and the Attorney General is given in accordance with subsection (1), such consent shall not be withdrawn unless both the accused and the Attorney General agree to the withdrawal.

The new section did not, however, come into force until December 4, 1985 after the trial judge had ruled in this matter.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

11. Any person charged with an offence has the right

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups

- (i) devant cette cour, ou
- (ii) devant toute autre cour dont la juridiction a été, par autorité légitime, transférée à cette cour.

429. Sauf dans le cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente, tout prévenu inculpé d'un acte criminel doit être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury.

430. Nonobstant toute disposition de la présente loi, un prévenu inculpé d'un acte criminel dans la province d'Alberta peut être jugé, de son propre consentement, par un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle d'Alberta, sans jury.

Je souligne que l'art. 430 a été abrogé et remplacé par ce qui suit dans la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, chap. 19, art. 64:

430. (1) Nonobstant toute disposition de la présente loi, une personne accusée d'une infraction visée à l'article 427 peut être jugée sans jury par un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle si elle-même et le procureur général y consentent.

(2) Nonobstant toute disposition de la présente loi, le consentement accordé par le procureur général et l'accusé conformément au paragraphe (1) ne peut être retiré que si l'accusé et le procureur général y consentent tous deux.

Le nouvel article n'est cependant entré en vigueur que le 1^{er} décembre 1985, c'est-à-dire après la décision du juge du procès en l'espèce.

Charte canadienne des droits et libertés

11. Tout inculpé a le droit:

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notam-

including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

1. The Facts

The appellants Sharon Turpin and Latif Siddiqui were jointly charged along with Whitley Clauzel with the first degree murder of Paul Turpin. Paul Turpin was Sharon Turpin's husband and he was killed on February 8, 1983. The appellant Sharon Turpin made a pre-trial motion on April 29, 1985 under s. 520(3) of the *Criminal Code* to be tried separately from the two co-accused claiming that she would be prejudiced by the introduction at her trial of statements made by them. On May 3, 1985 the trial judge granted the motion for a separate trial on the condition that Sharon Turpin would only be entitled to a separate trial if she was tried by a judge and jury and not by a judge alone. The trial judge stated:

Without repeating the evidence, I would conclude that before a jury, that is, if presented before a jury such statements would be clearly prejudicial to the applicant as they are totally inadmissible against her. I would therefore conclude that the ends of justice require, or would require that an order be made that she be tried separately if she is to be tried by a jury . . .

On May 9, 1985 the trial judge ruled on a motion made by the appellants and the co-accused Whitley Clauzel for a trial by a judge alone. The trial judge held that the effect of s. 11(f) of the *Charter* was to allow the accused to elect whether to be tried by a judge and jury or by a judge alone. He also ruled that ss. 427, 428 and 429 of the *Criminal Code* violated s. 15 of the *Charter* because s. 430 gave individuals charged with the same offence in Alberta an election to be tried by a judge alone. All three forthwith elected to be tried by a judge alone and the trial proceeded.

ment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

a 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

1. Les faits

Les appelants Sharon Turpin et Latif Siddiqui ont été conjointement inculpés, avec Whitley Clauzel, du meurtre au premier degré de Paul Turpin. Paul Turpin, le mari de Sharon Turpin, a été assassiné le 8 février 1983. Le 29 avril 1985, l'appelante Sharon Turpin a présenté une requête d préliminaire au procès en application du par. 520(3) du *Code criminel* afin d'être jugée séparément des deux autres accusés pour le motif que, selon elle, la présentation à son procès des déclarations des autres accusés lui porterait préjudice. Le e 3 mai 1985, le juge du procès a fait droit à cette requête de procès distinct à la condition que Sharon Turpin subisse son procès devant un juge et un jury et non devant un juge seul. Le juge du f procès a dit:

[TRADUCTION] Sans répéter la preuve, je suis d'avis qu'en présence d'un jury, c'est-à-dire si les déclarations étaient soumises au jury, elles nuiraient manifestement à l'appelante puisqu'elles sont complètement inadmissibles g contre elle. Je suis donc d'avis que la justice commande une ordonnance de procès distinct, à la condition qu'elle subisse un procès avec jury . . .

Le 9 mai 1985, le juge du procès a statué sur la h requête présentée par les appelants et leur coaccusé Whitley Clauzel en vue de subir un procès devant un juge seul. Le juge du procès a conclu que l'al. 11f) de la *Charte* avait pour effet de permettre à un accusé de choisir d'être jugé devant i un juge et un jury ou devant un juge seul. Il a aussi statué que les art. 427, 428 et 429 du *Code criminel* violent l'art. 15 de la *Charte* parce que l'art. 430 permet aux personnes inculpées de la même infraction en Alberta d'être jugées devant un juge j seul. Les trois accusés ont alors choisi de subir leur procès devant un juge seul et le procès a commencé.

On July 25, 1985 the trial judge acquitted the appellant Sharon Turpin and convicted the appellant Latif Siddiqui and the co-accused Whitley Clauzel of second degree murder. The Crown appealed and on August 20, 1987 the Ontario Court of Appeal allowed the appeal on the ground that the trial judge had conducted the trial without jurisdiction. The Court of Appeal set aside the verdicts and ordered a new trial for first degree murder for all three accused. The appellants appealed to this Court as of right pursuant to s. 618(2) of the *Criminal Code*.

2. The Courts Below

Ontario High Court

On May 9, 1985 Sirois J. granted the appellants' motion for a trial by a judge alone based on his interpretation of their rights under ss. 11(f) and 15 of the *Charter*: (1985), 18 C.R.R. 323. He found that there was an implied right in s. 11(f) to waive the benefit of a jury trial and to have a trial by judge alone. He stated at p. 328:

Since the enactment on April 17, 1982, of the *Constitution Act, 1982* s. 11(f) of the *Charter* has given any person charged in the case of an offence where the punishment is imprisonment for five years or more, the right to the benefit of the jury trial or impliedly the right to waive such jury trial and elect to be tried by a judge alone. That person may insist upon the benefit of a trial by a jury that cannot be removed by a section of the *Code* as stated in *R. v. Bryant, supra*, but that same person may waive such a benefit and choose to be tried by a judge alone. Section 11(f) of the *Charter* therefore, in my opinion, is the exception referred to in s. 429 of the *Criminal Code* which starts by saying: "Except where otherwise provided expressly by law".

Sirois J. also held in the alternative that the appellants were entitled to the benefit of a trial by a judge alone under s. 15 of the *Charter* because such benefit was provided by s. 430 of the *Criminal Code* then in force to those in the same position as the appellants in the province of Alber-

Le 25 juillet 1985, le juge du procès a acquitté l'appelante Sharon Turpin et a déclaré l'appellant Latif Siddiqui et leur coaccusé Whitley Clauzel coupables de meurtre au deuxième degré. La poursuite a interjeté appel et, le 20 août 1987, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel pour le motif que le juge du procès avait tenu le procès sans avoir compétence pour le faire. La Cour d'appel a infirmé les verdicts et ordonné un nouveau procès relativement à l'accusation de meurtre au premier degré pour les trois accusés. Les appelants se pourvoient de plein droit devant cette Cour, conformément au par. 618(2) du *Code criminel*.

2. Les tribunaux d'instance inférieure

La Haute Cour de l'Ontario

Le 9 mai 1985, le juge Sirois a fait droit à la requête présentée par les appelants en vue d'obtenir un procès devant un juge seul en raison de l'interprétation qu'il a donnée des droits que l'al. 11f) et l'art. 15 de la *Charte* leur conféraient: (1985), 18 C.R.R. 323. Il a conclu que l'al. 11f) permet implicitement de renoncer au bénéfice d'un procès avec jury et de choisir un procès devant un juge seul. Il dit, à la p. 328:

[TRADUCTION] Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le 17 avril 1982, l'al. 11f) de la *Charte* confère à toute personne accusée d'une infraction qui rend passible de cinq ans d'emprisonnement ou plus le droit de bénéficier d'un procès avec jury ou, implicitement, le droit de renoncer à ce procès avec jury et de choisir d'être jugée devant un juge seul. Cette personne peut exiger de bénéficier d'un procès avec jury sans qu'aucun article du *Code* ne puisse l'en priver, comme on l'affirme dans l'arrêt *R. v. Bryant*, précité, mais la même personne peut renoncer à ce bénéfice et choisir de subir un procès devant un juge seul. Par conséquent, j'estime que l'al. 11f) de la *Charte* constitue l'exception dont parle l'art. 429 du *Code criminel* qui commence par les mots: «Sauf dans le cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente».

Le juge Sirois a aussi statué, à titre subsidiaire, que les appelants avaient le droit de bénéficier d'un procès devant un juge seul en vertu de l'art. 15 de la *Charte* parce que l'art. 430 du *Code criminel*, alors en vigueur, accordait cet avantage à ceux qui, en Alberta, se trouvaient dans la même

ta. Sirois J. quoted s. 15 of the *Charter* and concluded at p. 331:

Section 52 of the *Constitution Act, 1982* states that to the extent of the inconsistency of that section, it is of no force and effect if it does not pass step No. 1, which is the purpose test, and its effects also offend the rights and therefore the effect test is not met by the legislation, the onus is then on the Crown to show that ss. 428 and 429 constitute a reasonable limit that is reasonably justifiable in a free and democratic society, but I find that the Crown has failed to do so. The Crown has not met the burden of persuading me that ss. 428, 429 and 430 are a reasonable limit on the right of the Ontario accused to equal benefit of the law as can be demonstrated [*sic*] justified in a free and democratic society.

Therefore, under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, ss. 429 and 428, to the extent of that inconsistency, are of no force or effect to prevent the accused from exercising the right of election granted by s. 430 to the citizens of Alberta. I will therefore grant the accused their application, subject to their electing today, pursuant to the wording analogous to the one in s. 492, and counsel I am referring to the one in s-s. (3), a re-election will take this form "You have elected or are deemed to have elected to be tried by a court composed by a judge and jury. Do you now elect to be tried by a judge without a jury?"

Ontario Court of Appeal

The Ontario Court of Appeal (Martin, Grange and Tarnopolsky JJ.A.) allowed the Crown's appeal, finding that there were no violations of ss. 11(f) or 15 of the *Charter*: (1987), 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3d) 289, 60 C.R. (3d) 63, 30 C.R.R. 193 (hereinafter cited to C.C.C.) They stated at p. 293:

Even if we assume that trial by jury in a murder case is a benefit only to the accused (and not also to the Crown representing the public) we do not see how he can waive that benefit for two reasons. First, the *Criminal Code* at the relevant time provided for no other method of trying a murder case and secondly, the granting of the benefit does not mean the converse, namely that the accused necessarily has a right to decline the benefit or to have the benefit of not being tried by jury.

situation que les appelants. Le juge Sirois conclut après avoir cité l'art. 15, à la p. 331:

[TRADUCTION] L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* affirme que, dans la mesure où il est incompatible, cet article est inopérant s'il ne résiste à la première épreuve, qui est le critère de l'objet visé, et de plus, étant donné que ses effets violent aussi les droits dont il est question, la disposition législative ne satisfait pas au critère de l'effet. Alors, il incombe à la poursuite de démontrer que les art. 428 et 429 constituent une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, mais, quant à moi, la poursuite n'a pas réussi à le faire. La poursuite ne s'est pas acquittée de l'obligation de me convaincre que les art. 428, 429 et 430 constituent une limite raisonnable au droit des accusés de l'Ontario à l'égalité devant la loi, dont la justification puisse démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En conséquence, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans la mesure où ils sont ainsi incompatibles, les art. 429 et 428 sont inopérants afin d'empêcher les accusés de se prévaloir du droit de choisir dont jouissent les citoyens de l'Alberta. Je ferai donc droit à la demande des accusés, pourvu qu'ils exercent leur choix maintenant, selon la formulation de l'art. 492 et, pour les avocats, je veux dire celle que prévoit le par. (3), selon la formule: «Vous avez choisi ou êtes censés avoir choisi d'être jugés par une cour composée d'un juge et d'un jury. Choisissez-vous maintenant d'être jugés par un juge sans jury?»

La Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel de l'Ontario (les juges Martin, Grange et Tarnopolsky) a accueilli l'appel interjeté par la poursuite et a conclu qu'il n'y avait eu violation ni de l'al. 11f) ni de l'art. 15 de la *Charte*: (1987), 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3d) 289, 60 C.R. (3d) 63, 30 C.R.R. 193 (ci-après cité au C.C.C.) La cour affirme, à la p. 293:

[TRADUCTION] Même en présumant que le procès avec jury dans une affaire de meurtre profite seulement à l'accusé (et qu'il ne profite pas à la poursuite qui représente la société), nous ne voyons pas comment il peut renoncer à cet avantage pour deux motifs. Premièrement, à l'époque en cause, les dispositions pertinentes du *Code criminel* ne permettaient pas d'autre manière de tenir le procès dans une affaire de meurtre et, deuxièmement, l'attribution d'un avantage ne signifie pas que l'inverse est vrai, savoir que l'accusé a forcément le droit de renoncer à cet avantage et de ne pas être jugé devant un juge et un jury.

They cited the American authorities on this matter with approval and stated at pp. 294-95:

We agree that in this country, also, the government (*i.e.*, the Crown) has a legitimate interest in the method of trial of the most heinous of crimes. The *Criminal Code* has decreed that it will be by jury. Until the amendment of December, 1985, there was no other method provided for outside Alberta. Section 11(f) of the Charter simply assured that trial by jury for murder (and other serious crimes) would continue as a right of the accused. It in no way affected the similar right in the Crown nor granted any unilateral right of waiver in the accused. Indeed, there was no right of waiver even with the consent of the Crown until the enactment in December, 1985, of the new s. 430 of the *Code*.

In finding that there was no violation of s. 15 of the *Charter* the Court of Appeal followed the three step test set out in *R. v. Ertel* (1987), 20 O.A.C. 257 (Ont. C.A.) The Court of Appeal first rejected the Crown's submission that a class protected under s. 15 must be defined by some personal characteristic and found that there was a class of individuals here who were treated differently. The Court of Appeal stated at p. 296:

In the case now before the court, therefore, the question is: does the law treat that class of persons who are charged with murder in Ontario differently from the class of persons charged with murder in Alberta? The effect of ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* is to treat individuals charged with murder in Alberta differently from their counterparts in other provinces because the latter class of persons is limited to a trial by a judge and a jury while the former class can, with the agreement of the judge, be tried by a judge alone.

They then found that the identified class of accused persons in Alberta was similarly situated to accused persons charged with the same offences in the rest of Canada. They stated at p. 298:

Although the historical difficulties of obtaining 12-person juries in sparsely settled territories may have been a rational basis for deciding that the two classes were not

La cour a mentionné, en l'approuvant, la jurisprudence américaine sur cette question, pour affirmer aux pp. 294 et 295:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis qu'ici aussi, l'État (c'est-à-dire la poursuite) a un intérêt légitime dans la façon de juger les crimes les plus odieux. Le *Code criminel* édicte que le procès se fera avec jury. Jusqu'à la modification de décembre 1985, il n'existait pas d'autre méthode pour les personnes hors de l'Alberta. L'alinéa 11f) de la *Charte* garantit simplement que le procès avec jury continuera d'exister pour le meurtre (et les autres crimes graves) à titre de droit de l'accusé. Il n'a modifié en rien le droit semblable de la poursuite, ni n'a accordé à l'accusé le droit d'y renoncer unilatéralement. Il n'y avait même pas de droit de renonciation, même avec le consentement de la poursuite, jusqu'à l'adoption en décembre 1985 du nouvel article 430 du *Code*.

Pour conclure qu'il n'y avait pas eu de violation de l'art. 15 de la *Charte*, la cour a appliqué le critère en trois étapes énoncé dans l'arrêt *R. v. Ertel* (1987), 20 O.A.C. 257 (C.A. Ont.) La Cour d'appel a d'abord rejeté la prétention de la poursuite selon laquelle une catégorie de personnes protégées en vertu de l'art. 15 doit se définir en fonction d'une caractéristique personnelle et elle a conclu qu'il y avait, en l'espèce, une catégorie de personnes traitées différemment des autres. La Cour d'appel dit, à la p. 296:

[TRADUCTION] Dans l'affaire dont nous sommes saisis, la question qui se pose est celle-ci: la loi traite-elle la catégorie des personnes inculpées de meurtre en Ontario différemment de la catégorie des personnes inculpées de meurtre en Alberta? Les articles 429 et 430 du *Code criminel* font en sorte que les personnes inculpées de meurtre en Alberta sont traitées différemment de leur homologues dans les autres provinces parce que les personnes de cette dernière catégorie sont confinées à un procès devant un juge et un jury alors que celles de la première catégorie peuvent, avec l'assentiment du juge, subir un procès devant un juge seul.

La cour a ensuite conclu que la catégorie définie des personnes accusées en Alberta était dans une situation semblable à celle des personnes accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada. La cour dit ceci, à la p. 298:

[TRADUCTION] Bien que la difficulté, dans le passé, de constituer des jurys de 12 personnes dans les territoires peu densément peuplés puisse avoir justifié de décider

similarly situated at *that* time, and although such historical differences may be a factor in the determination of the third step in a s. 15(1) analysis or in a s. 1 justification, it cannot be the basis for concluding that in 1985 the class of persons charged with murder in Ontario was not similarly situated to the class of persons charged with murder in Alberta. This conclusion is supported by the decision that was made by Parliament in 1985 to change s. 430 so as to provide the same right of election throughout Canada, although only with the consent of the Crown.

The Court of Appeal then went on to address the question whether the difference in treatment was discriminatory. They first found that accused persons outside Alberta suffered a disadvantage in not having the right to elect their mode of trial. They stated at pp. 299-300:

Mr. Gold, on behalf of the respondents in this case, suggested that it is the having of the option, "the ability to elect one's mode of trial" that was a benefit which accused persons charged with murder in Alberta had over accused persons charged with murder elsewhere in Canada. We have to agree with that submission. A choice as to having or not having a jury trial (even though limited by the overriding determination by the trial judge), based upon the advantages of one mode of trial over the other because of a wide range of factors, such as: the nature and circumstances of the killing, the amount of publicity, the reaction in the community, the size of the community from which the jury is being drawn and even the preference of defence counsel with respect to trying to convince a jury or a judge of the defence version of the facts (or leave them with a reasonable doubt), indicates that having that choice must be considered a benefit. The absence of that benefit in Ontario must be considered a disadvantage.

The next step, then, is to determine whether the disadvantage is "so unfair as to be discriminatory, having regard to the purpose and effect of the legislation". Is the disadvantage so "invidious" or "unfair" or "irrational" as to be discriminatory? In answering this question it is important to keep in mind that in this case the difference in the classes compared is a geographic one, that it arises not so much because of a decision to deny a benefit in nine provinces as to continue a benefit in one, and that for historical reasons.

que les deux catégories n'étaient pas dans la même situation à *cette* époque, et que ces différences historiques puissent constituer un facteur à considérer dans la troisième étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1) ou dans la justification en vertu de l'article premier, elle ne permet pas de conclure qu'en 1985 la catégorie des personnes inculpées de meurtre en Ontario n'était pas dans une situation semblable à la catégorie des personnes inculpées de meurtre en Alberta. Cette conclusion est appuyée par la décision prise par le Parlement en 1985 de modifier l'art. 430 de manière à accorder le même droit de choisir partout au Canada, sous réserve uniquement du consentement de la poursuite.

La Cour d'appel a alors examiné si la différence de traitement est discriminatoire. Elle a d'abord conclu que les personnes accusées ailleurs qu'en Alberta ont le désavantage de ne pas avoir le droit de choisir leur mode de procès. La cour affirme, aux pp. 299 et 300:

[TRADUCTION] M^e Gold, qui représente les intimés en l'espèce laisse entendre que le fait d'avoir le choix, «la possibilité de choisir leur mode de procès», constitue l'avantage qu'ont les personnes inculpées de meurtre en Alberta par rapport aux personnes inculpées de meurtre ailleurs au Canada. Nous nous devons d'accepter cette prétention. Il faut considérer comme un avantage le choix de subir ou non un procès avec jury (même si ce choix est limité par la décision prépondérante du juge du procès), si l'on tient compte des avantages qu'offre un mode de procès par rapport à l'autre à cause de toute une gamme de facteurs comme la nature et les circonstances de l'assassinat, la publicité qui a entouré l'affaire, la réaction du public, la taille de la collectivité d'où le jury sera tiré et même la préférence de l'avocat de la défense pour ce qui est de convaincre un jury ou un juge de la véracité de la version des faits données par la défense (ou de susciter chez eux un doute raisonnable). Il faut considérer l'absence de cet avantage en Ontario comme un désavantage.

La prochaine étape consiste à déterminer si ce désavantage est «injuste au point d'être discriminatoire, compte tenu de l'objet et de l'effet de la loi.» Est-il «odieux», «injuste» ou «déraisonnable» au point d'être discriminatoire. En répondant à cette question, il faut se rappeler que la différence entre les catégories comparées est d'ordre géographique, qu'elle tient moins à la décision de priver neuf provinces d'un avantage qu'à en perpétuer un dans une province pour des motifs historiques.

The Court of Appeal concluded that the disadvantage was not invidious, unfair or irrational. They noted at p. 301:

Because of the general jurisdiction of the provinces over the administration of justice, including the prosecution of the criminal laws enacted by Parliament, absolute uniformity of criminal procedure as it applies throughout Canada, may be impossible or undesirable, especially given historical differences.

Canada has a long history of substantial variations in the procedure applicable in various provinces with respect to the trial of criminal cases.

After noting variations in the criminal trial procedures available under the *Criminal Code* in different provinces, the Court of Appeal concluded at p. 302:

If any of these variations were found to be an advantage, would Parliament have had to extend them to every other province? It seems unreasonable to so require. If it is unreasonable to so require, can one conclude that there is such an "invidious" or "unfair" or "irrational" distinction with respect to the requirement for jury trials for charges of murder in all provinces except Alberta as to amount to "discrimination" for purposes of s. 15? It cannot be so. We would have to conclude, therefore, that the limited option of a non-jury trial of a murder charge in Alberta, whereas that option was not available in any of the other provinces or the two Territories, did not amount to discrimination in the sense of a denial of equal benefit of the law pursuant to s. 15(1) of the Charter.

They stated that it was not necessary to address the issue of justification under s. 1 of the *Charter* but added at p. 302:

However, if the conclusion had been reached in this case that s. 15(1) was violated, then for the same reasons concerning geographical distinctions in a federal system, we would have held that whatever disadvantage the respondents may have had in 1985, was the result of a reasonable limitation which was demonstrably justified in a free, democratic and *federally organized* society. [Emphasis in original.]

La Cour d'appel a conclu que le désavantage subi n'est ni odieux, ni injuste, ni déraisonnable. Elle précise, à la p. 301:

[TRADUCTION] En raison de la compétence générale des provinces en matière d'administration de la justice, y compris les poursuites nécessaires à l'application du droit criminel adopté par le Parlement, il est peut-être impossible ou peu souhaitable d'arriver à l'uniformité absolue de la procédure criminelle partout au Canada, compte tenu particulièrement des différences historiques.

Le Canada connaît depuis toujours des différences importantes dans la procédure applicable d'une province à l'autre relativement aux procès en matière criminelle.

Après avoir souligné les différences qui existent d'une province à l'autre dans la procédure applicable aux procès criminels, en vertu du *Code criminel*, la Cour d'appel conclut, à la p. 302:

[TRADUCTION] Si on concluait que l'une ou l'autre de ces différences constitue un avantage, le Parlement serait-il tenu d'offrir cet avantage à toutes les autres provinces? Il semble déraisonnable de l'exiger. S'il est déraisonnable de l'exiger, peut-on conclure que la distinction que résulte du fait d'imposer un procès avec jury relativement aux accusations de meurtre dans toutes les provinces autres que l'Alberta, est «odieuse», «injuste» ou «déraisonnable» au point de constituer de la «discrimination» au sens de l'art. 15? C'est impossible. Nous devrions alors conclure que le choix restreint de subir un procès sans jury relativement à une accusation de meurtre en Alberta, quand ce choix n'est pas possible dans aucune autre province, ni dans les deux Territoires, ne constitue pas de la discrimination au sens d'un déni de protection égale de la loi selon le par. 15(1) de la Charte.

La cour précise qu'il ne lui est pas nécessaire d'aborder la question de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte*, mais elle ajoute, à la p. 302:

[TRADUCTION] Cependant, si nous avons conclu en l'espèce qu'il y a eu violation du par. 15(1), alors pour les mêmes raisons que celles qui s'appliquent aux distinctions d'ordre géographique dans un régime fédéral, nous aurions statué que, quel que soit le désavantage que les intimés peuvent avoir subi en 1985, il découlait d'une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique et *organisée en État fédéral*. [En italique dans l'original.]

On the appellants' appeals to this Court as of right the Chief Justice set the following questions for both appeals:

1. Do ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) requiring in Ontario a jury trial in murder cases, contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by denying the right of an accused person to waive the benefit of the guarantee by trial by jury.
2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Do ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) requiring in Ontario in 1985 a jury trial in murder cases, but permitting in Alberta in 1985 a non-jury murder trial, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If the answer to question 3 is affirmative, are ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

3. The Issues

Section 11(f) of the Charter

The appellants' claims require an examination of the nature and purpose of the guarantee of a jury trial contained in s. 11(f) of the *Charter*. The right of the accused to receive a trial before a judge and jury of his or her peers is an important right which individuals have historically enjoyed in the common law world. The jury has often been praised as a bulwark of individual liberty. Sir William Blackstone, for example, called the jury "the glory of the English law" and "the most transcendent privilege which any subject can enjoy": Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (8th ed. 1778), vol. 3, at p. 379.

The jury serves collective or social interests in addition to protecting the individual. The jury advances social purposes primarily by acting as a vehicle of public education and lending the weight

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes aux fins des deux pourvois formés de plein droit devant cette Cour par les appelants:

1. Les articles 429 et 430 du *Code criminel*, qui exigeaient en Ontario (selon le texte existant en mai 1985) un procès avec jury dans les affaires de meurtre, violent-ils les droits et les libertés garantis par l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en privant un accusé du droit de renoncer au bénéfice de la garantie d'un procès avec jury?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, les art. 429 et 430 du *Code criminel* (selon le texte existant en mai 1985) sont-ils justifiés aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
3. Les articles 429 et 430 du *Code criminel*, qui exigeaient en Ontario, en 1985 (selon le texte existant en mai 1985), un procès avec jury dans les affaires de meurtre, mais autorisaient en Alberta, en 1985, un procès pour meurtre sans jury, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, les art. 429 et 430 du *Code criminel* (selon le texte existant en mai 1985) sont-ils justifiés aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

f 3. Les questions en litige

L'alinéa 11f) de la Charte

Les demandes des appelants exigent d'examiner la nature et l'objet de la garantie d'un procès avec jury que comporte l'al. 11f) de la *Charte*. Le droit d'un accusé de subir un procès devant un juge et un jury composé de ses pairs est un droit important dont les personnes jouissent depuis fort longtemps dans les pays de *common law*. Le jury a souvent été louangé comme étant le rempart des libertés individuelles. Par exemple, sir William Blackstone a qualifié le jury de [TRADUCTION] «gloire du droit anglais» et de [TRADUCTION] «privilege le plus transcendant dont tout sujet peut jouir»: Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (8^e éd. 1778), vol. 3, à la p. 379.

Le jury joue un rôle collectif ou social en plus d'assurer la protection des individus. Le jury remplit ce rôle social premièrement en servant de moyen d'éducation du public et en incorporant les

of community standards to trial verdicts. Sir James Stephen underlined the collective interests served by trial by jury when he stated:

... trial by jury interests large numbers of people in the administration of justice and makes them responsible for it. It is difficult to over-estimate the importance of this. It gives a degree of power and of popularity to the administration of justice which could hardly be derived from any other source.

(J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, at p. 573.)

In both its study paper (*The Jury in Criminal Trials* (1980), at pp. 5-17) and in its report to Parliament (*The Jury* (1982), at p. 5) the Law Reform Commission of Canada recognized that the jury functions both as a protection for the accused and as a public institution which benefits society in its educative and legitimizing roles.

Accepting then that the jury serves both individual and societal interests, the question we have to answer is: what interests are protected by s. 11(f) of the *Charter*?

I start with the proposition that, whatever other interests s. 11(f) of the *Charter* may be designed to protect, it is certainly designed to protect the interests of those charged with criminal offences and to place corresponding duties on the state to respect such interests. In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, Lamer J., in his analysis of the right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Charter*, referred to the separate individual and collective interests served by timely trials but concluded at p. 917 that the real purpose of the s. 11(b) right was to protect the interests of the individual and not of society:

Section 11(b) enunciates an individual right to be tried within a reasonable time for all persons charged with an offence. I wish to emphasize at the outset that this right is, in its nature, an individual right and has no collective rights dimension. While society may well have an interest in the prompt and effective prosecution of criminal cases, that interest finds no expression in

normes de la société aux verdicts des procès. Sir James Stephen souligne le rôle collectif que remplit le procès par jury dans les termes suivants:

[TRANSLATION] ... le procès avec jury intéresse un grand nombre de personnes à l'administration de la justice et leur en fait porter la responsabilité. On ne saurait accorder trop d'importance à cet aspect. Il confère un degré de puissance et de popularité à l'administration de la justice qui pourrait difficilement provenir d'une autre source.

(J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, à la p. 573.)

Aussi bien dans son document de travail intitulé *Le jury en droit pénal* (1980), aux pp. 5 à 17, que dans son rapport au Parlement intitulé *Le jury* (1982), à la p. 5, la Commission de réforme du droit du Canada a reconnu que le jury joue un rôle tant à l'égard de la protection de l'accusé qu'à titre d'institution publique dont la société profite à cause de ses fonctions d'éducation et de légitimation.

Après avoir reconnu que le jury sert les intérêts tant de l'individu que ceux de la société, nous devons maintenant répondre à la question suivante: quels intérêts sont protégés par l'al. 11f) de la *Charte*?

Je commencerai par affirmer que, quels que soient les intérêts protégés par l'al. 11f) de la *Charte*, il vise certainement à protéger les droits de ceux qui sont inculpés d'infractions criminelles et à imposer à l'État des obligations correspondantes de respecter ces droits. Dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge Lamer analyse le droit d'être jugé dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11b) de la *Charte* et mentionne les intérêts individuels et collectifs que les procès tenus dans des délais raisonnables favorisent pour conclure, à la p. 917, que l'al. 11b) a pour objet véritable de protéger les intérêts de l'individu et non ceux de la société:

L'alinéa 11b) énonce un droit individuel de tous les inculpés à être jugés dans un délai raisonnable. Je désire souligner au départ que ce droit est, de par sa nature, un droit individuel et n'a aucune dimension collective. Bien qu'il se puisse que la société ait un intérêt dans le déroulement prompt et efficace des affaires criminelles, cet intérêt ne trouve aucune consécration à l'al. 11b),

s. 11(b), though evidently, incidental satisfaction. The section is primarily concerned with ensuring respect for the interests of the individual.

This conclusion seems a sound one. The state can legitimately advance its interests in jury trials through legislation, e.g. the impugned provisions of the *Criminal Code*, but those interests are not embraced in a section of the *Charter* designed to protect the individual. Moreover, to the extent such legislation might infringe interests of the individual protected by s. 11(f), it would have to be justified under s. 1 of the *Charter*. What then is the range of the accused's interests which are protected by s. 11(f)?

(a) The "Benefit" of Trial by Jury

Section 11(f) accords to individuals charged with an offence the right to the "benefit" of a trial by jury in certain prescribed circumstances. A crucial question is the significance of the word "benefit" in this context.

The word "benefit" could be held to have a declarative or deeming function. The legislature, in other words, could have proceeded on the basis of a pre-supposition that a jury trial is always a benefit to the accused regardless of whether in a particular case it is in fact a benefit or not. This seems to be the approach taken at trial by Van Camp J. in *R. v. Martin* (1985), 27 C.R.R. 193 (Ont. H.C.) and by the Court of Appeal in this case. Both Van Camp J. and the Court of Appeal reviewed the historical role of the jury and concluded that, because it had played a fundamental role in the administration of justice and had discharged the function of defending individual liberty in the past, trial by jury must be a benefit even to those accuseds who do not want it. Van Camp J. quoted at p. 198 a passage from the judgment of Blair J.A. in *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408 (Ont. C.A.), at p. 423:

This history demonstrates that the right of trial by jury is not only an essential part of our criminal justice system, but also is an important constitutional guarantee of the rights of the individual in our democratic society.

quoique évidemment on y satisfasse incidemment. Le but premier de l'alinéa est d'assurer le respect des intérêts de l'individu.

Cette conclusion me paraît juste. L'État peut légitimement promouvoir ses intérêts dans la tenue de procès avec jury grâce à des textes de loi, comme par exemple les dispositions contestées du *Code criminel*, mais ces intérêts ne sont pas visés par un article de la *Charte* conçu pour protéger les individus. De plus, dans la mesure où ces textes pourraient porter atteinte aux droits individuels garantis par l'al. 11f), ils devraient pouvoir se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Quelle est alors la portée des droits de l'accusé qui sont garantis par l'al. 11f)?

a) «Bénéficiaire» d'un procès avec jury

L'alinéa 11f) garantit à toute personne inculpée le droit de «bénéficiaire» d'un procès avec jury dans certaines circonstances précises. La question déterminante porte sur le sens du mot «bénéficiaire» dans ce contexte.

Le mot «bénéficiaire» pourrait être interprété comme ayant une fonction d'assertion ou de présomption. En d'autres termes, le législateur pourrait avoir agi en présumant que le procès avec jury constitue toujours un avantage pour l'accusé indépendamment de la question de savoir si, dans un cas particulier, il y a réellement avantage ou non. Cela semble être le point de vue adopté par le juge Van Camp dans la décision *R. v. Martin* (1985), 27 C.R.R. 193 (H.C. Ont.), et par la Cour d'appel en l'espèce. Le juge Van Camp et la Cour d'appel ont examiné la fonction historique du jury et conclu que, parce qu'il avait joué un rôle fondamental dans l'administration de la justice et qu'il avait servi à préserver les libertés individuelles dans le passé, le procès avec jury devait constituer un avantage même pour les accusés qui n'en veulent pas. Le juge Van Camp cite, à la p. 198, le passage suivant des motifs rédigés par le juge Blair dans l'affaire *R. v. Bryant* (1984), 16 C.C.C. (3d) 408 (C.A. Ont.), à la p. 423:

[TRADUCTION] L'histoire démontre que le droit à un procès avec jury est non seulement essentiel à notre système de justice criminelle, mais qu'il constitue également une garantie constitutionnelle importante des droits de l'individu dans notre société démocratique.

Van Camp J. then continued:

In light of that philosophical and historical context, it seems to me that the thrust of s. 11 is to entrench the right to benefit of trial by jury. The courts have recognized that in lesser offences it may be waived. The Code has recognized that, but the Code has made it mandatory for this the most serious of crimes.

In this context, it cannot be said that the Code had infringed the *Charter*. When one looks also at the philosophical and historical concept, in my opinion, one should not look for inferences which would give the right of choice and remove that right to trial by jury in the most serious of crimes.

Similarly, the Court of Appeal in this case quoted at pp. 294-95 from the decision of the United States Supreme Court in *Singer v. United States*, 380 U.S. 24 (1965), at p. 36:

In light of the Constitution's emphasis on jury trial, we find it difficult to understand how the petitioner can submit the bald proposition that to compel a defendant in a criminal case to undergo a jury trial against his will is contrary to his right to a fair trial or to due process. A defendant's only constitutional right concerning the method of trial is to an impartial trial by jury. We find no constitutional impediment to conditioning a waiver of this right on the consent of the prosecuting attorney and the trial judge when, if either refuses to consent, the result is simply that the defendant is subject to an impartial trial by jury—the very thing that the Constitution guarantees him. The Constitution recognizes an adversary system as the proper method of determining guilt, and the Government, as a litigant, has a legitimate interest in seeing that cases in which it believes a conviction is warranted are tried before the tribunal which the Constitution regards as most likely to produce a fair result.

The Court of Appeal then concluded that the appellants had no right to waive their *Charter* right to a jury trial.

The word "benefit", on the other hand, can just as easily be read as importing a qualification on the right to a jury trial, a qualification which recognizes the reality that in some circumstances a jury trial may not be a benefit and may even be a burden on the accused. As Professor Charles

Le juge Van Camp poursuit:

[TRADUCTION] Dans ce contexte philosophique et historique, il me semble que la portée de l'art. 11 vise à constitutionnaliser le droit de bénéficier d'un procès avec jury. Les cours de justice ont reconnu qu'il est possible d'y renoncer relativement aux infractions les moins graves. Le Code reconnaît cette possibilité, mais il l'impose dans le cas des crimes les plus graves.

Dans ce contexte, on ne saurait dire que le Code enfreint la *Charte*. Si l'on considère également le contexte historique et philosophique, à mon avis, on ne peut chercher de conclusions qui accorderaient cette faculté de choisir et écarteraient le droit au procès avec jury dans le cas des crimes les plus graves.

De même, la Cour d'appel en l'espèce a cité, aux pp. 294 et 295, le passage suivant de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Singer v. United States*, 380 U.S. 24 (1965), à la p. 36:

[TRADUCTION] En raison de l'insistance de la Constitution sur le procès avec jury, nous comprenons difficilement comment le requérant peut soutenir la proposition simpliste qu'obliger un accusé dans une affaire criminelle à subir un procès avec jury contre son gré viole son droit à un procès équitable et à l'application régulière de la loi. Le seul droit constitutionnel que possède un accusé relativement au mode de procès est celui à un procès impartial avec jury. Nous ne voyons pas d'empêchement constitutionnel à soumettre la renonciation à ce droit au consentement du procureur de la poursuite et du juge du procès quand, en cas de refus de l'un ou l'autre, la seule conséquence pour l'accusé est de subir un procès impartial avec jury, ce qui est précisément ce que la Constitution lui garantit. La Constitution reconnaît dans un système contradictoire la méthode appropriée de décider de la culpabilité de l'accusé et l'État a, comme partie, un intérêt légitime à faire juger les affaires où il croit qu'une déclaration de culpabilité est justifiée devant le tribunal que la Constitution considère comme le plus susceptible d'arriver à une conclusion juste.

La Cour d'appel conclut ensuite que les appelants ne peuvent pas renoncer au droit à un procès avec jury que leur garantit la *Charte*.

D'autre part, le mot «bénéficier» pourrait tout aussi bien s'interpréter comme apportant au droit à un procès avec jury une réserve qui tient compte du fait qu'il se peut que, dans certaines circonstances, le procès avec jury ne constitue pas un avantage pour l'accusé et qu'il constitue même un

Whitebread and Christopher Slobogin observe in their treatise *Criminal Procedure: An Analysis of Cases and Concepts* (2nd ed. 1986), at p. 607:

The defendant may want to waive a jury trial when he feels that a jury panel composed of members of the community will be prejudiced against his case. This may be especially true when the defendant's alleged crime has received wide publicity or is particularly gruesome. The defendant may also feel that a judge would be less apt than a jury to draw negative conclusions from the defendant's appearance or manner of speech. Or, he may merely prefer that the arbiter of his fate be one person trained in the law rather than twelve laypersons.

In other words, the intent of the provision could be to guarantee an accused the benefit of a jury trial where a jury trial is in fact from his or her perspective a benefit but not to impose it on the accused when it is not. In my view, this latter interpretation of the s. 11(f) right is more in tune with the purpose of the provision if that purpose is correctly perceived as being to protect the interests of the accused. The accused's interests would seem to be better served by construing s. 11(f) as conferring a "benefit" on the accused which can be waived by him if it seems to be in his best interests to do so. To compel an accused to accept a jury trial when he or she considers a jury trial a burden rather than a benefit would appear, in Frankfurter J.'s words, "to imprison a man in his privileges and call it the Constitution": see *Adams v. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942), at p. 280. I fully recognize that a right to waive a jury trial is not specifically spelled out in s. 11(f); it has to be implied. Nevertheless, it seems to me that this is the only approach to the interpretation of s. 11(f) which attaches real significance to the presence of the word "benefit" in the section and at the same time provides the individual with the full measure of the protection which it appears the accused was intended to receive under the section: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

This interpretation of the word "benefit" is also supported by the French text which reads:

fardeau pour lui. Les professeurs Charles Whitebread et Christopher Slobogin font remarquer dans leur traité intitulé *Criminal Procedure: An Analysis of Cases and Concepts* (2^e éd. 1986), à la p. 607:

[TRADUCTION] L'accusé peut vouloir renoncer au procès avec jury s'il juge qu'un jury composé de membres de la collectivité aura des préjugés contre lui. Ce peut être le cas particulièrement si le crime reproché à l'accusé a fait l'objet de beaucoup de publicité ou s'il est particulièrement horrible. L'accusé peut aussi croire qu'un juge serait moins porté qu'un jury à tirer des conclusions défavorables de son apparence ou de sa manière de s'exprimer. Ou encore, il peut préférer s'en remettre à une personne rompue au droit plutôt qu'à douze profanes.

En d'autres termes, la disposition pourrait viser à garantir à l'accusé de bénéficier d'un procès avec jury s'il estime qu'un jury constitue réellement un avantage, mais ne pas le lui imposer si l'accusé ne juge pas cela avantageux. À mon avis, cette dernière interprétation de l'al. 11f) cadre mieux avec l'objet de cette disposition à supposer que cet objet consiste vraiment à protéger les intérêts de l'accusé. Les intérêts de l'accusé sembleraient mieux servis si l'on considérait que l'al. 11f) confère à l'accusé un «avantage» auquel il peut renoncer s'il lui paraît dans son intérêt de le faire. Obliger l'accusé à subir un procès avec jury quand il considère qu'un tel procès constitue un fardeau plutôt qu'un avantage semblerait revenir, pour reprendre l'expression du juge Frankfurter, [TRADUCTION] «à enchaîner un homme à ses privilèges et [à] qualifier cela de Constitution»: voir *Adams v. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942), à la p. 280. Je reconnais parfaitement que le droit de renoncer au procès avec jury n'est pas énoncé expressément à l'al. 11f); il faut en supposer l'existence. Néanmoins, il me semble que c'est la seule façon d'interpréter l'al. 11f) qui donne un sens véritable à l'inclusion du mot «bénéficier» à cet alinéa et en même temps accorde toute la protection que l'alinéa est destiné à procurer à l'accusé: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

La version française de l'article justifie cette interprétation du mot «bénéficier».

11. Tout inculpé a le droit:

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

Sirois J. noted at trial the difference between the English and French texts and stated at p. 325:

In French the wording is slightly different and it speaks of the person's right to benefit from a trial with a jury.

To the extent that resort to the French text helps to resolve an ambiguity in the English text and particularly in a way which would appear to reflect better the purpose underlying the right, it seems to me that it should be adopted. The provision should be read as giving the accused the right to benefit from a trial by jury. In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, for example, my colleague Lamer J. adopted the French text of s. 24(2) of the *Charter* stating at p. 287:

As one of the purposes of s. 24(2) is to protect the right to a fair trial, I would favour the interpretation of s. 24(2) which better protects that right, the less onerous French text.

I would apply the same reasoning in construing s. 11(f) and adopt the less onerous French text here also.

The choice is between an interpretation of s. 11(f) which would allow a jury trial to be forced upon an unwilling accused in the guise of a "benefit" and an interpretation which would permit the accused to waive the "benefit" if in fact he or she viewed it as prejudicial and more in the nature of a burden. The latter interpretation, in my view, accords with this Court's intention to interpret *Charter* rights in a broad and generous manner designed to ensure that those protected receive the full benefit of the protection. It will be for the accused and his or her counsel and not for the courts to decide which course will be in the best interests of the accused in any given case.

11. Tout inculpé a le droit:

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

En première instance, le juge Sirois a souligné la différence entre la version anglaise et la version française en affirmant, à la p. 325:

[TRANSLATION] En français, la formulation est légèrement différente et l'alinéa parle du droit de bénéficier d'un procès avec jury.

Si le recours à la version française d'un texte aide à résoudre une ambiguïté du texte anglais et s'il le fait d'une manière qui semble mieux refléter l'objet sous-jacent du droit, je crois qu'il faut adopter cette version. Il faut interpréter la disposition comme permettant à l'accusé de bénéficier d'un procès avec jury. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, mon collègue le juge Lamer a suivi la version française du par. 24(2) de la *Charte*, à la p. 287:

Comme l'un des buts du par. 24(2) est de protéger le droit à un procès équitable, je préfère l'interprétation du par. 24(2) la mieux à même de protéger ce droit, c'est-à-dire celle qui se dégage du texte français qui est moins exigeant.

Je suis d'avis d'appliquer le même raisonnement à l'interprétation du l'al. 11f) et d'adopter également, en l'espèce, le texte français moins exigeant.

Nous avons le choix entre une interprétation de l'al. 11f) qui permettrait d'imposer, à titre d'avantage, le procès avec jury à un accusé qui n'en veut pas et une autre qui permettrait à l'accusé de renoncer à cet «avantage» s'il le considère en réalité comme nuisible et tenant davantage d'un fardeau. À mon avis, la deuxième interprétation s'accorde avec l'intention de cette Cour d'interpréter largement et généreusement les droits garantis par la *Charte* de manière à ce qu'ils protègent pleinement ceux à qui ils sont destinés. Il revient à l'accusé ou à son avocat, et non à la cour, de décider ce qui constitue l'intérêt supérieur de l'accusé dans un cas particulier.

(b) The Doctrine of Waiver

In *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, Lamer J. enunciated at p. 48 the general rule as to the circumstances in which waiver can take place:

Some procedural requirements are enacted for the protection of the rights of one of the parties, Crown and accused, and others for both. A party may waive a procedural requirement enacted for his benefit, the concurrence of both being required when enacted for both.

Likewise, Gibbs C.J. of the Australian High Court noted in *R. v. Brown* (1986), 19 A. Crim. R. 136 (in dissent, but not on this point) at p. 138:

However, it has been a principle of statutory interpretation ever since the time of Sir Edward Coke—expressed in the maxim quilibet potest renunciare juri pro se introducto—that any person can waive a statutory provision introduced entirely for his or her own benefit: see, for example, *Wilson v McIntosh* [1894] AC 129 at 133 and *Corporation of the City of Toronto v Russell* [1908] AC 493 at 500, and, more recently, *Korponay v Attorney-General of Canada* (1982) 132 DLR (3d) 354 at 362. If, on the other hand, the provision is enacted for the benefit of the public, a private individual cannot waive it: *Davies v Davies* (1919) 26 CLR 348 at 355. The same principle applies to the interpretation of constitutional enactments, and perhaps with even greater force. A constitutional guarantee restricts the power of the legislature, and may last indefinitely, and a guarantee given for the benefit of a class of individuals, such as accused persons, might, in an unforeseen set of circumstances, cause the members of that class hardship rather than benefit if it prevented an accused person, whom it was intended to protect, from exercising some other right; in those circumstances, what was contrived for the protection of the accused would be turned into fetters, to adapt the words of Frankfurter J in *Adams v United States; Ex rel McCann* (1942) 317 US 269 at 279; 87 Law Ed 268 at 275.

The principles outlined above suggest that an individual right such as the right to the benefit of a jury trial guaranteed by s. 11(f) should be capable of waiver by the individual whom the right is

b) Le principe de la renonciation

Dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, le juge Lamer formule, à la p. 48, la règle générale qui permet de déterminer dans quelles circonstances il est permis de renoncer à un droit:

Certaines règles de procédure ont été adoptées pour la protection des droits de l'une des parties, soit le ministère public ou l'accusé, et d'autres pour la protection des deux. Une partie peut renoncer à une règle de procédure adoptée à son profit, mais une renonciation des deux parties est requise lorsque cette règle les protège ensemble.

De même, le juge en chef Gibbs de la Haute Cour d'Australie fait observer, dans l'arrêt *R. v. Brown* (1986), 19 A. Crim. R. 136 (le juge étant dissident, mais non sur ce point), à la p. 138:

[TRADUCTION] Cependant, le principe d'interprétation des lois énoncé dans la maxime quilibet potest renunciare juri pro se introducto a toujours été admis, même à l'époque de sir Edward Coke, c'est-à-dire que quelqu'un peut renoncer à une disposition de la loi adoptée pour son seul avantage: voir, à titre d'exemple, *Wilson v McIntosh* [1894] AC 129, à la p. 133, et *Corporation of the City of Toronto v Russell* [1908] AC 493, à la p. 500, et, plus récemment, l'arrêt *Korponay v Attorney-General of Canada* (1982) 132 DLR (3d) 354, à la p. 362. D'autre part, si la disposition a été adoptée au profit du public en général, un particulier ne peut y renoncer: *Davies v Davies* (1919) 26 CLR 348, à la p. 355. Le même principe s'applique à l'interprétation des textes constitutionnels, et peut-être même avec plus de vigueur. Une garantie constitutionnelle limite la compétence du législateur et elle peut durer indéfiniment; aussi, une garantie accordée au profit d'une catégorie de personnes, notamment les personnes inculpées, pourrait, dans des circonstances imprévues, constituer pour une personne appartenant à cette catégorie un fardeau plutôt qu'un avantage si elle empêche l'accusé, qu'elle vise à protéger, d'exercer quelque autre droit. Dans ces circonstances, ce qui a été conçu pour la protection d'un accusé deviendra une entrave, selon l'idée exprimée par le juge Frankfurter dans l'arrêt *Adams v United States; Ex rel McCann* (1942) 317 US 269, à la p. 279; 87 Law Ed 268, à la p. 275.

Selon les principes énoncés ci-dessus, un droit individuel, comme celui de bénéficiaire d'un procès avec jury que garantit l'al. 11f), devrait pouvoir faire l'objet d'une renonciation de la part de la

designed to protect. In *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 396, it was recognized that once a voluntary and informed waiver has taken place, an individual's right to counsel "cannot be forced upon an unwilling accused".

Waiver may not be permitted of statutory provisions in which there is a substantial public interest. For example, in *Korponay, supra*, Lamer J. noted at p. 48 that paramount to the accused's right to waive procedural provisions for re-election was the right of the trial judge to further the requirements of the judicial process:

Paramount to such a right is that of the trial judge to require compliance notwithstanding a desire to waive, he being the ultimate judge of what procedural safeguards need nevertheless be respected in order to protect the certainty and the integrity of the judicial process.

I believe, however, that in the case of individual constitutional rights the priorities are different and that an accused cannot be compelled to take advantage of rights intended for his or her benefit even if such rights may have a public interest aspect. I conclude, therefore, that an accused is entitled to waive the benefit of the s. 11(f) right if it is his or her interests to do so.

Have the appellants succeeded in waiving their right to the benefit of a jury trial? I believe they have. During these lengthy proceedings they have at each turn clearly and unequivocally expressed their desire to waive their right to a jury trial. They are fully aware of the consequences of their waiver and are anxious to obtain a trial by judge alone.

(c) The Relevance of American and Australian Authorities

The respondent in his argument placed considerable reliance on the fact that the jury trial provisions of the American and Australian constitutions have not been construed as giving an accused an unconditional right to waive his or her right and to a jury trial: see *Singer v. United States, supra*; *R. v. Brown, supra*. However, care must be taken in

personne qu'il vise à protéger. Dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 396, on a reconnu que suite à une renonciation volontaire et éclairée, le droit à l'assistance d'un avocat ne saurait être «être imposé[...] à un accusé qui n'en veut pas».

Il peut ne pas être permis de renoncer au bénéfice de dispositions législatives qui présentent un intérêt important pour la société. Par exemple, dans l'arrêt *Korponay*, précité, le juge Lamer souligne, à la p. 48, que le droit du juge de faire respecter les exigences du système judiciaire passe avant le droit de l'accusé de renoncer à des dispositions de procédure permettant de faire un nouveau choix:

Mais l'exercice de ce droit est assujéti à celui du juge du procès d'imposer le respect de la règle, même si on a exprimé le désir d'y renoncer, car c'est à lui qu'il appartient en dernière analyse de déterminer les garanties de procédure qu'il faut néanmoins respecter afin de protéger la stabilité et l'intégrité du système judiciaire.

Je crois toutefois que, dans le cas de droits constitutionnels protégeant l'individu, les priorités sont différentes et qu'un accusé ne saurait être forcé de se prévaloir de droits destinés à le favoriser même si ces droits peuvent présenter un intérêt pour la société. Je suis donc d'avis qu'un accusé a le droit de renoncer au bénéfice de l'al. 11f) s'il a intérêt à le faire.

Les appelants ont-ils réussi à renoncer à leur droit au bénéfice d'un procès avec jury? Je crois que oui. Pendant ces longues procédures, ils ont chacun leur tour exprimé de façon claire et nette leur désir de renoncer à leur droit à un procès avec jury. Ils connaissent très bien les conséquences de leur renonciation et ils tiennent beaucoup à subir un procès devant un juge seul.

c) Pertinence des jurisprudences américaine et australienne

Dans son argumentation, l'intimée s'est fortement appuyée sur le fait qu'on n'a pas interprété les dispositions relatives au procès avec jury, que l'on trouve dans les constitutions américaine et australienne, comme autorisant l'accusé à renoncer inconditionnellement au droit d'avoir un procès avec jury: voir les arrêts *Singer v. United States* et

placing reliance on the interpretation of constitutions different in structure and purpose from our own: see *Re B.C. Motor Vehicles Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 498. This is especially so in this context because the structure of our *Charter* differs significantly from the structure of those two constitutions. Section 11(f) is contained in a section of the *Charter* designed to protect the legal rights of individuals accused of crimes. Section 1 then permits limits to be placed on those rights if such limits can be justified when the right of the individual is balanced against the collective interests of society: see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. By way of contrast, the interests of the individual and society are found within the jury provisions of the United States and Australian constitutions. The American jury provisions read as follows:

Article III, section 2, of the United States' Constitution provides:

The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.

The Sixth Amendment provides:

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

Section 80 of the Australian Constitution was modelled on Article III, section 2 of the United States' Constitution and provides:

The trial on indictment of any offence against any law of the Commonwealth shall be by jury, and every such trial shall be held in the State where the offence was committed, and if the offence was not committed within

R. v. Brown, précités. Cependant, c'est avec prudence que l'on doit se fonder sur l'interprétation de constitutions dont l'économie et l'objet diffèrent de la nôtre: voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 498. Cela est particulièrement vrai dans le cadre de l'espèce puisque l'économie de notre *Charte* diffère sensiblement de celle de ces deux constitutions. L'alinéa 11f) fait partie de l'article de la *Charte* qui vise à protéger les droits des personnes accusées de crimes. L'article premier permet alors d'imposer des restrictions à ces droits si ces restrictions peuvent se justifier lorsque le droit du particulier est soupesé en fonction des intérêts sociaux collectifs: voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Par contre, les dispositions relatives au jury que l'on trouve dans les constitutions américaine et australienne comportent des droits individuels et collectifs. Les dispositions américaines relatives au jury sont ainsi formulées:

Article III, section 2, de la Constitution des États-Unis:

[TRADUCTION] Le jugement de tous les crimes, sauf le cas d'*impeachment*, sera effectué par un jury; et ce jugement aura lieu dans l'État où lesdits crimes auront été commis; mais quand ils n'auront été commis dans aucun État particulier, le jugement aura lieu à tel endroit ou tels endroits que le Congrès pourra avoir déterminés par une loi.

Le Sixième amendement:

[TRADUCTION] Dans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit à un jugement prompt et public par un jury impartial de l'État et du district où le crime aura été commis, ce district ayant été préalablement déterminé par la loi, et d'être instruit de la nature et du motif de l'accusation; d'être confronté avec les témoins à charge; de bénéficier d'une procédure obligatoire de citation de témoins à décharge, et d'être assisté d'un conseil pour sa défense.

L'article 80 de la Constitution de l'Australie est calqué sur l'article III, section 2, de la Constitution américaine:

[TRADUCTION] Le procès sur acte d'accusation de toute infraction à une loi du Commonwealth sera avec jury et il se tiendra dans l'État où l'infraction aura été commise et, si l'infraction n'a pas été commise dans un

any State the trial shall be held at such place or places as the Parliament prescribes.

Article III, section 2 of the United States' Constitution and s. 80 of the Australian Constitution do not address the jury trial in the context of the rights of accused individuals but as a procedural requirement for certain trials. The Sixth Amendment of the American Bill of Rights could be construed as an individual right but, as will be seen below, it has not been interpreted in that way. The emphasis has been on the public interest in trial by jury.

In *Patton v. United States*, 281 U.S. 276 (1930), the United States Supreme Court rejected the notion that individuals had a right to waive their jury trial. Quoting from the judgment of Sutherland J. at pp. 312-13:

In affirming the power of the defendant in any criminal case to waive a trial by a constitutional jury and submit to trial by a jury of less than twelve persons, or by the court, we do not mean to hold that the waiver must be put into effect at all events. That, perhaps, sufficiently appears already. Trial by jury is the normal and, with occasional exceptions, the preferable mode of disposing of issues of fact in criminal cases above the grade of petty offenses. In such cases the value and appropriateness of jury trial have been established by long experience, and are not now to be denied. Not only must the right of the accused to a trial by a constitutional jury be jealously preserved, but the maintenance of the jury as a fact finding body in criminal cases is of such importance and has such a place in our traditions, that, before any waiver can be effective, the consent of government counsel and the sanction of the court must be had, in addition to the express and intelligent consent of the defendant. And the duty of the trial court in that regard is not to be discharged as a mere matter of rote, but with sound and advised discretion, with an eye to avoid unreasonable or undue departures from that mode of trial or from any of the essential elements thereof, and with a caution increasing in degree as the offenses dealt with increase in gravity. [Emphasis added.]

Similarly in *Singer v. United States*, *supra*, the same Court concluded at p. 36:

État particulier, le procès sera tenu à l'endroit ou aux endroits que le parlement déterminera.

L'article III, section 2, de la Constitution des États-Unis et l'art. 80 de la Constitution de l'Australie abordent le procès avec jury non pas dans le contexte des droits de la personne accusée, mais à titre de condition de procédure applicable à certains procès. Le Sixième amendement de l'American Bill of Rights pourrait s'interpréter comme un droit individuel, mais, comme nous le verrons plus loin, on ne l'a pas interprété de cette façon. On a mis l'accent sur l'intérêt que présente pour la société la tenue de procès avec jury.

Dans l'arrêt *Patton v. United States*, 281 U.S. 276 (1930), le Cour suprême des États-Unis a rejeté la notion selon laquelle les particuliers ont le droit de renoncer au procès avec jury. Le juge Sutherland dit ceci dans ses motifs, aux pp. 312 et 313:

[TRADUCTION] En confirmant que l'accusé, dans une affaire criminelle, peut renoncer au procès avec jury prévu par la Constitution et subir un procès devant un jury composé de moins de douze personnes ou devant un juge seul, nous ne voulons pas dire que la renonciation doit être mise à exécution à n'importe quelle condition. Cela est peut-être déjà assez manifeste. Le procès avec jury est la façon normale et, à quelques exceptions près, celle qu'il faut préférer, de trancher les questions de fait dans les affaires criminelles relatives à des infractions autres que des infractions mineures. Dans ces affaires, une longue expérience a permis d'établir la valeur et l'à-propos du procès avec jury, valeur et à-propos qu'il faut reconnaître maintenant. Il faut non seulement préserver jalousement le droit de l'accusé à un procès avec jury prévu par la Constitution, mais encore, le maintien du jury comme juge des faits dans les affaires criminelles a une telle importance et une place si grande dans nos traditions, qu'avant de mettre à exécution une renonciation, il faut obtenir le consentement du ministère public et l'assentiment de la cour, en plus du consentement explicite et éclairé de l'accusé. Le tribunal ne doit pas remplir machinalement son rôle à cet égard, mais il doit le faire avec sagesse et retenue, en prenant garde d'éviter les écarts injustifiés et abusifs de ce mode de procès ou de l'un quelconque de ses attributs essentiels, et le degré de prudence exercé devra augmenter avec la gravité de l'infraction. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *Singer v. United States*, précité, le même tribunal conclut, à la p. 36:

In light of the Constitution's emphasis on jury trial, we find it difficult to understand how the petitioner can submit the bald proposition that to compel a defendant in a criminal case to undergo a jury trial against his will is contrary to his right to a fair trial or to due process. A defendant's only constitutional right concerning the method of trial is to an impartial trial by jury. We find no constitutional impediment to conditioning a waiver of this right on the consent of the prosecuting attorney and the trial judge when, if either refuses to consent, the result is simply that the defendant is subject to an impartial trial by jury—the very thing that the Constitution guarantees him. The Constitution recognizes an adversary system as the proper method of determining guilt, and the Government, as a litigant, has a legitimate interest in seeing that cases in which it believes a conviction is warranted are tried before the tribunal which the Constitution regards as most likely to produce a fair result. [Emphasis added.]

In denying the individual's ability to waive his or her right to a jury trial these cases advance a collective interest in the utilization of a jury in serious criminal charges.

The collective interest has been articulated more clearly by the Australian courts. Deanne J. pointed out in *R. v. Brown, supra*, at p. 156, that the "constitutional guarantee is, however, for the benefit of the community as a whole as well as for the benefit of the particular accused". In the same case Dawson J. commented at p. 164 on the American emphasis on the public interest in jury trials which can only be waived if the court and the prosecutor consent:

I must confess that these remarks and the additional requirements which they impose for the effective exercise of the waiver, seem to me to deny the personal nature of the guarantee of trial by jury and to admit to public circumstances which, upon ordinary principles, would preclude the right of the individual to waive a benefit.

Dawson J. referred to the implications of the United States Supreme Court's decision in *Adams v. United States ex rel. McCann, supra*, at p. 165:

[TRADUCTION] En raison de l'insistance de la Constitution sur le procès avec jury, nous comprenons difficilement comment le requérant peut soutenir la proposition simpliste qu'obliger un accusé dans une affaire criminelle à subir un procès avec jury contre son gré viole son droit à un procès équitable et à l'application régulière de la loi. Le seul droit constitutionnel que possède un accusé relativement au mode de procès est celui à un procès impartial avec jury. Nous ne voyons pas d'empêchement constitutionnel à soumettre la renonciation à ce droit au consentement du procureur de la poursuite et du juge du procès quand, en cas de refus de l'un ou l'autre, la seule conséquence pour l'accusé est de subir un procès impartial avec jury, ce qui est précisément ce que la Constitution lui garantit. La Constitution reconnaît dans un système contradictoire la méthode appropriée de décider de la culpabilité de l'accusé et l'État a, comme partie, un intérêt légitime à faire juger les affaires où il croit qu'une déclaration de culpabilité et justifiée devant le tribunal que la Constitution considère comme le plus susceptible d'arriver à une conclusion juste. [Je souligne.]

En refusant à l'accusé la possibilité de renoncer au droit à un procès avec jury, ces arrêts font valoir l'intérêt que présente pour la collectivité le recours au procès avec jury dans le cas d'accusations d'infractions graves.

Les cours de justice australiennes ont mieux expliqué cet intérêt collectif. Le juge Deanne mentionne, à la p. 156 de l'arrêt *R. v. Brown*, précité, que la [TRADUCTION] «garantie constitutionnelle vise cependant à profiter autant à la collectivité dans son ensemble, qu'à l'accusé en particulier». Dans le même arrêt, le juge Dawson explique, à la p. 164, à propos de l'insistance de la jurisprudence américaine sur l'intérêt que présente pour la société le procès avec jury, auquel il n'est permis de renoncer qu'avec l'assentiment du tribunal et de la poursuite:

[TRADUCTION] Je dois admettre que ces observations et les conditions supplémentaires qu'elles imposent à la validité d'une renonciation me paraissent aller contre la nature personnelle de la garantie à un procès avec jury et en reconnaître le caractère public qui, selon les principes ordinaires, empêche un particulier de renoncer à un avantage.

Le juge Dawson commente ainsi les conséquences de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Adams v. United States ex rel. McCann*, précité, à la p. 165:

The Court held that whilst the Constitution guaranteed trial by jury—a privilege which might be waived—it conferred no correlative right to trial by a judge alone. Accordingly, the conviction was upheld. The comment may, however, be made that the effect of the decision was to deny to the accused his right to waive his privilege upon a ground involving the public interest, namely, the lack of governmental consent, suggesting once again that the right to trial by jury under the Constitution is not merely a private right, which might for the reason be waived, but that it also exists for the public benefit so as to preclude waiver upon ordinary principles.

Dawson J. contrasted the American provisions with our s. 11(f):

The position in the United States may be contrasted with that in Canada. There the Canadian Charter of Rights and Freedoms in the *Constitution Act, 1982* provides in s. 11(f) that any person charged with an offence has the right to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment. Quite clearly this provision is couched in terms of a personal guarantee and the courts have so regarded it, allowing an accused to waive trial by jury in accordance with those sections of the Criminal Code which provided for waiver both before and after adoption of the Charter of Rights and Freedoms [Emphasis added.]

To prevent an individual from waiving his or her right to the benefit of a jury trial is clearly to elevate the interests of society over the interests of the individual. This is normally achieved under the *Charter* through the application of s. 1 and not through reading a limit into the right itself.

I would conclude therefore that the American and Australian authorities do not provide a sound basis for denying an accused the right to waive his s. 11(f) right having regard to the significantly different structure of the Canadian *Charter*.

(d) The Effect of a Valid Waiver

Having concluded that an accused is entitled to waive the benefit of the s. 11(f) right if it is in his or her interests to do so, what is the effect of the

[TRANSLATION] La Cour a statué que bien que la Constitution garantisse le droit à un procès avec jury, privilège auquel il est possible de renoncer, elle ne confère pas de droit correspondant à un procès devant un juge seul. Aussi, a-t-elle confirmé la déclaration de culpabilité. On pourrait cependant dire que cet arrêt a eu pour effet de priver l'accusé, pour un motif d'intérêt public, savoir l'absence de consentement de l'État, de son droit de renoncer à son privilège, ce qui, là encore, donne à entendre que le droit au procès avec jury garanti par la Constitution n'est pas seulement un droit privé, auquel on peut renoncer, mais un droit qui existe dans l'intérêt public de manière à empêcher la renonciation selon les principes ordinaires.

Le juge Dawson met en contraste les dispositions américaines avec notre al. 11f):

[TRANSLATION] On peut souligner la différence entre la situation aux États-Unis et celle qui prévaut au Canada. Dans le dernier cas, l'al. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés, qui fait partie de la *Loi constitutionnelle de 1982*, prévoit que tout inculpé a le droit de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction est de cinq ans d'emprisonnement ou une peine plus grave. Manifestement, cette disposition est rédigée sous forme de garantie personnelle et les tribunaux l'ont ainsi considérée, reconnaissant à un accusé le droit de renoncer à un procès avec jury conformément aux articles du Code criminel qui autorisent la renonciation aussi bien avant qu'après l'adoption de la Charte des droits et libertés . . . [Je souligne.]

Empêcher un particulier de renoncer à son droit à un procès avec jury équivaut manifestement à faire passer les intérêts de la société avant ceux du particulier. En vertu de la *Charte*, on arrive normalement à ce résultat par l'application de l'article premier et non en interprétant le droit de façon restrictive.

Je conclurai donc que les jurisprudences américaine et australienne ne fournissent pas un fondement suffisant pour permettre de refuser à un accusé le droit de renoncer au droit que lui confère l'al. 11f) à cause de la structure sensiblement différente de la *Charte* canadienne.

d) L'effet d'une renonciation valide

Ayant conclu qu'un accusé a le droit de renoncer au droit que lui confère l'al. 11f) s'il a intérêt à le faire, quel est l'effet de la renonciation des

appellants' waiver in the circumstances of this case? The respondent submits that even if the appellants can waive their s. 11(f) rights, such waiver cannot defeat the operation of s. 429 of the *Criminal Code* which requires the appellants to be tried by a judge and jury. As the Court of Appeal noted, the appellants were faced with mandatory trial by jury under the *Criminal Code*. The Court of Appeal stated at p. 294:

The *Criminal Code* has decreed that it will be by jury. Until the amendment of December 1985 there was no other method provided for outside Alberta.

The respondent argues that once the appellants waive their s. 11(f) rights their reliance on the Constitution is exhausted and the *Criminal Code* operates in accordance with its terms. It seems to me that this is correct. The appellants' counter argument is that an ordinary piece of legislation, in this case the *Criminal Code*, cannot render nugatory a right guaranteed by the Constitution. While this proposition is sound, its application in this case is not. There is no constitutional right to a non-jury trial. There is a constitutional right to a jury trial and there may be a "right", using that term loosely, in an accused to waive the right to a jury trial. An accused may repudiate his or her s. 11(f) right but such repudiation does not, in my view, transform the constitutional right to a jury trial into a constitutional right to a non-jury trial so as to overcome the mandatory jury trial provisions of the *Criminal Code*. I believe that the appellants, if they are to succeed in having the impugned sections of the *Criminal Code* struck down as being in violation of their s. 11(f) constitutional right, must succeed in elevating their "right", or perhaps more accurately their power, to waive their s. 11(f) right into a constitutional right to a non-jury trial. Only then would it be possible to say that the mandatory jury provisions of the *Criminal Code* violated their s. 11(f) right and were therefore inconsistent with the provisions of the Constitution within the meaning of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

appellants dans les circonstances de l'espèce? L'intimée soutient que même si les appelants peuvent renoncer aux droits que leur confère l'al. 11f), cette renonciation ne saurait écarter l'application de l'art. 429 du *Code criminel* qui exige que les appelants soient jugés devant un juge et un jury. Comme l'a souligné la Cour d'appel, les appelants sont tenus de subir un procès avec jury en vertu des dispositions du *Code criminel*. La Cour d'appel affirme, à la p. 294:

[TRADUCTION] Le *Code criminel* décrète que ce sera un procès avec jury. Jusqu'à la modification de décembre 1985, il n'y avait pas d'autre méthode possible pour les personnes accusées ailleurs qu'en Alberta.

L'intimée soutient qu'après avoir renoncé aux droits que leur confère l'al. 11f), les appelants ne peuvent plus invoquer la Constitution et que le *Code criminel* s'applique intégralement. Il me semble que ce raisonnement est juste. Les appelants répliquent à cet argument qu'une loi ordinaire, savoir en l'espèce le *Code criminel*, ne peut rendre inopérant un droit garanti par la Constitution. Bien que cette proposition soit juste, son application à l'espèce ne l'est pas. Il n'existe pas de droit constitutionnel à un procès sans jury. Il existe un droit constitutionnel à un procès avec jury et il existe peut-être un «droit», au sens large de ce terme, pour l'accusé de renoncer au droit à un procès avec jury. Un accusé peut rejeter le droit que lui confère l'al. 11f), mais ce rejet ne transforme pas, à mon avis, le droit constitutionnel à un procès avec jury en un droit constitutionnel à un procès sans jury, de manière à écarter l'application des dispositions impératives du *Code criminel* relatives aux procès avec jury. Je crois que pour réussir à faire déclarer inopérants les articles du *Code criminel* qu'ils contestent pour le motif qu'ils portent atteinte au droit constitutionnel que leur confère l'al. 11f), les appelants doivent réussir à ériger leur «droit» ou peut-être plus exactement leur faculté, de renoncer au droit que leur confère l'al. 11f) en un droit constitutionnel à un procès sans jury. Alors seulement pourront-ils dire que les dispositions impératives du *Code criminel* relatives aux procès avec jury portent atteinte au droit que leur confère l'al. 11f) et qu'en conséquence elles sont incompatibles avec les dispositions de la Constitution au sens de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

I note that the Alberta Court of Appeal in *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127, at pp. 129-30, construed s. 11(f) as including a right in the accused to choose between a jury and non-jury trial:

Section 11(f) confers the right to trial by jury. It does not make trial by jury obligatory and can only be read as requiring that an accused have a choice. There is nothing in s. 11(f) of the Charter to prevent an accused who has elected trial by judge and jury to re-elect for trial by judge alone.

Professor Peter Hogg also construes the word "benefit" in this way and concludes that the s. 11(f) right to the benefit of a jury trial encompasses the right to elect trial by a judge alone. He writes in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at pp. 773-74:

Section 11(f) confers the right to "the benefit" of trial by jury. This is to make clear that an accused may elect against trial by jury. So long as any other mode of trial depends upon the choice of the accused (and not the Crown or the court), the accused may be said to have the benefit of trial by jury. Indeed, it may safely be assumed that any of the Charter rights which exist solely for the benefit of a person may be waived by that person.

I agree with the Alberta Court of Appeal that s. 11(f) does not make trial by jury obligatory. It merely confers a right to a jury trial on the accused. The accused may repudiate that right. He may say that he does not wish to exercise his constitutional right to a jury trial. However, s. 429 of the *Criminal Code* does make trial by jury mandatory for those offences listed in s. 427. Section 429 then can only be overridden if there is a constitutional right to have a trial by judge alone. With all due respect I cannot agree with the Alberta Court of Appeal and Professor Hogg that s. 11(f) can be read as conferring on the accused a choice or an election between trial by judge and jury and trial by judge alone. The purpose of s. 11(f) is to give an accused the right to a jury trial and to ensure that, if a jury trial is not a benefit to the accused, the accused may waive the right to a jury trial. Once the right is waived, however, reliance on the Constitution ceases and the provisions

Je souligne que, dans l'arrêt *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127, aux pp. 129 et 130, la Cour d'appel de l'Alberta a considéré que l'al. 11f) comporte un droit pour l'accusé de choisir entre un procès avec jury et un procès sans jury.

[TRADUCTION] L'alinéa 11f) confère le droit à un procès avec jury. Il ne rend pas ce procès avec jury obligatoire et il faut l'interpréter comme exigeant que l'accusé ait le choix. Il n'y a rien dans l'al. 11f) de la Charte qui empêche un accusé qui a choisi de subir son procès devant un juge et un jury de choisir par la suite de subir son procès devant un juge seul.

Le professeur Peter Hogg interprète aussi le mot «bénéficiaire» de cette façon et conclut que le droit conféré par l'al. 11f) de bénéficier d'un procès avec jury comporte le droit de choisir un procès devant un juge seul. Voici ce qu'il écrit dans son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), aux pp. 773 et 774:

[TRADUCTION] L'alinéa 11f) confère le droit de «bénéficiaire» d'un procès avec jury. Il en ressort clairement qu'un accusé peut choisir de refuser de subir un procès avec jury. Pour autant qu'un autre mode de procès dépend du choix de l'accusé (et non de celui de la poursuite ou du tribunal), on peut dire que l'accusé bénéficie d'un procès avec jury. On peut en toute quiétude assumer qu'une personne peut renoncer à tous les droits conférés par la Charte pour son seul avantage.

Je partage l'avis de la Cour d'appel de l'Alberta que l'al. 11f) ne rend pas obligatoire le procès avec jury. Il ne fait que conférer à l'accusé le droit à un procès avec jury. L'accusé peut rejeter ce droit. Il peut dire qu'il ne veut pas exercer son droit constitutionnel à un procès avec jury. Cependant, l'art. 429 du *Code criminel* rend obligatoire le procès avec jury pour les infractions énumérées à l'art. 427. Seul un droit constitutionnel à un procès devant un juge seul, à supposer qu'il existe, peut écarter l'application de l'art. 429. En toute déférence, je ne puis souscrire à l'avis exprimé par la Cour d'appel de l'Alberta et le professeur Hogg selon lequel il est possible de considérer que l'al. 11f) confère à l'accusé le droit de choisir entre un procès devant un juge et un jury et un procès devant un juge seul. L'alinéa 11f) a pour objet de conférer à un accusé le droit à un procès avec jury et de garantir que, si un procès avec jury n'est pas à l'avantage de l'accusé, celui puisse y renoncer.

of the *Criminal Code* govern. There is, in my view, nothing in s. 11(f) to give the appellants a constitutional right to elect their mode of trial or a constitutional right to be tried by judge alone so as to make s. 11(f) inconsistent with the mandatory jury trial provisions of the *Criminal Code*.

The appellants, however, seek an alternative remedy. They say that if the Court should be unwilling or unable to strike down the impugned provisions of the *Criminal Code* simply because some accused persons may waive their right to a jury trial under s. 11(f), then it should fashion an appropriate remedy for such accused persons under s. 24(1) of the *Charter*. At first blush this submission is appealing. If an accused can waive his s. 11(f) right to a jury trial and if that waiver is to be meaningful, should the accused not be sheltered from the impact of s. 429 by declaring that it does not apply to him? The problem, I believe, lies in the language of s. 24(1) itself. Section 24(1) reads:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

It is a prerequisite for the fashioning of a s. 24(1) remedy that a person's *Charter* right has been infringed or denied. Again, it seems to me that the appellants have to cross the same hurdle. They have to elevate their power to waive their constitutional right to a jury trial into a constitutional right to a non-jury trial. Only if they can do so are they in a position to say that s. 429 of the *Criminal Code* violates their constitutional right to a non-jury trial.

The essential problem for the appellants, it seems to me, lies in the nature of waiver. "Waiver" is described in *Jowitt's Dictionary of English Law* (2nd ed. 1977), vol. 2, at p. 1876, as follows:

Cependant, une fois qu'on a renoncé à ce droit, le recours à la Constitution est épuisé et les dispositions du *Code criminel* s'appliquent. À mon avis, il n'y a rien dans l'al. 11f) qui confère aux appelants un droit constitutionnel de choisir leur mode de procès ou un droit constitutionnel d'être jugé devant un juge seul, de manière à le rendre incompatible avec les dispositions impératives du *Code criminel* relatives aux procès avec jury.

Cependant les appelants demandent une autre réparation. Ils affirment que si jamais la Cour ne veut pas ou ne peut pas invalider les dispositions contestées du *Code criminel* uniquement parce que certains accusés peuvent renoncer au droit à un procès avec jury que leur confère l'al. 11f), alors elle devrait concevoir une réparation convenable au sens du par. 24(1) de la *Charte* pour les personnes ainsi accusées. À première vue, cette proposition paraît intéressante. Si un accusé peut renoncer au droit à un procès avec jury que lui confère l'al. 11f) et si cette renonciation doit avoir un sens, l'accusé ne devrait-il pas être mis à l'abri des effets de l'art. 429 par une déclaration que cet article ne s'applique pas à lui? Le problème, je crois, tient au texte du par. 24(1) lui-même qui est ainsi conçu:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Il est essentiel pour concevoir une réparation au sens du par. 24(1) qu'il y ait eu violation ou négation d'un droit que la *Charte* confère à une personne. Encore ici, les appelants doivent surmonter le même obstacle. Ils doivent ériger leur faculté de renoncer à leur droit constitutionnel à un procès avec jury en un droit constitutionnel à un procès sans jury. C'est à cette seule condition qu'ils seront en mesure d'affirmer que l'art. 429 du *Code criminel* viole leur droit constitutionnel à un procès sans jury.

Le plus grand problème des appelants réside, me semble-t-il, dans la nature de la renonciation. Le *Jowitt's Dictionary of English Law* (2^e éd. 1977), vol. 2, à la p. 1876, définit ainsi le mot «waiver» («renonciation»).

A person is said to waive a benefit when he renounces or disclaims it

In *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979), the following appears at p. 1417:

Waiver. The intentional or voluntary relinquishment of a known right, or such conduct as warrants an inference of the relinquishment of such right, or when one dispenses with the performance of something he is entitled to exact The renunciation, repudiation, abandonment, or surrender of some claim, right, privilege

Waiver is essentially unilateral, resulting as legal consequence from some act or conduct of party against whom it operates, and no act of party in whose favor it is made is necessary to complete it.

Simply put, waiver does not confer rights, it repudiates them. If you waive your right to A, it does not mean that you are entitled to B. It means only that you are no longer entitled to A. What you are entitled to may then have to be found elsewhere, as in this case, in the *Criminal Code*. The fact that the *Criminal Code* undoes the effect of the accused's waiver because it reflects collective or social interests in a trial by jury should not surprise us. However, the amendments to the *Criminal Code* passed in 1985 (as reproduced earlier in these reasons) do give effect to the accused's waiver, albeit in a qualified manner. The accused's waiver is a necessary preliminary under the new s. 430 currently in force to a trial by judge alone in a case where the Attorney General consents. Indeed, if s. 11(f) were construed so as to deny the accused the power to waive, I believe that the new s. 430 would be virtually unworkable. I make no comment as to the validity of subs. (2) of that section which appears to make any waiver by an accused of the s. 11(f) right irrevocable in the absence of the consent of the Attorney General.

I conclude that even if an accused can waive his s. 11(f) right and does so, he is still faced with the mandatory jury trial provisions of the *Criminal Code* which do not violate his s. 11(f) right. Neither remedy claimed by the appellants is therefore available to them.

[TRANSDUCTION] On dit qu'une personne renonce à un avantage lorsqu'elle l'abandonne ou refuse de s'en prévaloir

^a Dans le *Black's Law Dictionary* (5^e éd. 1979), on trouve ceci, à la p. 1417:

[TRANSDUCTION] «**Waiver.**» («renonciation») Abandon volontaire ou délibéré d'un droit connu, conduite qui fait présumer l'abandon de ce droit, omission d'exiger ce à quoi on a droit[. . .] La renonciation, la répudiation, l'abandon ou l'abdication d'une demande, d'un droit ou d'un privilège

^c La renonciation est essentiellement un acte unilatéral et constitue une conséquence légale du fait ou de la conduite d'une partie contre qui elle s'applique et n'exige aucun acte de la part de celui en faveur de qui elle est faite.

^d Tout simplement, la renonciation ne confère pas de droit, elle consiste à en abandonner. Si on renonce au droit à une chose, il ne s'ensuit pas qu'on a droit à une autre. Il s'ensuit seulement qu'on n'a plus droit à la première. Il se peut qu'on ait à trouver ce à quoi on a droit ailleurs, comme en l'espèce, dans ^e le *Code criminel*. Le fait que le *Code criminel* annule l'effet de la renonciation de l'accusé parce qu'il traduit des intérêts collectifs ou sociaux au procès avec jury ne doit pas nous surprendre. ^f Cependant, les modifications apportées au *Code criminel* en 1985 (déjà citées dans les présents motifs) ont pour effet de mettre à exécution la renonciation de l'accusé, quoique sous certaines réserves. Aux termes du nouvel art. 430 actuellement en vigueur, la renonciation de l'accusé constitue une condition préalable à la tenue d'un procès devant un juge seul à la condition que le procureur général y consente. En fait, si on interprétait l'al. 11f) de manière à refuser à l'accusé la faculté de renoncer, le nouvel art. 430 deviendrait, selon moi, ^g quasi inapplicable. Je ne me prononce pas sur la validité du par. (2) de cet article qui paraît rendre la renonciation de l'accusé irrévocable si le procureur général n'autorise pas son retrait. ^h

ⁱ Je conclus que même si un accusé peut renoncer au droit qu'il a en vertu de l'al. 11f) et s'il le fait, il doit quand même se soumettre aux dispositions impératives du *Code criminel* relatives aux procès avec jury. Aucune des réparations demandées par les appelants n'est donc applicable.

Section 15 of the Charter

The appellants submit that their equality rights under s. 15 of the *Charter* were infringed by the fact that accused persons in their position in Alberta had by law under s. 430 of the *Criminal Code* an opportunity to be tried by a judge alone but that they, as persons accused of one of the offences listed in s. 427 of the *Criminal Code* and tried outside Alberta, had no such opportunity. For convenience I reproduce the text of s. 15:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The first question to be addressed is whether the combined effect of ss. 427, 429 and 430 is to deny the appellants any of their four basic equality rights under s. 15 of the *Charter*.

(a) The Equality Rights

In defining the scope of the four basic equality rights it is important to ensure that each right be given its full independent content divorced from any justificatory factors applicable under s. 1 of the *Charter*. This is particularly important in the context of the right to equality before the law which was protected in a very different form in s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III (now R.S.C., 1985, App. III). Justificatory factors are, of course, relevant to the determination of whether a valid federal objective justifies a departure from the principle of equality before the law under the *Canadian Bill of Rights*. However, as in the case of the jurisprudence of other countries, great care must be taken not to import concepts and analytical processes derived from

L'article 15 de la Charte

Les appelants soutiennent que parce qu'en Alberta, un accusé dans la même situation peut, en vertu de l'art. 430 du *Code criminel*, être jugé devant un juge seul mais qu'eux, parce qu'ils sont accusés d'une des infractions énumérées à l'art. 427 du *Code criminel* et qu'ils sont jugés ailleurs qu'en Alberta, ne le peuvent pas, il y a violation des droits à l'égalité que leur garantit l'art. 15 de la *Charte*. Pour des raisons de commodité, je cite le texte de l'art. 15:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

La première question à résoudre est celle de savoir si l'effet conjugué des art. 427, 429 et 430 est de porter atteinte aux quatre principaux droits à l'égalité dont les appelants jouissent en vertu de l'art. 15 de la *Charte*.

a) Les droits à l'égalité

Pour déterminer l'étendue des quatre principaux droits à l'égalité, il importe de s'assurer que chacun de ces droits se voie attribuer son plein sens indépendamment de tout facteur justificatif applicable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cela est particulièrement important dans le contexte du droit à l'égalité devant la loi que l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III (maintenant L.R.C. (1985), app. III), protège très différemment. Évidemment, les facteurs justificatifs sont pertinents quand il s'agit de déterminer si un objectif fédéral régulier justifie de s'écarter du principe de l'égalité devant la loi selon la *Déclaration canadienne des droits*. Cependant, comme pour la jurisprudence des autres pays, il faut se garder d'importer des concepts et

documents different in structure and content from the *Charter*: see *Re B.C. Motor Vehicles Act*, *supra*, at p. 498; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, at pp. 765-66. I would emphasize in this connection the following passage from the judgment of McIntyre J. in *Andrews*, *supra*, at p. 178:

Any justification of an infringement which is found to have occurred must be made, if at all, under the broad provisions of s. 1.

The existence of s. 1 of the *Charter* and the demands it places on the state to justify limitations on rights is a distinctive feature of the *Charter* not found in the *Canadian Bill of Rights*.

Do the impugned statutory provisions operate so as to deprive the appellants of their rights to equality before the law and equality under the law and their rights to the equal protection and equal benefit of the law? I note at the outset that in these early days of interpreting s. 15 it would be unwise, if not foolhardy, to attempt to provide exhaustive definitions of phrases which by their nature are not susceptible of easy definition and which are intended to provide a framework for the "unremitting protection" of equality rights in the years to come.

The guarantee of equality before the law must be interpreted in its *Charter* context which may involve entirely different considerations from the comparable provision in the *Canadian Bill of Rights*. I would for this reason respectfully decline to import into the *Charter* the reasoning of the majority of this Court in *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693. The majority found that s. 2 of the *Canadian Bill of Rights* was not violated by a provision in the *Prisons and Reformatories Act*, R.S.C. 1970, c. P-21, s. 150, which was made applicable only to British Columbia. In reaching this conclusion Martland J. stated at p. 705:

It is quite clear that, in 1960, when the *Bill of Rights* was enacted, the concept of "equality before the law" did not and could not include the right of each individual to insist that no statute could be enacted which did

des formes d'analyse qui se rattachent à des textes dont la structure et le contenu sont différents de ceux de la *Charte*: voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 498; *Ford c. Québec (Procureur général)*, précité, aux pp. 765 et 766. Je voudrais souligner à cet égard l'extrait des motifs du juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la p. 178:

Toute atteinte dont on conclut à l'existence exige une justification, s'il en est, en vertu des dispositions générales de l'article premier.

L'existence de l'article premier et l'obligation qu'il impose à l'État de justifier les restrictions apportées à des droits constituent une caractéristique distinctive de la *Charte* qu'on ne trouve pas dans la *Déclaration canadienne des droits*.

Les dispositions législatives contestées ont-elles pour effet de priver les appelants de leurs droits à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi et à la même protection et au même bénéfice de la loi? Je fais d'abord remarquer que puisque nous en sommes aux premières interprétations de l'art. 15, nous serions mal avisés et peut-être même téméraires d'essayer de définir de manière exhaustive des expressions qui, de par leur nature même, se prêtent difficilement à une définition et qui visent à fournir un cadre à la «protection constante» des droits à l'égalité pour les années à venir.

Il faut interpréter la garantie d'égalité devant la loi dans le contexte de la *Charte*, lequel peut faire intervenir des considérations entièrement différentes de celles auxquelles fait appel la disposition comparable de la *Déclaration canadienne des droits*. Pour ce motif, je refuse, en toute déférence, d'adopter relativement à la *Charte* le raisonnement des juges formant la majorité de cette Cour dans l'arrêt *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693. La Cour à la majorité a conclu qu'une disposition de l'art. 150 de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, S.R.C. 1970, chap. P-21, qui ne s'appliquait qu'à la Colombie-Britannique, ne violait pas l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*. En arrivant à cette conclusion, le juge Martland affirme, à la p. 705:

Il est très clair qu'en 1960, lors de l'adoption de la *Déclaration des droits*, le concept de «l'égalité devant la loi» ne comprenait pas et ne pouvait pas comprendre le droit pour tout individu de faire valoir qu'aucune loi qui

not have application to everyone and in all areas of Canada. Such a right would have involved a substantial impairment of the sovereignty of Parliament in the exercise of its legislative powers under s. 91 of the *British North America Act* and could only have been created by constitutional amendment, or by statute. In my opinion the wording of the *Bill of Rights* did not do this, because, as has already been noted, by its express wording it declared and continued existing rights and freedoms. It was those existing rights and freedoms which were not to be infringed by any federal statute. Its purpose was to prevent infringement of existing rights. It did particularize, in paras. (a) to (g), certain rights which were a part of the rights declared in s. 1, but the right claimed by the respondent does not fall within any of those seven paragraphs.

Such considerations are, in my view, inappropriate in interpreting the provisions of the *Charter* which by its terms and status entrenches rights available to all individuals and permits the invalidation by the courts of legislation inconsistent with the provisions of the Constitution.

The Ontario Court of Appeal, it seems to me, took a very similar route in this case to the one taken by the majority of this Court in *Burnshine*. In finding that there was no violation of s. 15, the Court stated at p. 301:

Because of the general jurisdiction of the provinces over the administration of justice, including the prosecution of the criminal laws enacted by Parliament, absolute uniformity of criminal procedure as it applies throughout Canada, may be impossible or undesirable, especially given historical differences.

Canada has a long history of substantial variations in the procedure applicable in various provinces with respect to the trial of criminal cases.

The Court of Appeal then listed several examples of such variations in criminal procedure among the provinces and concluded at p. 302:

If any of these variations were found to be an advantage, would Parliament have had to extend them to every other province? It seems unreasonable to so

ne s'appliquait pas à l'ensemble des citoyens et dans toutes les parties du Canada ne pouvait être adoptée. Un droit de cette nature aurait comporté une atteinte grave à la souveraineté du Parlement dans l'exercice de sa compétence législative sous le régime de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et n'aurait pu être créé que par un amendement à la constitution, ou par une loi. À mon avis le libellé de la *Déclaration des droits* n'a pas pour effet de créer un tel droit puisque, comme déjà mentionné, elle porte déclaration et continuation de droits et libertés existants, de par ses termes exprès. Ce sont ces droits et ces libertés qui existaient alors qui ne doivent être violés par aucune loi fédérale. L'article 2 ne crée pas de droits nouveaux. Son but est d'empêcher la transgression de droits existants. Il précise effectivement, dans les alinéas a) à g), certains droits faisant partie de ceux qui sont déclarés dans l'art. 1, mais le droit invoqué par l'intimé n'est compris dans aucun de ces sept alinéas.

À mon avis, ces considérations ne s'appliquent pas à l'interprétation des dispositions de la *Charte* qui, de par ses termes et son statut, constitutionnalise les droits accordés à tous les individus et autorise l'invalidation par les tribunaux judiciaires des dispositions législatives incompatibles avec celles de la Constitution.

La Cour d'appel de l'Ontario me paraît avoir suivi en l'espèce, un raisonnement très semblable à celui des juges formant la majorité de cette Cour dans l'arrêt *Burnshine*. En concluant qu'il n'y a pas eu de violation de l'art. 15, elle affirme, à la p. 301:

[TRADUCTION] En raison de la compétence générale des provinces en matière d'administration de la justice, y compris les poursuites nécessaires à l'application du droit criminel adopté par le Parlement, il est peut-être impossible ou peu souhaitable d'arriver à l'uniformité absolue de la procédure criminelle partout au Canada, compte tenu des différences historiques.

Le Canada connaît depuis toujours des différences importantes dans la procédure applicable d'une province à l'autre relativement aux procès en matière criminelle.

La Cour d'appel donne ensuite un certain nombre d'exemples de ces différences d'une province à l'autre en procédure criminelle et conclut, à la p. 302:

[TRADUCTION] Si on concluait que l'une ou l'autre de ces différences constitue un avantage, le Parlement serait-il tenu d'offrir cet avantage à toutes les autres

require. If it is unreasonable to so require, can one conclude that there is such an "invidious" or "unfair" or "irrational" distinction with respect to the requirement for jury trials for charges of murder in all provinces except Alberta as to amount to "discrimination" for purposes of s. 15? It cannot be so. We would have to conclude, therefore, that the limited option of a non-jury trial of a murder charge in Alberta, whereas that option was not available in any of the other provinces or the two Territories, did not amount to discrimination in the sense of a denial of equal benefit of the law pursuant to s. 15(1) of the Charter.

The argument that s. 15 is not violated because departures from its principles have been widely condoned in the past and that the consequences of finding a violation would be novel and disturbing is not, in my respectful view, an acceptable approach to the interpretation of *Charter* provisions. Moreover, the Court of Appeal's test of whether a distinction is "unreasonable", "invidious", "unfair" or "irrational" imports limitations into s. 15 which are not there. It is inconsistent with the proper approach to s. 15 described by McIntyre J. in *Andrews*. The equality rights must be given their full content divorced from justificatory factors properly considered under s. 1. Balancing legislative purposes against the effects of legislation within the rights sections themselves is fundamentally at odds with this Court's approach to the interpretation of *Charter* rights. I would respectfully agree with the observations of M. David Lepofsky and Hart Schwartz in a case comment on *R. v. Ertel, supra*, to the effect that the Ontario Court of Appeal's approach places an unfair burden on the *Charter* claimant to prove that a law is unreasonable and that it invites a less onerous balancing of the interests of the state against those who suffer violations of s. 15 than would be allowed under s. 1 of the *Charter*: see (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 115, at pp. 125-28.

provinces? Il semble déraisonnable de l'exiger. S'il est déraisonnable de l'exiger, peut-on conclure que la distinction qui résulte du fait d'imposer un procès avec jury relativement aux accusations de meurtre dans toutes les provinces autres que l'Alberta, est «odieuse», «injuste» ou «déraisonnable» au point de constituer de la «discrimination» au sens de l'art. 15? C'est impossible. Nous devrions alors conclure que le choix restreint de subir un procès sans jury relativement à une accusation de meurtre en Alberta, quand ce choix n'est pas possible dans aucune autre province, ni dans les deux Territoires, ne constitue pas de la discrimination au sens d'un déni de protection égale de la loi selon le par. 15(1) de la Charte.

L'argument selon lequel il n'y a pas de violation de l'art. 15 parce que, dans le passé, on a toléré la transgression de ses principes et parce qu'une conclusion qu'il y a eu violation aurait des conséquences nouvelles et troublantes, me paraît, quant à moi, une façon inacceptable d'aborder l'interprétation des dispositions de la *Charte*. De plus, le critère utilisé par la Cour d'appel qui consiste à déterminer si la distinction est «déraisonnable», «odieuse», «injuste» ou «irrationnelle», a pour effet de prêter à l'art. 15 des restrictions qui ne s'y trouvent pas. Cela est incompatible avec la bonne façon d'aborder l'art. 15 que décrit le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*. Il faut donner aux droits à l'égalité leur plein sens, indépendamment des facteurs justificatifs qu'il convient d'examiner en vertu de l'article premier. Soupeser les objectifs des lois en fonction de leurs effets, à partir des articles qui confèrent les droits, ne cadre pas du tout avec la méthode d'interprétation des droits garantis par la *Charte* adoptée par cette Cour. Je souscris en toute déférence aux observations formulées par M. David Lepofsky et Hart Schwartz dans leur commentaire de l'arrêt *R. v. Ertel*, précité, selon lesquelles la méthode adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario impose un fardeau injustifié à celui qui invoque la *Charte* en l'obligeant à prouver qu'une disposition législative est déraisonnable et que cette méthode incite à effectuer une évaluation moins exigeante, que ne l'exige l'article premier de la *Charte*, des intérêts de l'État en fonction des intérêts de ceux qui subissent des atteintes aux droits que leur garantit l'art. 15: (1988), 67 *R. du B. can.* 115, aux pp. 125 à 128.

The guarantee of equality before the law is designed to advance the value that all persons be subject to the equal demands and burdens of the law and not suffer any greater disability in the substance and application of the law than others. This value has historically been associated with the requirements of the rule of law that all persons be subject to the law impartially applied and administered. It was held by a majority of this Court in *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, to require a law which made it an offence for an Indian to be intoxicated off a reserve to be struck down. As Ritchie J. stated at p. 297:

I think that the word "law" as used in s. 1(b) of the *Bill of Rights* is to be construed as meaning "the law of Canada" as defined in s. 5(2) (i.e. Acts of the Parliament of Canada and any orders, rules or regulations thereunder) and without attempting any exhaustive definition of "equality before the law" I think that s. 1(b) means at least that no individual or group of individuals is to be treated more harshly than another under that law, and I am therefore of opinion that an individual is denied equality before the law if it is made an offence punishable at law, on account of his race, for him to do something which his fellow Canadians are free to do without having committed an offence or having been made subject to any penalty.

Taking the above definition as the minimal content of the right to equality before the law found in s. 15 of the *Charter*, I would conclude that the impugned provisions deny the appellants equality before the law. The appellants wish to be tried by a judge alone but they are precluded from receiving such a trial by the combined force of ss. 427 and 429 of the *Criminal Code*. Section 430 of the *Criminal Code*, on the other hand, permits those charged with the same offence in Alberta to be tried by a judge alone. The appellants are accordingly denied an opportunity which is available to others, a denial which, as the Court of Appeal noted at pp. 299-300, could work to the disadvantage of the appellants:

What we are faced with in this case is not so much whether one form of trial is more advantageous than another, i.e., whether a person charged with murder is better protected by a judge and jury trial or by a trial by

La garantie d'égalité devant la loi vise à promouvoir la valeur selon laquelle toutes les personnes sont sujettes aux mêmes exigences et aux mêmes obligations de la loi et nul ne doit subir un désavantage plus grand que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi. Cette valeur est, par tradition, associée aux exigences de la primauté du droit selon lesquelles tous doivent être assujettis à l'application impartiale de la loi. Cette Cour a statué, à la majorité, dans l'arrêt *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, que ce principe rend inopérante une loi qui déclare que le fait pour un Indien d'être en état d'ébriété hors d'une réserve constitue une infraction. Le juge Ritchie affirme, à la p. 297:

Je pense que le mot «loi» dans l'art. 1(b) de la *Déclaration des droits* doit s'interpréter comme signifiant une «loi du Canada» au sens de la définition à l'art. 5(2) (c'est-à-dire, une loi du Parlement du Canada, ou une ordonnance, une règle ou un règlement établis sous son régime). Sans rechercher une définition complète de l'expression «égalité devant la loi», je pense que l'art. 1(b) signifie au moins qu'un individu ou un groupe d'individus ne doit pas être traité plus durement qu'un autre en vertu de la loi. J'en conclus donc qu'une personne est privée de l'égalité devant la loi, si pour elle, à cause de sa race, un acte qui, pour ses concitoyens canadiens, n'est pas une infraction et n'appelle aucune sanction devient une infraction punissable en justice.

Partant de l'hypothèse que la définition qui précède donne le contenu minimal du droit à l'égalité devant la loi que garantit l'art. 15 de la *Charte*, je suis d'avis de conclure que les dispositions contestées portent atteinte à l'égalité des appelants devant la loi. Les appelants veulent subir un procès devant un juge seul, mais ils en sont empêchés à cause de l'effet conjugué des art. 427 et 429 du *Code criminel*. D'autre part, l'art. 430 du *Code criminel* permet aux personnes accusées de la même infraction en Alberta d'être jugées devant un juge seul. En conséquence, les appelants sont privés de la possibilité de se prévaloir de ce qui est accessible aux autres, privation qui, comme l'a souligné la Cour d'appel aux pp. 299 et 300, peut défavoriser les appelants:

[TRADUCTION] En l'espèce, il ne s'agit pas de décider si une forme de procès est plus avantageuse qu'une autre, c'est-à-dire, si une personne accusée de meurtre est mieux protégée par un procès devant un juge et un

judge alone. Rather, the question is whether having that *choice* is an advantage in the sense of a benefit of the law. Mr. Gold, on behalf of the respondents in this case, suggested that it is the having of the option, "the ability to elect one's mode of trial" that was a benefit which accused persons charged with murder in Alberta had over accused persons charged with murder elsewhere in Canada. We have to agree with that submission. A choice as to having or not having a jury trial (even though limited by the overriding determination by the trial judge), based upon the advantages of one mode of trial over the other because of a wide range of factors, such as: the nature and circumstances of the killing, the amount of publicity, the reaction in the community, the size of the community from which the jury is being drawn and even the preference of defence counsel with respect to trying to convince a jury or a judge of the defence version of the facts (or leave them with a reasonable doubt), indicates that having that choice must be considered a benefit. The absence of that benefit in Ontario must be considered a disadvantage.

In short, the impugned provisions of the *Criminal Code* treat the appellants and those charged with the offences listed in s. 427 more harshly than those charged with the same offences in the province of Alberta who, because of s. 430, have an opportunity to be tried by judge alone if they deem this to be to their advantage. I would conclude, therefore, that the appellants' right to equality before the law has been violated.

Given that one of the appellants' four basic equality rights has been violated, it is not necessary to address the question whether the appellants' rights to equality under the law and to the equal benefit and protection of the law have also been violated.

(b) Discrimination

Having concluded that the appellants have been denied at least one of the equality rights listed in s. 15 of the *Charter*, I must move to the next step and determine whether the denial can be said to result in discrimination. Differential treatment is permitted under s. 15 provided it is "without discrimination". As McIntyre J. stated in *Andrews* (at p. 182):

jury que par un procès devant un juge seul. Il s'agit plutôt de savoir si le fait d'avoir ce *choix* est un avantage au sens d'un bénéfice de la loi. M^c Gold, qui représente les intimés en l'espèce laisse entendre que le fait d'avoir le choix, «la possibilité de choisir leur mode de procès» constitue l'avantage qu'ont les personnes inculpées de meurtre en Alberta par rapport aux personnes inculpées de meurtre ailleurs au Canada. Nous nous devons d'accepter cette prétention. Il faut considérer comme un avantage le choix de subir ou non un procès avec jury (même si ce choix est limité par la décision prépondérante du juge du procès), si l'on tient compte des avantages qu'offre un mode de procès par rapport à l'autre à cause de toute une gamme de facteurs comme la nature et les circonstances de l'assassinat, la publicité qui a entouré l'affaire, la réaction du public, la taille de la collectivité d'où le jury sera tiré et même la préférence de l'avocat de la défense pour ce qui est de convaincre un jury ou un juge de la véracité de la version des faits données par la défense (ou de susciter chez eux un doute raisonnable). Il faut considérer l'absence de cet avantage en Ontario comme un désavantage.

En résumé, les dispositions contestées du *Code criminel* traitent les appelants et ceux qui sont accusés des infractions énumérées à l'art. 427 plus durement que les personnes accusées des mêmes infractions dans la province d'Alberta qui, à cause de l'art. 430, ont la possibilité de choisir de subir leur procès devant un juge seul si elles croient que cela est à leur avantage. Je suis donc d'avis de conclure que le droit des appelants à l'égalité devant la loi a été violé.

Puisqu'il y a eu violation de l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité des appelants, il n'est pas nécessaire de déterminer si les droits des appelants à l'égalité dans la loi et à la même protection et au même bénéfice de la loi ont aussi été violés.

b) La discrimination

Après avoir conclu que les appelants ont été privés d'au moins un des droits à l'égalité énumérés à l'art. 15 de la *Charte*, je dois passer à l'étape suivante et déterminer s'il est possible de dire que cette privation constitue de la discrimination. L'article 15 autorise des différences de traitement pourvu que cela se fasse «indépendamment de toute discrimination». Comme l'affirme le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews* (à la p. 182):

A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory.

The internal qualification in s. 15 that the differential treatment be "without discrimination" is determinative of whether or not there has been a violation of the section. It is only when one of the four equality rights has been denied with discrimination that the values protected by s. 15 are threatened and the court's legitimate role as the protector of such values comes into play.

Can it be said then that the appellants' right to equality before the law has been denied with discrimination? In *Andrews*, McIntyre J., after noting with approval the deeper understanding of discrimination developed under the Human Rights Codes, offered the following definition of discrimination (at p. 174):

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context. McIntyre J. emphasized in *Andrews* (at p. 167):

For, as has been said, a bad law will not be saved merely because it operates equally upon those to whom it has application. Nor will a law necessarily be bad because it makes distinctions.

Accordingly, it is only by examining the larger context that a court can determine whether differential treatment results in inequality or whether,

Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif.

La réserve intrinsèque de l'art. 15 portant que la différence de traitement doit se faire «indépendamment de toute discrimination» est déterminante quant à savoir s'il y a eu violation de l'article. Ce n'est que si l'un des quatre droits à l'égalité a été violé de manière discriminatoire que les valeurs protégées par l'art. 15 sont menacées et que le rôle légitime de la cour à titre de protecteur de ces valeurs entre en jeu.

Peut-on dire que le droit des appelants à l'égalité devant la loi a été violé de manière discriminatoire? Dans l'arrêt *Andrews*, après avoir souligné et approuvé la meilleure compréhension de la discrimination acquise en vertu des Codes des droits de la personne, le juge McIntyre propose la définition suivante de la discrimination (à la p. 174):

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. Le juge McIntyre a souligné dans l'arrêt *Andrews* (à la p. 167):

En effet, comme on l'a déjà dit, une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise. Pas plus qu'une loi sera nécessairement mauvaise parce qu'elle établit des distinctions.

En conséquence, ce n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une

contrariwise, it would be identical treatment which would in the particular context result in inequality or foster disadvantage. A finding that there is discrimination will, I think, in most but perhaps not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged.

McIntyre J. recognized in *Andrews* that the “‘enumerated and analogous grounds’ approach most closely accords with the purposes of s. 15 and the definition of discrimination outlined above” (p. 182) and suggested that the alleged victims of discrimination in *Andrews*, i.e., non-citizens permanently resident in Canada were “a good example of a ‘discrete and insular minority’ who came within the protection of s. 15” (p. 183). Similarly, I suggested in my reasons in *Andrews* that the determination of whether a group falls into an analogous category to those specifically enumerated in s. 15 is “not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society” (p. 152). If the larger context is not examined, the s. 15 analysis may become a mechanical and sterile categorization process conducted entirely within the four corners of the impugned legislation. A determination as to whether or not discrimination is taking place, if based exclusively on an analysis of the law under challenge is likely, in my view, to result in the same kind of circularity which characterized the similarly situated similarly treated test clearly rejected by this Court in *Andrews*.

The appellants claim that because they are accused of one of the indictable offences listed in s. 427 of the *Criminal Code* but do not have an opportunity, as do persons charged with the same offence in Alberta, to be tried by a judge alone, they are victims of discrimination. I disagree. In my respectful view, it would be stretching the

inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage. À mon avis, la constatation d'une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée.

Le juge McIntyre reconnaît dans l'arrêt *Andrews* que le «point de vue [...] «des motifs énumérés et analogues» correspond davantage aux fins de l'art. 15 et à la définition de la discrimination exposée auparavant» (p. 182) et il laisse entendre que les personnes qui seraient victimes de discrimination dans l'affaire *Andrews*, c.-à-d. celles qui n'ont pas la citoyenneté et qui résident en permanence au Canada constituent «un bon exemple [...] d'une] «minorité discrète et isolée» visée par la protection de l'art. 15» (p. 183). De même, j'ai laissé entendre, dans les motifs de jugement que j'ai rédigés dans l'affaire *Andrews*, que la conclusion relative à la question de savoir si un groupe relève d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l'art. 15 «ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société» (p. 152). Si l'on ne tient pas compte du contexte général, l'analyse fondée sur l'art. 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté. Si la décision quant à savoir s'il y a ou non discrimination se fonde exclusivement sur l'examen de la loi contestée, il est vraisemblable à mon avis qu'on arrivera à la même sorte d'impasse qui caractérise le critère selon lequel les personnes qui se trouvent dans une situation analogue doivent être traitées de façon analogue, que cette Cour a nettement rejeté dans l'arrêt *Andrews*.

Les appelants soutiennent qu'ils sont victimes de discrimination parce qu'ils sont accusés d'un des actes criminels énumérés à l'art. 427 du *Code criminel* et qu'ils n'ont pas la possibilité, comme l'ont les personnes accusées de la même infraction en Alberta, de subir un procès devant un juge seul. Je ne suis pas de cet avis. Je crois, en toute

imagination to characterize persons accused of one of the crimes listed in s. 427 of the *Criminal Code* in all the provinces except Alberta as members of a "discrete and insular minority". I hasten to add that this categorization is not an end in itself but merely one of the analytical tools which are of assistance in determining whether the interest advanced by a particular claimant is the kind of interest s. 15 of the *Charter* is designed to protect. It is a means of ensuring that equality rights are given the same kind of broad, purposive interpretation accorded to other *Charter* rights: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*. Differentiating for mode of trial purposes between those accused of s. 427 offences in Alberta and those accused of the same offences elsewhere in Canada would not, in my view, advance the purposes of s. 15 in remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in our society. A search for indicia of discrimination such as stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice would be fruitless in this case because what we are comparing is the position of those accused of the offences listed in s. 427 in the rest of Canada to the position of those accused of the offences listed in s. 427 in Alberta. To recognize the claims of the appellants under s. 15 of the *Charter* would, in my respectful view, "overshoot the actual purpose of the right or freedom in question": see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 344.

I would not wish to suggest that a person's province of residence or place of trial could not in some circumstances be a personal characteristic of the individual or group capable of constituting a ground of discrimination. I simply say that it is not so here. Persons resident outside Alberta and charged with s. 427 offences outside Alberta do not constitute a disadvantaged group in Canadian society within the contemplation of s. 15.

déférence, que ce serait tomber dans la fantaisie que de qualifier de «minorité discrète et isolée» les personnes qui, dans toutes les provinces sauf l'Alberta, sont accusées de l'un des crimes énumérés à l'art. 427 du *Code criminel*. Je m'empresse d'ajouter que cette catégorisation est non pas une fin en soi, mais simplement un moyen analytique de déterminer si un droit qu'un requérant particulier fait valoir est un droit du genre de ceux que l'art. 15 de la *Charte* est destiné à protéger. Il s'agit d'un moyen de garantir que les droits à l'égalité reçoivent la même sorte d'interprétation large et fondée sur l'objet visé que les autres droits protégés par la *Charte*: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité. Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta d'infractions énumérées à l'art. 427 et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination. Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tel que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce parce que ce qui est comparé c'est la situation de personnes qui sont accusées, ailleurs au Canada, d'une des infractions énumérées à l'art. 427, avec celle des personnes ainsi accusées en Alberta. À mon avis, faire droit aux demandes des appelants en vertu de l'art. 15 de la *Charte* serait «aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question»; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 344.

Je ne veux pas dire que la province de résidence d'une personne ou le lieu du procès ne pourraient pas, dans des circonstances particulières, être une caractéristique personnelle d'un individu ou d'un groupe d'individus susceptible de constituer un motif de discrimination. Je dis simplement que ce n'est pas le cas en l'espèce. Les personnes qui résident ailleurs qu'en Alberta et qui sont accusées de l'une des infractions énumérées à l'art. 427 hors de l'Alberta ne constituent pas un groupe défavorisé dans la société canadienne au sens de l'art. 15.

In concluding that s. 15 is not violated in this case, I realize that I am rejecting the proposition accepted by several Courts of Appeal in Canada that it is a fundamental principle under s. 15 of the *Charter* that the criminal law apply equally throughout the country: see *R. v. Hamilton* (1986), 30 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.), at p. 281, leave to appeal refused April 9, 1987, [1987] 1 S.C.R. ix; *R. v. Frohman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 163 (Ont. C.A.); *R. v. Hardiman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 226 (N.S.C.A.), at pp. 230-31; *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, [1987] 5 W.W.R. 577 (Sask. C.A.), at pp. 613-14; *R. v. S.* (1988), 42 C.C.C. (3d) 41 (Ont. C.A.), leave to appeal granted September 30, 1988, [1988] 2 S.C.R. ix; *R. v. Emile* (1988), 42 C.C.C. (3d) 408 (N.W.T.C.A.), at pp. 419-20. See also *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454 (Sask. Q.B.); *R. v. Bailey* (1985), 17 C.R.R. 1 (Y.T.S.C.); *R. v. Punch* (1985), 22 C.C.C. (3d) 289 (N.W.T.S.C.)

I do not think, with all due respect to those who think otherwise, that this can be stated in terms of "fundamental principle" and in bald and absolute form for the purposes of s. 15. In my view, s. 15 mandates a case by case analysis as was undertaken by this Court in *Andrews* to determine 1) whether the distinction created by the impugned legislation results in a violation of one of the equality rights and, if so, 2) whether that distinction is discriminatory in its purpose or effect.

In this particular case the appellants claim to be part of a disadvantaged group comprising all those charged with s. 427 offences being tried outside the province of Alberta and it is this claim which I have rejected. This does not, in my view, preclude the possibility that some variations in criminal law and procedure among the different provinces could give rise to discrimination in the sense defined by a majority of this Court in *Andrews*.

As section 7 of the *Charter* was not pleaded in this case I make no comment on whether equal

Je me rends compte qu'en arrivant à la conclusion qu'il n'y a pas de violation de l'art. 15 en l'espèce, je rejette la proposition acceptée par plusieurs cours d'appel du Canada selon laquelle c'est un principe fondamental en vertu de l'art. 15 de la *Charte* que le droit criminel s'applique également partout au pays: voir *R. v. Hamilton* (1986), 30 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), à la p. 281, autorisation de pourvoi refusée le 9 avril 1987, [1987] 1 R.C.S. ix; *R. v. Frohman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 163 (C.A. Ont.); *R. v. Hardiman* (1987), 35 C.C.C. (3d) 226 (C.A.N.-É.), aux pp. 230 et 231; *Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings*, [1987] 5 W.W.R. 577 (C.A. Sask.), aux pp. 613 et 614; *R. v. S.* (1988), 42 C.C.C. (3d) 41 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi accordée le 30 septembre 1988, [1988] 2 R.C.S. ix; *R. v. Emile* (1988), 42 C.C.C. (3d) 408 (C.A.T.N.-O.), aux pp. 419 et 420. Voir aussi *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454 (B.R. Sask.); *R. v. Bailey* (1985), 17 C.R.R. 1 (C.S.T.Y.); *R. v. Punch* (1985), 22 C.C.C. (3d) 289 (C.S.T.N.-O.)

En toute déférence pour ceux qui pensent le contraire, je ne crois pas que cela puisse se présenter sous forme de «principe fondamental» et sans nuance aucune, pour les fins de l'art. 15. Selon moi, l'art. 15 commande une analyse cas par cas comme celle qu'a entreprise cette Cour dans l'affaire *Andrews* quand il s'agit de déterminer 1) si une distinction créée par la disposition législative contestée engendre une violation de l'un des droits à l'égalité et, dans l'affirmative, 2) si la distinction est discriminatoire de par son objet ou son effet.

Dans ce cas particulier, les appelants prétendent appartenir à un groupe défavorisé composé de toutes les personnes accusées ailleurs qu'en Alberta d'une des infractions énumérées à l'art. 427; c'est cette prétention que j'ai rejetée. Cela n'empêche pas, à mon sens, qu'il soit possible que certaines différences dans le droit criminel ou la procédure en matière criminelle d'une province à l'autre puissent engendrer de la discrimination au sens de la définition donnée par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Andrews*.

Puisqu'on n'a pas invoqué l'art. 7 de la *Charte* en l'espèce, je ne me prononcerai pas sur la ques-

application of the criminal law to all persons in Canada constitutes a principle of fundamental justice within the meaning of that section.

Section 1 of the Charter

Having found no violation of s. 11(f) or s. 15 of the *Charter* it is not necessary to turn to s. 1.

4. Disposition

I would dismiss the appeals and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) requiring in Ontario a jury trial in murder cases, contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by denying the right of an accused person to waive the benefit of the guarantee by trial by jury.

A. No.

2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. In view of the answer to Question 1 it is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) requiring in Ontario in 1985 a jury trial in murder cases, but permitting in Alberta in 1985 a non-jury murder trial, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

4. If the answer to question 3 is affirmative, are ss. 429 and 430 of the *Criminal Code* (as they read in May, 1985) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. In view of the answer to Question 3 it is not necessary to answer this question.

tion de savoir si l'égalité d'application du droit criminel à tous au Canada constitue un principe de justice fondamentale au sens de cet article.

a L'article premier de la Charte

Vu la conclusion qu'il n'y a violation ni de l'al. 11f) ni de l'art. 15 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner la question sous l'angle de l'article premier.

4. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter les pourvois et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

- c* 1. Les articles 429 et 430 du *Code criminel*, qui exigeaient en Ontario (selon le texte existant en mai 1985) un procès avec jury dans les affaires de meurtre, violent-ils les droits et les libertés garantis par l'al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en privant un accusé du droit de renoncer au bénéfice de la garantie d'un procès avec jury?

R. Non.

- e* 2. Si la réponse à la première question est affirmative, les art. 429 et 430 du *Code criminel* (selon le texte existant en mai 1985) sont-ils justifiés aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

f R. En raison de la réponse donnée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

- g* 3. Les articles 429 et 430 du *Code criminel*, qui exigeaient en Ontario, en 1985 (selon le texte existant en mai 1985), un procès avec jury dans les affaires de meurtre, mais autorisaient en Alberta, en 1985, un procès pour meurtre sans jury, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

h R. Non.

- i* 4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, les art. 429 et 430 du *Code criminel* (selon le texte existant en mai 1985) sont-ils justifiés aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

j R. En raison de la réponse donnée à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant Turpin: Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

Solicitors for the appellant Siddiqui: Addelman & Edelson, Ottawa.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Manitoba: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelante Turpin: Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

Procureurs de l'appellant Siddiqui: Addelman & Edelson, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.