

Grant Wayne Krieger *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. KRIEGER

Neutral citation: 2006 SCC 47.

File No.: 30950.

2006: January 12; 2006: October 26.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to trial by jury — Accused charged with unlawfully producing cannabis — Trial judge directing jurors to convict and indicating that they were bound to abide by that direction — Whether accused deprived of his constitutional right to trial by jury — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Curative provision — Accused charged with unlawfully producing cannabis — Jury convicting accused following trial judge's direction they had to convict — Whether trial judge deprived accused of his right to trial by jury — If so, whether curative provision of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The accused suffers from a debilitating illness for which cannabis, in the form of marijuana, is a medically recognized palliative. He has grown marijuana for his own consumption and provided it to others for their use. He was charged with having unlawfully produced cannabis and he exercised his right under s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to

Grant Wayne Krieger *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. KRIEGER

Référence neutre : 2006 CSC 47.

N° du greffe : 30950.

2006 : 12 janvier; 2006 : 26 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès avec jury — Accusé inculpé de production illégale de cannabis — Juge du procès donnant aux jurés la directive de prononcer une déclaration de culpabilité et leur indiquant qu'ils sont tenus de suivre cette directive — L'accusé a-t-il été privé de son droit constitutionnel à un procès avec jury? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).

Droit criminel — Appels — Pouvoirs d'une cour d'appel — Disposition réparatrice — Accusé inculpé de production illégale de cannabis — Accusé déclaré coupable par le jury à la suite d'une directive du juge du procès enjoignant à celui-ci de prononcer une déclaration de culpabilité — Le juge du procès a-t-il privé l'accusé de son droit à un procès avec jury? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice du Code criminel s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

L'accusé souffre d'une maladie débilitante pour laquelle le cannabis, sous forme de marijuana, constitue un traitement palliatif médicalement reconnu. Il a cultivé de la marijuana pour sa propre consommation et en a fournie à d'autres pour leur usage. Il a été inculpé de production illégale de cannabis et a exercé le droit de « bénéficier d'un procès avec jury » que lui garantit

“the benefit of trial by jury”. However, the trial judge directed the jurors to convict and added that they were bound to abide by his direction. After retiring, the jurors returned with a request for a copy of their oath, which they were given. Afterward, two jurors requested to be excused, one on religious grounds and the other on grounds of conscience; these requests were denied. The jury returned with a guilty verdict and their verdict was upheld on appeal.

Held: The appeal should be allowed.

The trial judge deprived the accused of his constitutional right to a trial by jury when he directed the jury to find the accused guilty as charged. The trial judge’s direction was not a “slip of the tongue” to be evaluated in the context of the charge as a whole; nor is this a matter of assessing the impact of subtle language susceptible to different interpretations. His purpose and words were clear. In effect, the trial judge reduced the jury’s role to a ceremonial one: He ordered the conviction and left to the jury, as a matter of form but not of substance, its delivery in open court. Absent a guilty plea, the verdict must be that of the jury, not the judge — unless the judge finds the evidence insufficient and directs a verdict of acquittal on that ground. Even if the evidence is overwhelming, this does not justify a directed verdict of guilty. [6] [8] [18] [24]

While the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* may perhaps be applied where there has been an imperfect trial by jury, it could not in this case because there was in effect no jury trial. [25]

Cases Cited

Applied: *R. v. Wang*, [2005] 1 W.L.R. 661, [2005] UKHL 9; **disapproved:** *R. v. Gill* (1986), 29 C.C.C. (3d) 242; **referred to:** *Bushell’s Case* (1670), 6 St. Tr. 999; *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Devlin, Patrick. “The Judge and the Jury”, in *The Judge*. New York: Oxford University Press, 1979.

l’al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, le juge du procès a donné aux jurés la directive de prononcer une déclaration de culpabilité, ajoutant qu’ils étaient tenus de suivre cette directive. Après s’être retirés, les jurés sont revenus solliciter une copie de leur serment, qui leur a été remise. Deux jurés ont ensuite demandé à être dispensés de faire partie du jury, l’un pour des motifs d’ordre religieux, l’autre pour des raisons de conscience; leurs demandes ont été rejetées. Le jury est revenu prononcer un verdict de culpabilité, lequel a été maintenu en appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le juge du procès a privé l’accusé de son droit constitutionnel à un procès avec jury en donnant aux jurés la directive de déclarer l’accusé coupable de l’infraction reprochée. La directive du juge du procès n’était pas un « lapsus » qui devrait être examiné au regard de l’ensemble de son exposé; il ne s’agit pas non plus d’évaluer l’incidence de propos subtils pouvant recevoir différentes interprétations. L’objectif et les propos du juge étaient clairs. Le juge du procès s’est trouvé, dans les faits, à réduire la fonction du jury à un cérémonial : il a ordonné la déclaration de culpabilité et simplement laissé au jury la formalité de la prononcer à l’audience. En l’absence d’un plaidoyer de culpabilité, le verdict doit émaner du jury, et non du juge, à moins que ce dernier ne conclue à l’insuffisance de la preuve et n’impose un verdict d’acquiescement pour ce motif. Même si la preuve est accablante, cela ne justifie pas d’imposer le prononcé d’un verdict de culpabilité. [6] [8] [18] [24]

Bien qu’elle puisse peut-être trouver application dans les cas où le procès avec jury qui a eu lieu présente des lacunes, la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne pouvait pas s’appliquer en l’espèce parce que, dans les faits, il n’y a pas eu de procès devant jury. [25]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Wang*, [2005] 1 W.L.R. 661, [2005] UKHL 9; **arrêt désapprouvé :** *R. c. Gill* (1986), 29 C.C.C. (3d) 242; **arrêts mentionnés :** *Bushell’s Case* (1670), 6 St. Tr. 999; *R. c. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Doctrine citée

Devlin, Patrick. « The Judge and the Jury », in *The Judge*. New York : Oxford University Press, 1979.

Devlin, Patrick. *Trial by Jury*, 3rd ed. London: Stevens, 1966.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A. and Côté and Picard JJ.A.) (2005), 52 Alta. L.R. (4th) 225, 367 A.R. 155, 346 W.A.C. 155, [2006] 2 W.W.R. 424, [2005] A.J. No. 683 (QL), 2005 ABCA 202, affirming the accused's conviction. Appeal allowed.

C. John Hooker and Henry S. Brown, Q.C., for the appellant.

Peter DeFreitas and Jolaine Antonio, for the respondent.

Marie Henein, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

Grant Wayne Krieger, the appellant in this case, was indicted and tried for having unlawfully produced cannabis. On that charge, he was entitled under s. 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to “the benefit of trial by jury”. He elected to exercise that right. At its heart lies a verdict by one’s peers — the jury, not the judge.

Unfortunately, the trial judge usurped the jury’s function. He directed the jury to convict and said they were bound “to abide by [that] direction”. In substance, their verdict was that of the judge; it was theirs only in form. Mr. Krieger was thereby deprived of his constitutional right to the jury trial he had chosen.

I would allow the appeal and order that he now be given that right.

Devlin, Patrick. *Trial by Jury*, 3rd ed. London : Stevens, 1966.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Côté et Picard) (2005), 52 Alta. L.R. (4th) 225, 367 A.R. 155, 346 W.A.C. 155, [2006] 2 W.W.R. 424, [2005] A.J. No. 683 (QL), 2005 ABCA 202, qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l’accusé. Pourvoi accueilli.

C. John Hooker et Henry S. Brown, c.r., pour l’appellant.

Peter DeFreitas et Jolaine Antonio, pour l’intimée.

Marie Henein, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

L’appellant, Grant Wayne Krieger, a été accusé d’avoir produit illégalement du cannabis et jugé pour cette infraction. Il avait le droit, aux termes de l’al. 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de « bénéficier d’un procès avec jury ». Il a choisi d’exercer ce droit, dont l’élément central est un verdict rendu par les pairs — le jury — et non par le juge.

Malheureusement, le juge du procès a usurpé la fonction du jury. Il a donné aux jurés la directive de prononcer une déclaration de culpabilité, leur disant qu’ils étaient [TRADUCTION] « tenus de suivre [cette] directive ». Dans les faits, le verdict des jurés était celui du juge; il n’était le leur qu’en apparence seulement. Monsieur Krieger a ainsi été privé de son droit constitutionnel de bénéficier du procès avec jury qu’il avait par ailleurs choisi de subir.

Je suis d’avis d’accueillir l’appel et d’ordonner qu’on lui accorde maintenant ce droit.

1

2

3

II

4 Mr. Krieger suffers from a debilitating illness for which cannabis, in the form of marijuana, is a medically recognized palliative. He has grown marijuana for his own consumption and provided it to others for their use.

5 For this, he was indicted on September 29, 1999, in the Court of Queen’s Bench of Alberta, on two counts. The first, for unlawful possession of cannabis, was quashed by Acton J. of the Court of Queen’s Bench of Alberta. The second, for unlawful production of cannabis, proceeded to trial. Mr. Krieger was convicted and his appeal against the conviction was dismissed by the Alberta Court of Appeal ((2005), 52 Alta. L.R. (4th) 225, 2005 ABCA 202). Fraser C.J.A., dissenting, would have allowed the appeal, quashed the conviction and ordered a new trial. So, too, would I.

6 There are only two real issues on this appeal. The first is whether the trial judge deprived Mr. Krieger of his right to a trial by jury when he directed the jury to find Mr. Krieger guilty as charged. The second is whether this error, if committed by the trial judge, can be cured under the harmless error proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46: In virtue of that provision, an appellate court may, notwithstanding a wrong decision at trial on any question of law, dismiss the appeal if it is satisfied “that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”.

7 On the first issue, the Crown conceded from the outset that the trial judge erred in this case by directing the jury “to retire to the jury room to consider what I have said, appoint one of yourselves to be your foreperson, and then to return to the court with a verdict of guilty”. (Here and elsewhere, unless otherwise indicated, the emphasis is

II

Monsieur Krieger souffre d’une maladie débilatante pour laquelle le cannabis, sous forme de marijuana, constitue un traitement palliatif médicalement reconnu. Il a cultivé de la marijuana pour sa propre consommation et en a fournie à d’autres pour leur usage.

Le 29 septembre 1999, deux chefs d’accusation ont donc été portés contre lui à cet égard devant la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta. Le premier chef, possession illégale de cannabis, a été annulé par la juge Acton de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, alors que le deuxième, production illégale de cannabis, a donné lieu à un procès. Monsieur Krieger a été déclaré coupable et l’appel qu’il a formé contre cette déclaration de culpabilité a été rejeté par la Cour d’appel de l’Alberta ((2005), 52 Alta. L.R. (4th) 225, 2005 ABCA 202). Dissidente, la juge en chef Fraser aurait pour sa part accueilli l’appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Je suis du même avis.

Il n’y a vraiment que deux questions en litige dans le présent pourvoi. La première est de savoir si le juge du procès a privé M. Krieger de son droit de bénéficier d’un procès avec jury en donnant aux jurés la directive de le déclarer coupable de l’infraction reprochée. Dans l’affirmative, la deuxième question consiste à se demander s’il est possible de remédier à cette erreur par application de l’exception relative aux erreurs sans conséquence prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Selon cette exception, bien qu’une décision erronée ait été rendue au procès sur une question de droit, la cour d’appel peut rejeter l’appel si elle est convaincue « qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit ».

En ce qui a trait à la première question, le ministère public a concédé d’entrée de jeu que le juge du procès avait commis une erreur en l’espèce en donnant comme directive aux jurés de [TRADUCTION] « se retirer dans la salle des jurés pour réfléchir à ce qu’[il avait] dit, nommer l’un d’entre [eux] comme président et revenir devant le tribunal pour

mine.) And the Crown ultimately conceded as well, in oral argument, that a new trial must be had if the Court concludes that the trial judge, in directing the jury as he did, in substance took away their decision from them. Accordingly, all that remains to be determined on this branch of the matter is whether, on the record before us, we are persuaded that the trial judge instructed the jury that they had no choice but to render the verdict that he had directed them to return.

Let me say at once that this is not a case of a “slip of the tongue”, to be evaluated in the context of the judge’s charge as a whole. Nor is it a matter of assessing the impact of subtle language susceptible to different interpretations. The judge’s purpose was as clear as the words he used to achieve it. He evidently considered it his duty to *order* the jury to convict and to make it plain to the jurors that they were not free to reach any other conclusion. In effect, the trial judge reduced the jury’s role to a ceremonial one: He ordered the conviction and left to the jury, as a matter of form but not of substance, its delivery in open court.

I begin by recalling the terms used by the judge in instructing the jury as to the available verdicts. As I have already mentioned, he directed the jurors “to retire to the jury room . . . and . . . to return to the court with a verdict of guilty”. To the judge himself this direction left no other course open to the jury. When two jurors later asked to be excused, the judge stated, in the jury’s presence:

I have a matter that the jury raises. It is apparent that some of the members either didn’t understand my direction this morning, that is that they were to return a verdict of guilty . . . or they refused to do so.

prononcer un verdict de culpabilité ». (Ici et ailleurs dans les présents motifs, sauf indication contraire, les soulignements sont de moi.) En outre, le ministère public a finalement reconnu, au cours des plaidoiries, qu’un nouveau procès devra être tenu si la Cour arrive à la conclusion que, en s’adressant au jury comme il l’a fait, le juge du procès a dans les faits dénié au jury la possibilité de prendre sa propre décision. Au vu du dossier qui nous a été soumis, il reste donc à déterminer si nous sommes convaincus que le juge du procès a dit aux jurés qu’ils n’avaient pas d’autre choix que de rendre le verdict qu’il leur avait donné ordre de prononcer.

D’abord, je tiens à préciser que nous ne sommes pas en présence d’un cas de « lapsus » qui devrait être examiné au regard de l’ensemble de l’exposé du juge. Il ne s’agit pas non plus d’évaluer l’incidence de propos subtils pouvant recevoir différentes interprétations. L’objectif poursuivi par le juge était aussi clair que les mots qu’il a utilisés pour atteindre cet objectif. Il a de toute évidence considéré qu’il avait l’obligation d’ordonner aux jurés de prononcer une déclaration de culpabilité et de leur indiquer clairement qu’ils n’étaient pas libres de tirer une autre conclusion. Le juge du procès s’est trouvé, dans les faits, à réduire la fonction du jury à un cérémonial : il a ordonné la déclaration de culpabilité et simplement laissé au jury la formalité de la prononcer à l’audience.

Rappelons d’abord les termes utilisés par le juge pour donner au jury ses directives concernant les verdicts possibles. Comme je l’ai mentionné plus tôt, il a ordonné aux jurés de [TRADUCTION] « se retirer dans la salle des jurés [. . .] et [. . .] de revenir devant le tribunal pour prononcer un verdict de culpabilité ». Pour le juge lui-même, cette directive était sans équivoque. En fait, lorsque deux jurés lui ont ensuite demandé à être dispensés de leur devoir, le juge s’est exprimé ainsi devant l’ensemble du jury :

[TRADUCTION] Je veux vous parler d’un problème en ce qui concerne le jury. Il est évident que certains membres du jury n’ont pas compris la directive que j’ai donnée ce matin, à savoir qu’ils doivent rendre un verdict de culpabilité [. . .], ou encore qu’ils refusent de le faire.

8

9

And then, lest the jury be left in doubt as to the binding effect of his direction, the judge added:

And once they [the jurors] are directed to do that [to return a verdict of guilty], it's up to them to bring in — to abide by the direction.

III

10 As I mentioned earlier, the Crown conceded that a new trial should be ordered if the jury, though it did pronounce the verdict, was in substance entirely deprived of its role. The Crown thus agreed with the outcome in *R. v. Wang*, [2005] 1 W.L.R. 661, [2005] UKHL 9, where the House of Lords ordered a new trial following a directed verdict of guilty. The Crown sought, however, to distinguish *Wang* on the ground that the jury in this case retired and deliberated for ten hours. In *Wang*, on the other hand, after the judge directed a guilty verdict, the jury was not so much as invited to leave the courtroom to confer. (See *Wang*, at para. 6.)

11 In support of its point, the Crown pointed the Court to *R. v. Gill* (1986), 29 C.C.C. (3d) 242, at p. 251, where the Alberta Court of Appeal held that:

Nevertheless, no miscarriage of justice occurred here because the jury, after this direction, did retire and deliberate for some time before bringing in a verdict of guilt. There is no reason to believe that the jurors thought that the issue had been taken away from them, or that the final decision did not rest with them.

12 In fact, one cannot conclude that a jury duly renders a verdict, by the sole fact that the jury “did retire and deliberate for some time”. Duration alone tells little about the substance or significance of the deliberations. And speculation in this regard is particularly perilous in this case.

13 After the jurors had been directed by the judge to retire and return to court with a guilty verdict,

Puis, pour éviter que le jury ait encore des doutes quant au caractère impératif de sa directive, le juge a ajouté ceci :

[TRADUCTION] Une fois que [les jurés] ont reçu une directive en ce sens [à savoir rendre un verdict de culpabilité], il leur incombe de rendre — de suivre cette directive.

III

Comme je l'ai indiqué précédemment, le ministère public a concédé qu'un nouveau procès devra avoir lieu si le jury, bien qu'il ait effectivement prononcé le verdict, a dans les faits été entièrement dépouillé de sa fonction. Le ministère public souscrit donc à la conclusion tirée dans *R. c. Wang*, [2005] 1 W.L.R. 661, [2005] UKHL 9, où la Chambre des lords a ordonné la tenue d'un nouveau procès à la suite d'un verdict de culpabilité imposé par le tribunal de première instance. Il a toutefois tenté de distinguer l'affaire *Wang* du présent cas en invoquant le fait que, en l'espèce, le jury s'est retiré et a délibéré pendant dix heures, alors que dans *Wang*, après que le juge eut imposé un verdict de culpabilité, le jury n'a même pas été invité à quitter la salle d'audience pour délibérer. (Voir *Wang*, par. 6.)

Au soutien de cet argument, le ministère public renvoie la Cour à l'arrêt *R. c. Gill* (1986), 29 C.C.C. (3d) 242, où la Cour d'appel de l'Alberta a tiré la conclusion suivante, à la p. 251 :

[TRADUCTION] Néanmoins, aucune erreur judiciaire n'a été commise en l'espèce, puisque, après avoir reçu cette directive, le jury s'est retiré et a délibéré pendant un certain temps avant de rendre un verdict de culpabilité. Rien ne permet de croire que les jurés pensaient que l'affaire leur avait été retirée, ou que la décision finale ne leur appartenait pas.

En fait, on ne saurait conclure qu'un jury rend valablement un verdict du seul fait qu'il « s'est retiré et a délibéré pendant un certain temps ». À elle seule, la durée des délibérations renseigne peu sur la teneur ou la pertinence de celles-ci. De plus, il est particulièrement périlleux en l'espèce d'émettre des hypothèses à cet égard.

Après avoir reçu du juge la directive de se retirer et de revenir devant le tribunal pour prononcer un

they returned instead with a request: They asked for a copy of the oath they had taken upon assuming their duties as jurors. They had sworn by that oath to presume the accused innocent throughout the trial, which would end with their verdict. Yet now, even before they could begin to deliberate, they were directed by the judge not just to *presume* — but in fact to *conclude* — that the accused was guilty as charged. In that light, the jurors were understandably concerned to ascertain the nature and consequences of their oath.

Some time after receiving a copy of their oath, two jurors asked to be excused from the panel (one on religious grounds, the other on grounds of conscience). The trial judge denied their requests. I am satisfied that he exercised his discretion judicially in this regard but I am troubled by his accompanying comments. As Fraser C.J.A. put it in her dissenting reasons, the judge's comments and questions "amounted to a reaffirmation of the direction to convict" (para. 14) and their cumulative effect was that "the jury was obliged to follow the instructions given earlier and convict Krieger" (para. 18):

In the case of Juror No. 12, the direction was express. When she started to explain why her conscience prevented her from judging the appellant, she stated . . .

A Here in the — in our — in our group, we — there are only two choices to — yes or no, or to be guilty or not guilty. So . . .

Q Actually there is one choice and that is guilt.

A Guilty, yeah. So to me it's difficult to say that he's guilty.

. . .

As for Juror No. 8 who said he wished to be excused on religious grounds, his answers to the questions posed

verdict de culpabilité, les jurés sont revenus, mais pour lui soumettre une requête : ils ont demandé à voir une copie du serment qu'ils avaient prêté au moment d'assumer leur devoir de jurés. Ils s'étaient engagés sous serment à présumer l'accusé innocent tout au long du procès, qui se terminerait par le prononcé de leur verdict. Et voilà maintenant que le juge leur demandait, avant même qu'ils aient pu commencer à délibérer, non seulement de *présumer* — mais aussi de *conclure* — que l'accusé était coupable de l'infraction reprochée. Dans ce contexte, on comprend facilement pourquoi les jurés tenaient à s'assurer de la nature et des conséquences de leurs obligations.

Peu de temps après avoir reçu une copie de leur serment, deux jurés ont demandé à être dispensés de faire partie du jury (l'un pour des motifs d'ordre religieux, l'autre pour des raisons de conscience). Le juge du procès a rejeté ces demandes. Je suis convaincu qu'il a exercé judiciairement son pouvoir discrétionnaire à cet égard, mais les commentaires qu'il a formulés ce faisant me troublent. Comme l'a souligné la juge en chef Fraser dans ses motifs dissidents, desquels sont tirés les extraits suivants, les commentaires et questions du juge [TRADUCTION] « équivalaient à une réaffirmation de la directive de prononcer une déclaration de culpabilité » (par. 14) et ont eu pour effet cumulatif « d'obliger le jury à suivre les directives données plus tôt et à conclure à la culpabilité de Krieger » (par. 18) :

[TRADUCTION] En ce qui concerne la jurée n° 12, la directive était explicite. Lorsqu'elle a commencé à expliquer pourquoi sa conscience l'empêchait de juger l'appellant, elle s'est exprimée ainsi . . .

R Ici, dans le — dans notre — dans notre groupe, nous — il n'y a que deux possibilités à — oui ou non, coupable ou non coupable. Par conséquent . . .

Q En fait, il y a une seule possibilité, et c'est « coupable ».

R Coupable, ouais. Donc, il m'est difficile d'affirmer qu'il est coupable.

. . .

Pour ce qui est du juré n° 8, qui a affirmé vouloir être dispensé pour des motifs d'ordre religieux, ses réponses

demonstrate that he too was under no illusions as to the instructions the trial judge gave — the jury was to convict regardless. This juror was asked to explain why his conscience prevented him from making a decision. His answer at AB 223 demonstrates why this Court ought not to conclude that despite the error of law here, there is no reasonable possibility that the verdict would have been different nor for that matter that the result of a new trial would clearly be a conviction:

When I look at this case and all the facts presented, I think I understand the legal parameters in which I must remain. I feel this man is not a guilty man, and I can't say guilty, even though I understand your charge, and I'm struggling with this, and I can't bring myself to say guilty.

Juror No. 8 concluded his testimony before the trial judge stating at AB 224:

I believe that I could not live with myself if I was part of a conviction of this man.

15 In these exchanges, the trial judge further undermined the role of the jury in the eyes of the two members who sought to be excused and ultimately, we may safely presume, in the eyes of the jurors they then rejoined. Moreover, I agree with Fraser C.J.A. that “[t]his record clearly reveals from events following the charging of the jury that the jury did not understand that it had the final call on Krieger’s guilt or innocence” (para. 11).

16 The Crown’s reliance on the length of the deliberations hardly indicates the contrary. They could hardly have spent that time deliberating on the facts, which were not in dispute. Brief deliberation might thus have indicated their agreement with the guilty verdict they were directed by the judge to deliver. If the time the jury spent deliberating indicates anything at all, it might well be *resistance to* — not *agreement with* — the verdict imposed on them by the judge.

aux questions posées démontrent qu’il ne se faisait pas lui non plus d’illusions quant aux instructions qu’avait données le juge du procès — le jury devait prononcer une déclaration de culpabilité, et ce, peu importe. Le juge a demandé à ce juré d’expliquer pourquoi sa conscience l’empêchait de prendre une décision. Sa réponse, à la page AB 223, démontre pourquoi notre cour ne devrait pas conclure que, en dépit de l’erreur de droit qui a été commise en l’espèce, il n’existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent ou d’ailleurs qu’un nouveau procès aboutirait manifestement à une déclaration de culpabilité :

Lorsque j’examine cette affaire et tous les faits présentés, je pense que je comprends les limites juridiques dans lesquelles je dois rester. J’estime que cet homme n’est pas coupable, et je ne peux le déclarer coupable, bien que je comprenne votre exposé, et cela me dérange, et je ne peux me résoudre à dire coupable.

Le juré n° 8 a conclu son témoignage devant le juge du procès en déclarant ceci, à la page AB 224 :

Je pense que je ne pourrais vivre en paix avec moi-même si j’étais partie à la condamnation de cet homme.

Au cours de ces échanges, le juge du procès a diminué encore davantage le rôle du jury non seulement aux yeux des deux membres de celui-ci qui cherchaient à être dispensés de leur devoir, mais également, ce qu’on peut supposer sans trop de risque de se tromper, aux yeux des autres jurés lorsqu’ils les ont rejoints. En outre, je fais miens les propos suivants de la juge en chef Fraser de la Cour d’appel : [TRADUCTION] « [L]e dossier révèle clairement que, en raison d’événements survenus après l’exposé au jury, celui-ci n’a pas compris que c’est lui qui avait le dernier mot quant à la culpabilité ou à l’innocence de Krieger » (par. 11).

La durée des délibérations, sur laquelle se fonde le ministère public, ne permet pas vraiment d’affirmer le contraire. En effet, les jurés auraient difficilement pu passer tout ce temps à délibérer sur les faits, lesquels n’étaient pas contestés. De brèves délibérations auraient donc pu indiquer qu’ils sous-craivaient au verdict de culpabilité que le juge leur avait ordonné de rendre. D’ailleurs, si le temps que le jury a passé à délibérer révèle quoi que ce soit, ce serait plutôt leur *résistance* — et non leur *assentiment* — au verdict que leur a imposé le juge.

IV

By his plea of “not guilty”, Mr. Krieger exercised his right under s. 11(f) of the *Charter* to a determination of his guilt by the jury, not the judge.

The Crown submits that Mr. Krieger’s testimony and defence counsel’s submissions in the course of the trial are tantamount to a guilty plea. It is true, of course, that the fate of the accused will often be sealed by their own testimony and admissions, or by the concessions and submissions of their counsel. But absent a plea of guilty, the need for a verdict remains. And in a trial by judge and jury, the verdict must be that of the jury, not the judge — unless the judge finds the evidence insufficient and directs a *verdict of acquittal* on that ground.

The trial judge in this case well understood these rules. After concluding that there was no reasonable basis for putting Mr. Krieger’s proposed defence of necessity to the jury, the judge offered this suggestion to defence counsel:

Well, there are alternatives. One is that having no defence to this by reason of my finding, and an admission, you can enter a plea of guilty before the judge alone without the necessity of the jury hearing it.

Or you can have the matter go before the jury and the jury can decide whether he [be] guilty or not.

Mr. Krieger did not change his plea. He instead persisted in exercising his constitutional right to place his fate in the hands of the jury.

Counsel on both sides understood as well the limited import of the admissions that had been made by the defence. Defence counsel took care not to go beyond the agreed statement of facts, which consisted in three paragraphs concerning Health Canada’s procedures for obtaining exemptions permitting the growth and possession of

IV

En plaidant « non coupable », M. Krieger a exercé le droit que lui reconnaît l’al. 11f) de la *Charte* de faire trancher par le jury, et non par le juge, la question de sa culpabilité ou de son innocence.

Le ministère public fait valoir que le témoignage de M. Krieger et les observations de l’avocat de la défense au cours du procès équivalent à un plaidoyer de culpabilité. Il va de soi que le sort de l’accusé est souvent déterminé par ses propres témoignage et aveux, ou par les concessions et observations de son avocat. En l’absence d’un plaidoyer de culpabilité toutefois, la nécessité d’un verdict demeure. En outre, dans le cadre d’un procès devant juge et jury, le verdict doit émaner du jury, et non du juge, à moins que ce dernier ne conclue à l’insuffisance de la preuve et n’impose un *verdict d’acquiescement* pour ce motif.

En l’espèce, le juge du procès comprenait bien ces règles. Après avoir conclu qu’il n’existait aucun fondement raisonnable justifiant de soumettre au jury la défense de nécessité que M. Krieger entendait présenter, le juge du procès a fait la suggestion suivante à l’avocat de la défense :

[TRADUCTION] Bon, il existe des solutions de rechange. Étant donné que, par suite de ma conclusion, vous ne disposez d’aucun moyen de défense à cet égard, et qu’un aveu a été fait, vous pouvez inscrire un plaidoyer de culpabilité devant le juge seul sans qu’il soit nécessaire que le jury l’entende.

Ou vous pouvez soumettre l’affaire au jury, qui décidera si [votre client] est coupable ou non coupable.

Monsieur Krieger n’a pas modifié son plaidoyer. Il a plutôt persisté dans sa décision d’exercer le droit que lui reconnaît la Constitution de placer son sort entre les mains du jury.

Les avocats des deux parties saisissaient bien eux aussi l’importance limitée des aveux faits par la défense. L’avocat de la défense a pris soin de ne pas aller au-delà de l’exposé conjoint des faits, qui se composait de trois paragraphes concernant la procédure de Santé Canada relative à l’obtention d’exemptions permettant la culture et la possession

17

18

19

20

21

cannabis. And the Crown, in response to a comment by the judge, made clear its understanding that the joint admissions made did not dispense with the need for additional proof (still less, I would add, for the verdict of the jury):

Well, I believe my friend had indicated that his client would admit that in his evidence, sir, but I don't recall at any point in time the two of us saying that those were — that we are proceeding on the basis of an agreed statement of facts. Otherwise, I would not have called the evidence that I did.

22

A clear distinction must in any event be drawn between admissions of fact covering all of the prosecution's allegations and the ultimate question of guilt or innocence that is answered by the verdict alone. This was well explained by Sir Patrick (later Lord) Devlin:

It [referring to the British precedent of *Stonehouse v. D.P.P.*] could not be said that the whole question of innocence or guilt was taken out of the jury's hands. If it had been, would it have made a difference? Logically it should not. If a single issue can be withdrawn from the jury on the ground that the facts relating to it lead in the eyes of the judge to one conclusion only, then, if the same thing can be said of all the other issues, they too should be withdrawn. But suppose that at the end of the evidence in such a case the judge was, without summing up at all, simply to direct the verdict of Guilty in the same way as he directs a verdict of Not Guilty when the prosecution has failed to make out a case. This would mean that there had not been even the semblance of a trial by jury. Whatever formula may be devised to facilitate the application of the proviso, the statutory requirement is that there should be no miscarriage of justice. It would be going very far to say that there was no miscarriage in a process which deprived an accused entirely of his constitutional right to trial by jury.

(“The Judge and the Jury”, in *The Judge* (1979), at pp. 142-43)

And later:

In my idea no conviction can stand that is not based on the verdict of a jury given after a full and proper trial.

de cannabis. De plus, dans une réponse à un commentaire du juge, le ministère public a clairement indiqué qu'il comprenait que ces aveux conjoints n'éliminaient pas la nécessité d'une preuve additionnelle (encore moins, ajouterais-je, celle d'un verdict du jury) :

[TRADUCTION] Bien, je crois que mon collègue avait indiqué que son client admettrait ce point dans son témoignage, monsieur, mais je ne me souviens pas que nous ayons jamais dit tous deux qu'il s'agissait de — que nous nous fondions sur un exposé conjoint des faits. Sinon, je n'aurais pas présenté cette preuve.

Quoi qu'il en soit, il faut établir une distinction entre des aveux sur des questions de fait portant sur l'ensemble des allégations de la poursuite et des aveux sur la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence, qui ne peut être tranchée que par le verdict uniquement. Sir Patrick Devlin (devenu lord Devlin par la suite) a bien expliqué ce point :

[TRADUCTION] On ne saurait affirmer [au sujet du précédent britannique *Stonehouse c. D.P.P.*] que la question de l'innocence ou de la culpabilité a été entièrement retirée des mains du jury. D'ailleurs, si elle l'avait été, cela aurait-il fait une différence? Logiquement non. Si une question peut être soustraite à l'appréciation du jury au motif que les faits s'y rapportant ne conduisent, aux yeux du juge, qu'à une conclusion, en conséquence, s'il en est ainsi de toutes les autres questions, elles devraient elles aussi être retirées. Toutefois, supposons qu'une fois la preuve close dans un tel cas, le juge décide, sans faire de résumé, de tout simplement imposer un verdict de culpabilité comme il lui arrive d'imposer un verdict de non-culpabilité lorsque la poursuite n'a pas établi le bien-fondé de ses allégations. Cela signifierait qu'il n'y a pas eu ne serait-ce même que l'apparence d'un procès avec jury. Quelle que soit la formule utilisée pour faciliter l'application de l'exception, la loi exige qu'il n'y ait pas d'erreur judiciaire. Ce serait aller très loin que de dire qu'aucune erreur judiciaire n'a été commise dans une instance où l'accusé aurait été privé entièrement du droit constitutionnel de bénéficier d'un procès avec jury.

(« The Judge and the Jury », dans *The Judge* (1979), p. 142-143)

Et, plus loin :

À mon avis, on ne saurait maintenir une déclaration de culpabilité qui n'est pas fondée sur le verdict d'un

No matter that the guilt of the accused cries out to the heavens through the voices of all the judges of England. This is the first and traditional protection that the law gives to an accused. The second and more recent protection, given in the way I have chronicled, is that even such a verdict will not be enough if on the evidence the appellate judges find the lurking doubt which they consider that the jury has missed. But the second is an addition to the first and not a substitute for it. [p. 157]

I share these views and consider them to be a complete answer to both points raised by the Crown.

The overwhelming nature of the evidence can hardly justify a directed verdict of guilty. When, if not in such cases, would a verdict of guilty be directed? Would it be permitted whenever the evidence is overwhelming *in the eyes of the judges*? Under our Constitution, the plain answer to this last question is “no”.

And finally, little needs to be said about the proviso set out in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. That provision may perhaps be applied where there has been an imperfect trial by jury but not where, as here, there has in effect been no trial by jury at all.

V

In another era, the usual enticement to quick agreement consisted of locking the jury up without “meat, drink, fire and tobacco”. Jurors who gave verdicts thought unacceptable by the court were punished in Star Chamber or by the trial judge himself: see Devlin, *Trial by Jury*, at pp. 68-69 and 76. In *Bushell’s Case* (1670), 6 St. Tr. 999, the jurors were fined and imprisoned for their verdict of “not guilty”.

It has since then been well established that under the system of justice we have inherited from England juries are not entitled *as a matter of right*

jury rendu à l’issue d’un procès complet et régulier. Peu importe que tous les juges d’Angleterre proclament aux quatre vents la culpabilité de l’accusé. Il s’agit de la première et de la plus ancienne protection que le droit accorde à l’accusé. La deuxième protection — plus récente — reconnue de la manière que j’ai relatée, tient au fait qu’un tel verdict ne suffit pas si, eu égard à la preuve, les juges d’appel concluent à l’existence de ce doute indéfinissable qui, selon eux, a échappé au jury. Cependant, la deuxième protection s’ajoute à la première, elle ne la remplace pas. [p. 157]

Je partage ces opinions et j’estime qu’elles répondent complètement aux deux points soulevés par le ministère public.

La nature accablante de la preuve peut difficilement être invoquée pour imposer le prononcé d’un verdict de culpabilité. Quand, si ce n’est dans ces cas, un verdict de culpabilité serait-il ordonné? Un tel verdict serait-il permis chaque fois que la preuve est accablante *aux yeux des juges*? Au regard de notre Constitution, la réponse à cette dernière question est tout simplement « non ».

Enfin, point n’est besoin de s’étendre longuement sur l’exception prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Cette disposition pourrait peut-être trouver application dans les cas où le procès avec jury qui a eu lieu présente des lacunes, mais non dans ceux où, comme en l’espèce, il n’y a dans les faits pas eu de procès avec jury.

V

Il fut un temps où la façon habituelle d’inciter le jury à tomber rapidement d’accord sur un verdict consistait à le séquestrer sans lui fournir [TRADUCTION] « de quoi manger, boire, se chauffer ou fumer ». Les jurés qui rendaient des verdicts jugés inacceptables par le tribunal étaient punis par la « Chambre étoilée » ou par le juge du procès lui-même : voir Devlin, *Trial by Jury*, p. 68-69 et 76. Dans *Bushell’s Case* (1670), 6 St. Tr. 999, les jurés ont été condamnés à des amendes et emprisonnés pour avoir rendu un verdict de non-culpabilité.

Il est depuis bien établi que, dans le système de justice que nous tenons de l’Angleterre, les jurés ne peuvent pas *de plein droit* refuser d’appliquer la loi

23

24

25

26

27

to refuse to apply the law — but they do have the *power* to do so when their consciences permit of no other course.

28 The matter was put this way long ago by Lord Mansfield in *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774, at p. 824 (cited by Dickson C.J. in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 78):

It is the duty of the Judge, in all cases of general justice, to tell the jury how to do right, though they have it in their power to do wrong, which is a matter entirely between God and their own consciences.

29 In this case, with the sole intention of “showing the jury how to do right”, the trial judge unfortunately deprived the jurors of the responsibility that was by law theirs alone. The appellant was thereby deprived of his constitutional right, in virtue of s. 11(f) of the *Charter*, “to the benefit of trial by jury”.

30 I would therefore allow the appeal, quash the appellant’s conviction and order a trial before judge and jury in accordance with his election on the indictment that concerns us here.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: C. John Hooker, Calgary.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener: Queen’s University, Kingston.

— mais ils ont la *faculté* de le faire lorsque leur conscience ne leur en laisse pas le choix.

Il y a longtemps, dans l’arrêt *R. c. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774, p. 824 (cité par le juge en chef Dickson dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 78), lord Mansfield a formulé ainsi ce principe :

[TRADUCTION] C’est le devoir du juge, dans toutes les affaires de droit commun, de dire aux jurés comment rendre justice, bien qu’il soit en leur pouvoir de ne pas la rendre, ce qui est une affaire entièrement entre Dieu et leur propre conscience.

En l’espèce, dans le seul but de « dire aux jurés comment rendre justice », le juge du procès a malheureusement dépouillé ceux-ci d’une responsabilité qui, en droit, leur appartenait à eux seuls. De ce fait, l’appelant a été privé du droit constitutionnel que lui reconnaît l’al. 11f) de la *Charte* « de bénéficier d’un procès avec jury ».

J’accueillerais par conséquent l’appel, j’annulerais la déclaration de culpabilité de l’appelant et j’ordonnerais la tenue d’un procès devant juge et jury, conformément au choix fait par l’appelant au regard de l’acte d’accusation en cause.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l’appelant : C. John Hooker, Calgary.

Procureur de l’intimée : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l’intervenante : Université Queen’s, Kingston.