COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

130-09-CA

CHRISTOPHER GREGORY TRITES

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Trites v. R., 2011 NBCA 5

CORAM:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision
of the Provincial Court:
June 23, 2009 (conviction)

History of the Case:

Decision under appeal:
(2009), 348 N.B.R. (2d) 373

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 18, 2010 and June 29, 2010

Judgment rendered
January 20, 2011

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Richard

Concurred in by:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Bell

CHRISTOPHER GREGORY TRITES

APPELANT

- et –

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Trites c. R., 2011 NBCA 5

CORAM :
L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision
de la Cour provinciale :
Le 23 juin 2009 (déclaration de culpabilité)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
(2009), 348 R.N.-B. (2e) 373

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Les 18 mai et 29 juin 2010

Jugement rendu :
Le 20 janvier 2011

Motifs de jugement :
L'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Bell

Counsel at the hearing:

For the appellant:
Margaret Gallagher

For the respondent:
David Schermbrucker

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Margaret Gallagher

Pour l'intimée :
David Schermbrucker

THE COURT

The appeal is allowed and the conviction is quashed. The matter is returned to the Provincial Court where the appellant is entitled to make an election as to mode of trial in accordance with s. 536 of the *Criminal Code*.

LA COUR

Accueille l'appel, annule la condamnation et renvoie l'affaire à la Cour provinciale, où l'appelant sera autorisé à faire le choix du mode de procès conformément à l'art. 536 du *Code criminel*.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD J.A.

I. Introduction

[1] On June 23, 2009, on the second day of trial, Christopher Gregory Trites pled guilty in the Provincial Court to a charge of having conspired to traffic in a controlled substance (s. 465(1)(*c*) of the *Criminal Code*). He was subsequently sentenced to imprisonment. He now appeals his conviction on the sole ground that the Provincial Court did not have jurisdiction to undertake his trial or to entertain his plea because he had not elected to be tried in that court. He had also alleged he was the victim of a miscarriage of justice because of the incompetence of his trial counsel (not counsel on appeal), but this allegation was abandoned at the outset of the hearing.

[2] For the reasons that follow, I would allow the appeal, quash the conviction and order the matter returned to the Provincial Court for an election in accordance with the provisions of s. 536 of the *Criminal Code*. In my view, there was no compliance or even substantial compliance with the mandatory provisions of s. 536(2), and therefore no election to the jurisdiction of the Provincial Court. I acknowledge that an accused can waive the benefit of s. 536(2), but there was no waiver in the present case. In addition, this is not a procedural irregularity of the type contemplated in s. 686(1)(*b*)(iv) of the *Code*, which would allow us to dismiss the appeal on the grounds the appellant suffered no prejudice. In the circumstances of this case, it cannot be said Mr. Trites suffered no prejudice when he was deprived of his constitutional right to a jury trial.

II. Procedural Background

[3] Only the procedural history leading to Mr. Trites' conviction is relevant to this appeal. It reveals that two counts in an Information laid against Mr. Trites and a co-accused alleged they had conspired to traffic in controlled substances, being cocaine

and cannabis (marihuana), offences requiring the accused to elect the mode of trial because they are not within the absolute jurisdiction of the Provincial Court. After his arrest, Mr. Trites was released on an undertaking with conditions. Between the date of his first appearance in court and March 20, 2008, the matter was adjourned several times, ostensibly because Mr. Trites and his co-accused were not ready to elect their mode of trial until their counsel reviewed all the evidence the prosecution had disclosed. Mr. Trites had retained Ronald Morris, Q.C. and, at some point, he signed a "Designation of Counsel", which, according to s. 650.01 of the *Criminal Code*, permitted Mr. Morris to appear in court on behalf of Mr. Trites in his absence. The Designation of Counsel reads as follows:

> I, Christopher Trites, hereby designate Ronald E. Morris, Q.C. of 725 Brunswick Street, Fredericton, N.B. as counsel on matters before the Provincial Court in Fredericton, New Brunswick, pursuant to Section 650.01(1) of the Criminal Code of Canada and amendments thereto.
>
> Dated at Fredericton, New Brunswick, this 6th day of November, 2007.

[4] When the matter was called in the Provincial Court on March 20, 2008, neither Mr. Trites nor Mr. Morris was present. In their absence, Mr. Howard Peters advised the judge he was appearing as agent for Mr. Morris, pointed out that a Designation of Counsel had been filed, and said he was authorized to elect the mode of trial. He elected trial in the Provincial Court and entered a plea of not guilty on behalf of Mr. Trites. Trial dates were scheduled for November 2008.

[5] The trial did not proceed as scheduled because the defence raised certain evidentiary issues. It was ultimately re-scheduled to begin on June 1, 2009, with a *voir dire* into those issues. On that date, Mr. Morris advised the court Mr. Trites was abandoning the evidentiary issues he had earlier raised, so the matter was set over to June 22, 2009.

[6] Before any witnesses were called on June 22, 2009, Mr. Morris made the following submission to the trial judge:

> **MR. MORRIS:** Your Honour, I have one preliminary – which I was not aware of until 10 minutes – 5 minutes ago, and I just thought I might clear it up with the Court. Mr. Trites came to me about 5 minutes ago and advised that – or asked me a question whether I thought he might be better in front of a jury than in front of a judge. Now, obviously these matters were discussed at – prior to the election. Mr. Price (sic) advises me that he thought that this was originally going to be in front of a jury, or that he would like to have it in front of a jury, and I advised him that, you know, there's rules and regulations here that you have to follow in order to do that and, you know, I mean obviously we're here, this day is set for trial having elected Provincial Court Judge some time ago. So I'm at a – I'm kind of at a loss about what to do about this, but I – I have to mention it to the Court, because if Mr. Trites has a problem with this I certainly don't want it reflecting on any advice that I might have given him or if I confused him I'd also like that to be straightened out. So that's the problem that I've got right now. I realize – and I mentioned to Mr. Trites that I mean usually prior to trial if you – you could re-elect 14 days prior without the consent of the Crown, but I mean the day of trial it's, you know, it is what it is, so –
>
> **THE COURT:** All right; are you making a motion to re-elect, Mr. Morris?
>
> **MR. MORRIS:** Well, Your Honour, I guess – I guess what I – I would do, it's my understanding that my client would like to make that motion to re-elect and I would be certainly prepared to make it, but I wanted you to understand the circumstances under which it was made, so –
>
> **THE COURT:** And the motion is to re-elect judge and jury?
>
> **MR. MORRIS:** That's correct.

[7] After some discussion on the question of whether or not the trial had actually started on June 1, 2009, the judge asked Mr. Morris if he had any other motions to make. Mr. Morris replied in the negative and the judge then ruled on his motion to re-elect:

> **MR. MORRIS:** No, I have none, Your Honour, although I'm concerned about my client if he doesn't understand what's happening here.
>
> **THE COURT:** Well, that's a matter between you and your client. The law is clear. The circumstances are such that you have – you do not have a right to re-elect another mode of trial when the Crown – in the circumstances when it's within 14 days of the trial start without the Crown's consent. The Crown has not consented.

[8] The prosecution called several witnesses to testify on June 22, 2009. When trial resumed the following day, Mr. Morris advised the judge Mr. Trites was prepared to withdraw his plea of not guilty to the count alleging he had conspired to traffic in cannabis (marihuana). After some discussion, the prosecutor moved to withdraw the other count, which alleged a conspiracy to traffic in cocaine. At this point, the judge addressed Mr. Trites personally and made the necessary inquiries so as to comply with s. 606(1.1) of the *Criminal Code* before accepting the proffered guilty plea.

[9] At the sentencing hearing, Mr. Trites' counsel and the prosecutor presented a joint recommendation for a sentence of 30 months in jail. When Mr. Trites was asked if he had anything to say, he informed the court, among other things, that he took issue with the amount of drugs involved in the conspiracy. This caused the judge to inquire further. After an initial exchange, Mr. Trites consulted with his lawyer. Upon resumption of the sentencing hearing, the judge made additional inquiries to ensure Mr. Trites' plea was voluntarily made, that he understood it was an admission of the essential elements of the offence, and that he also understood the nature and consequences of his plea. Mr. Trites confirmed the answers he had given to the judge's initial s. 606(1.1) inquiry, indicated he was no longer contesting the facts the prosecutor had put forth, and

said he understood the judge was not bound by any agreement reached between him and the prosecutor.

[10] Ultimately, the trial judge agreed with the joint recommendation and sentenced Mr. Trites to imprisonment for a term of 30 months and subjected him to other corollary orders. The sentence is not under appeal.

III. Issues on Appeal

[11] Mr. Trites appeals his conviction. The grounds of appeal set out in the notice of appeal, which he framed without legal assistance, essentially allege incompetence on the part of his lawyer. Among other things, it is alleged Mr. Trites was told he was not entitled to a trial by judge and jury, was coerced into pleading guilty and was instructed to answer "yes" to whatever the judge asked him. When the appeal first came for hearing, Mr. Trites was unrepresented. On its own initiative, the Court raised the question whether Mr. Trites had ever actually elected the jurisdiction of the Provincial Court. After some discussion, the Court afforded the parties the opportunity to prepare written submissions on the issue. When the appeal hearing resumed, about a month later, Mr. Trites was represented by new counsel, who sought and received leave to amend the notice of appeal to reflect the issue the Court had raised. At that point, Mr. Trites abandoned the grounds of appeal that alleged incompetence of his trial counsel. As a result, the following questions remained to be addressed at the appeal hearing:

1) Was there an election on March 20, 2008, to be tried in the Provincial Court?

2) If not, did Mr. Trites waive the requirements for an election?

3) If there was no election or waiver, is this a procedural irregularity with respect to which s. 686(1)(*b*)(iv) of the *Criminal Code* can be applied?

[12] For the reasons set out below, I answer no to all three questions.

IV. Analysis

A. *The election to the Provincial Court*

[13] Historically, in indictable matters, an accused had to attend in person for all court appearances. Where the accused failed to appear, the court would either issue an arrest warrant or lose jurisdiction over the person. Also, historically, the accused had to personally elect his mode of trial after being put to an election in the very words prescribed by s. 536(2) of the *Criminal Code*. These requirements were amended in 2002 (2002, c. 13), when Parliament allowed for an accused in indictable matters to appear by means of designated counsel, and to elect mode of trial by submitting a document in writing in lieu of appearing in person. The relevant provisions read as follows:

Elections and re-elections in writing

536.2 An election or a re-election by an accused in respect of a mode of trial may be made by submission of a document in writing without the personal appearance of the accused.

Designation of counsel of record

650.01 (1) An accused may appoint counsel to represent the accused for any proceedings under this Act by filing a designation with the court.

Contents of designation

(2) The designation must contain the name and address of the counsel and be signed by the accused and the designated counsel.

Effect of designation

(3) If a designation is filed,

(a) the accused may appear by the designated counsel without being present for any part of the proceedings, other than

Choix ou nouveau choix

536.2 Le choix ou le nouveau choix fait par le prévenu quant au mode de procès peut être effectué par écrit sans que celui-ci ait à comparaître.

Désignation d'un avocat

650.01 (1) L'accusé peut désigner un avocat pour le représenter dans le cadre des procédures visées par la présente loi, auquel cas il dépose un document à cet effet auprès du tribunal.

Contenu du document

(2) Le document de désignation doit comporter les nom et adresse de l'avocat et être signé par celui-ci et l'accusé.

Effet de la désignation

(3) En cas de dépôt d'un document de désignation :

a) l'accusé peut comparaître par l'intermédiaire de son avocat dans le cadre de toute partie d'une procédure, à l'exception de celle touchant à la

(i) a part during which oral evidence of a witness is taken,

(ii) a part during which jurors are being selected, and

(iii) an application for a writ of habeas corpus;

présentation de la preuve testimoniale, à la sélection des membres du jury ou à une demande de bref d'habeas corpus;

(b) an appearance by the designated counsel is equivalent to the accused's being present, unless the court orders otherwise; and

b) la comparution par l'avocat vaut comparution par l'accusé, sauf décision contraire du tribunal;

(c) a plea of guilty may be made, and a sentence may be pronounced, only if the accused is present, unless the court orders otherwise.

c) un plaidoyer de culpabilité ne peut être fait — et une sentence ne peut être prononcée — en l'absence de l'accusé que si le tribunal l'ordonne.

When court orders presence of accused

(4) If the court orders the accused to be present otherwise than by appearance by the designated counsel, the court may

(a) issue a summons to compel the presence of the accused and order that it be served by leaving a copy at the address contained in the designation; or

(b) issue a warrant to compel the presence of the accused.

Ordonnance du tribunal

(4) S'il ordonne à l'accusé d'être présent, le tribunal peut, selon le cas :

a) décerner une sommation pour l'obliger à comparaître en personne devant lui et en ordonner la signification à l'adresse mentionnée dans le document de désignation;

b) décerner un mandat d'arrestation pour l'obliger à comparaître en personne devant lui.

[14] Bearing these provisions in mind, here are the questions we must address to determine if there was a valid election to the jurisdiction of the Provincial Court:

1) Does s. 650.01 allow counsel to elect the mode of trial for an accused without either the presence of the accused or the submission of a document in writing? and;

2) If so, need counsel be <u>the</u> counsel named in the designation of counsel that has been filed with the Court?

[15] I would answer the first question in the negative, which makes it technically unnecessary for me to answer the second. That said, I would nevertheless opine that, pursuant to s. 650.01, it is only the counsel named in the designation who is authorized to appear on behalf of the accused. The effect of these answers is that the choice of the Provincial Court in the present matter, on March 20, 2008, was not a valid election. This case, therefore, stands to be determined on the basis of the second and third issues: whether Mr. Trites waived the requirements for a valid election or whether the invalid election constitutes a procedural irregularity in respect of which s. 686(1)(*b*)(iv) can be applied.

[16] The reason I would answer the first question in the negative is relatively simple. It is an accepted principle of statutory interpretation that sections of an enactment are meant to harmonize with one another. This principle was referenced in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, [1994] S.C.J. No. 94 (QL) where Sopinka J. explained that in using the contextual approach to statutory interpretation, "the objective is to interpret statutory provisions to harmonize the components of legislation inasmuch as is possible, in order to minimize internal inconsistency: *Côté*, [Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2d ed. 1991)], at p. 257, and *R. v. Tapaquon*, [1993] 4 S.C.R. 535" (para. 24). In my view, there is only one way to harmonize the provisions of s. 650.01 and s. 536.2. It is this: when it comes to an election, an accused need not appear personally in court if he or she has filed a Designation of Counsel with the Court and submitted an election-making document in writing. Any other interpretation of these provisions would be disharmonious for the reasons set out below.

[17] It is common ground that the intent of the 2002 amendments to the *Criminal Code* was accurately described by the then Minister of Justice and Attorney General of Canada, the Hon. Anne McLellan, when she appeared before the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights on October 2, 2001:

> The objectives of phase three [including the amendments in question] are to simplify trial procedure, to modernize the criminal justice system and enhance its efficiency through

> the increased use of technology, to better protect victims and witnesses in criminal trials, and to provide speedy trials in accordance with *Charter* requirements.
>
> We are trying to bring criminal procedure into the 21st century...

[18] Section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, provides that: "[e]very enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects." What was sought to be remedied with the enactment of s. 650.01 was simply that, in indictable proceedings, the accused would not always be required to appear in person, but could appear by designated counsel, except in the circumstances listed in s. 650.01(3)(*a*). In the case of s. 536.2, what Parliament sought to remedy was the fact that election of the mode of trial would no longer always have to be made by an accused in person after the judge had put the election in the words prescribed in s. 536(2). Henceforth, it could be made in the absence of the accused by the submission of a document in writing. In my view, the best way to reconcile both of these provisions is to hold that, under s. 650.01, designated counsel may elect for the accused, in his or her absence, by submitting a document expressing the choice.

[19] The election of one's mode of trial is a critical part of a criminal proceeding. The right to a trial by judge and jury is enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for cases where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or more (s. 11(*f*)). The importance of that right is reflected in the *Criminal Code*, which provides that if an accused does not elect the mode of trial when put to the election, he or she is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury (ss. 536(4) and (4.1) and s. 565(1)(*b*)). It is therefore quite understandable that Parliament wanted to ensure that, before an accused waives his or her right to a jury trial, he or she either appears personally before the court or files a document evidencing the waiver. It is only when the election is done by the latter means that the accused need not appear personally, provided he or she has designated counsel, pursuant to s. 650.01, to appear on his or her behalf.

[20] Section 536 is designed to ensure the court will obtain a clear and unambiguous choice of the accused's mode of trial. This is why, when the accused is present, the judge must put the election in specified terms:

> You have the option to elect to be tried by a provincial court judge without a jury and without having had a preliminary inquiry; or you may elect to be tried by a judge without a jury; or you may elect to be tried by a court composed of a judge and jury. If you do not elect now, you are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury. If you elect to be tried by a judge without a jury or by a court composed of a judge and jury or if you are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, you will have a preliminary inquiry only if you or the prosecutor requests one. How do you elect to be tried? [s. 536(2)]

[21] When there has been compliance with s. 536(2) and an accused elects a mode of trial, there can be no ambiguity as to the choice. Similarly, when a document is submitted setting out the election, there is no ambiguity as to the choice. It is evident an accused can only proceed under s. 536.2 if represented by counsel. Otherwise, the accused would have to be present in court. Thus, one can safely infer that an accused who will be filing a written document evidencing his or her choice pursuant to s. 536.2 will have received appropriate advice on the available modes of trial. When there has either been personal appearance and compliance with s. 536(2), or the submission of a written document after receipt of legal advice, there is no ambiguity as to the true choice of the accused regarding the mode of trial. As this case illustrates, an election made by designated counsel, or by counsel acting on behalf of the designated counsel, gives no such comfort. It leaves room for dispute whether or not the accused actually made the choice counsel communicated to the court. Sections 650.01 and s. 536.2 were carefully crafted to avoid such a situation.

[22] This is why, in my view, the only interpretation that harmonizes these components of the 2002 amendments to the *Criminal Code* and gives full effect to them is the one whereby designated counsel may indeed appear on behalf of an accused for the

election of the mode of trial, but the election will then only be valid if it is made by the submission of a document in writing in compliance with s. 536.2. Section 650.01 deals with physical presence, not with making a choice or communicating a choice. When it comes to the election, physical presence of the accused is not necessary, but this is so only when the choice is communicated by filing a document personally signed by the accused.

[23] For these reasons, I conclude there was no election to the jurisdiction of the Provincial Court on March 20, 2008. There certainly was no compliance with the letter of either s. 536(2) or s. 536.2, and it cannot either be said there was even substantial compliance with one or the other of those provisions.

[24] My conclusion, based on the interpretation of ss. 536.2 and 650.01 detailed above, would normally make it unnecessary to address the second question of whether it is only the designated counsel who can appear for an accused pursuant to s. 650.01. In this case, however, it is necessary to explore the question because the result may have some impact on the issue of whether Mr. Trites waived the requirements of s. 536(2).

[25] In my view, the language of s. 650.01 expresses unambiguously that designated counsel must be specifically identified. An accused will no longer have to be present (except in those instances listed in s. 650.01(3) and when there will be an election that is not to be made in accordance with s. 536.2) when the accused has appointed counsel to represent him or her by filing a designation with the court stating the name and address of the counsel. Because this section is a derogation from the long-established rule that an accused must be present at every stage of the criminal process, only where such a designation has been filed may the designated counsel appear without the presence of the accused.

[26] There is nothing in s. 650.01 that would allow designated counsel to sub-delegate to another non-designated lawyer the task of representing the accused. Such a

sub-delegation runs the risk of multiplying the occasions for miscommunication and is clearly not what Parliament intended. This is not to say that an accused cannot designate more than one lawyer. If, however, a designated counsel is unable to appear to represent his or her client and has to use an agent, the accused must either file a designation with the court specifically naming that agent as a designated counsel or must be present in court for the proceedings. In always knowing exactly who will represent him or her, the accused's interests are safeguarded.

[27] I acknowledge my interpretation of s. 650.01 runs contrary to *R. v. Golyanik*, [2003] O.J. No. 346 (Ont. S.C.) (QL), where the accused had designated a particular lawyer, a law firm "and their respective agents and students". Trafford J. gave a broad interpretation to the word "counsel" holding as follows:

> Accordingly, the term "counsel" in s. 650.01 of the *Code* includes named law firms and named lawyers. It also includes articling students employed by the law firm or named lawyer, if the named lawyer or another lawyer with the law firm specifically instructs them to appear before the court on an administrative remand, and, further, if the designation signed by the defendant permits such use of articling students. If the client does not specifically permit such a use of articling students, they cannot be used as "counsel". Articling students may only be "counsel", insofar as the proceedings are indictable, on administrative remands. It also includes other lawyers who, from time-to-time, are specifically instructed by the named lawyer or another lawyer of the named law firm to appear for the defendant if the designation signed by the defendant includes, in general terms, permission to use to such lawyers. [para. 18]

[28] On a plain reading of its text, and with respect, I cannot give to s. 650.01 such a broad interpretation. Nevertheless, even on the broad interpretation given in *Golyanik*, the designation in the present case would not authorize Mr. Peters to appear as designated counsel, because the designation signed by Mr. Trites did not include, even in general terms, permission for Mr. Morris to use substitute counsel.

B. *Waiver of the requirements for a valid election*

[29] As stated above, I am of the view that Mr. Peters had no right to appear in court as designated counsel for Mr. Trites. Thus, I fail to see how it can be said that Mr. Peters could possibly have waived Mr. Trites' right to have the election of the mode of trial put to him in the words set out in s. 536(2). However, even if it could be said that the designation of Mr. Morris to appear on Mr. Trites' behalf was broad enough to allow Mr. Peters to appear, I conclude there was no waiver of the requirements for a valid election.

[30] In *R. v. Sanve, Ebru* (1973), 6 N.B.R. (2d) 199, [1973] N.B.J. No. 52 (C.A.) (QL), this Court addressed the repercussions of a judge's failure to put an accused to the election contemplated by the *Criminal Code*. Chief Justice Hughes explained it as follows:

> Counsel for the Crown conceded that the election was not given to the accused as required by section 484(2) of the Code and that this failure on the part of the trial judge was fatal to the entire proceeding: See *R. v. Leske*, [1968] 1 C.C.C. 347 (Alta. C.A.). It is also well established that the fact that the accused was represented by experienced counsel well aware of his client's rights and who assented to the trial by "Provincial Court" does not amount to a waiver by the accused of her right to be informed of the statutory alternatives given an accused where the offence is not one over which the magistrate has absolute jurisdiction: See *R. v. Dauphinee* (1935), 63 C.C.C. 90 (N.S.C.A.). As the conviction must be quashed on this ground alone it is unnecessary to deal with the other grounds of appeal.
>
> [para. 5]

[31] Two years later, this Court again emphasized that "[b]efore a Judge of the Provincial Court [...] acquires jurisdiction to try an indictable offence which is not one over which he has absolute jurisdiction, he must comply with the requirements of s. 484 [now s. 536] of the *Code* and put the accused to his election": *R. v. Hawryluk* (1975), 12 N.B.R. (2d) 334, [1975] N.B.J. No. 181 (C.A.) (QL), at para. 5. The Court held that "[t]o

satisfy the requirements of the section there must be at least a substantial compliance with its provisions" (para. 5), without which the Provincial Court judge is without jurisdiction to try the case. Chief Justice Hughes opined further that "the giving of the election to the accused is a jurisdictional requirement which cannot be waived by the accused" (para. 5). In a dissenting opinion on the result, Limerick J.A. also held a Provincial Court judge "is obligated by law to give the full election in the words used in s. 484(2) [now s. 536(2)] of the *Criminal Code* and the reading of that full election cannot be waived by the accused or his solicitor" (para. 25). He concluded that "[t]he putting of the full election to the accused is a condition precedent to the jurisdiction of a Judge of the Provincial Court" (para. 25) and that failure to do so resulted in the Provincial Court lacking jurisdiction to try the case.

[32] Since these statements were made, the Supreme Court of Canada has held that "[a] party may waive a procedural requirement enacted for his benefit": *Korponay v. Canada (Attorney General)*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49. However, the validity of such a waiver "is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process" (p. 49).

[33] In light of the Supreme Court's decision in *Korponay*, it can now be safely asserted that an accused can waive the strict requirements of s. 536(2) of the *Criminal Code*, provided the waiver is clear and unequivocal, and made with full knowledge of the rights that are being waived and the effect the waiver will have on those rights. I adopt the following statement by Doherty J.A. in *R. v. Mitchell*, [1997] O.J. No. 5148 (C.A.) (QL) with respect to the requirements of s. 536(2), the possibility of waiving those requirements, and the non-applicability of s. 686(1)(*b*)(iv) where there has not been a valid election:

> If an accused has an election as to the mode of trial, that election should be put to the accused in the language of s. 536(2). Absent waiver of the procedural requirements of

that section, a failure to put the accused to his or her election, in terms which at least substantially comply with the section is a procedural error resulting in a loss of jurisdiction to conduct either a trial or a preliminary inquiry: *R. v. Wiseberg* (1973), 15 C.C.C. (2d) 26 (Ont. C.A.); *R. v. Lewis* (1978), 43 C.C.C. (2d) 479 (Ont. C.A.); *R. v. Kalkhorany* (1994), 71 O.A.C. 39 at 41 (C.A.). The purported election on February 28th bore little resemblance to the procedure set out in the *Criminal Code*. This is a case of non-compliance with the procedural requirements of s. 536(2).

Section 686(1)(*b*)(iv) cannot assist the Crown. By its terms, the section can reach only procedural errors committed by a court having "jurisdiction over the class of offence" for which the accused was convicted. A judge of the Provincial Division has no jurisdiction to try an electable indictable offence unless an accused has made an effective election for trial in that court. As Griffiths J.A. said, in *R. v. Pottinger* (1990), 54 C.C.C. (3d) 246 at 252 (Ont. C.A.):

> The complete want of jurisdiction to conduct the trial is not the kind of procedural irregularity which ... should be cured by invoking s. 686(1)(*b*)(iv).

I turn next to the question of waiver. Unless there was an effective waiver of the procedural requirements of s. 536(2), the trial was a nullity and the appeal must succeed. Section 536(2) was enacted to assist an accused in making an informed decision as to the mode of trial. An accused may personally, or through counsel, waive compliance with a procedure like s. 536(2) which has been enacted for the protection of the accused: *Korponey v. Attorney-General of Canada* (1982), 65 C.C.C. (2d) 65 at 73 (S.C.C.). In *Korponey*, supra, at p. 74, a case involving waiver of procedural rights surrounding a re-election, Lamer J., for the unanimous court, described the elements of an effective waiver of a procedural right in these words:

> ... [T]he validity of such a waiver, and I should add that that is so of any waiver, is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard, and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect, and of the effect the waiver will have on those rights in the process.

> After indicating that the effectiveness of a waiver required a fact-specific inquiry, Lamer J. added, at p. 74:
>
> > ... However, always relevant will be the fact that the accused is or is not represented by counsel, counsel's experience, and in my view of great importance in a country so varied as ours, the particular practice that has developed in the jurisdiction where the events are taking place. [paras. 28-31

[34] It is noteworthy that in both *Korponay* and *Mitchell*, where the courts found counsel for the accused had waived the right to have the election put in the words of s. 536(2), each accused was present in the courtroom when the right was waived on his behalf. In both situations, nothing on the record suggested the accused had not been fully cognizant of the right to be given an election in the words of s. 536(2) and of the effect of waiving that right. I also note that in *Mitchell*, the Ontario Court of Appeal considered that events subsequent to the waiver could shed light on its validity. In that case, the Court found nothing in the subsequent events indicating there had not been a clear and unequivocal waiver.

[35] The situation is quite different in the present case. First, Mr. Trites was not present in court on March 20, 2008, when an agent appearing on behalf of his lawyer represented to the judge that he was authorized to appear on behalf of Mr. Trites' counsel and stated "the election is Provincial Court." Second, the record shows that on a subsequent appearance, Mr. Trites thought he would stand trial in front of a jury. Based on these facts, one cannot conclude it is clear and unequivocal that Mr. Trites was: (1) waiving the procedural safeguard requiring an election be put to him in the words set out in s. 536(2); and, (2) doing so with full knowledge of the right the provision was enacted to protect and of the effect the waiver would have on his right to a trial by judge and jury.

C. *Application of s. 686(1)(b)(iv)*

[36] Section 686(1)(*b*)(iv) of the *Criminal Code* provides as follows:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

[...]

(b) may dismiss the appeal where

[...]

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

[...]

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

[...]

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

[37] As set out in paragraph 33 above, *Mitchell* stands for the proposition that s. 686(1)(*b*)(iv) cannot be applied where the Provincial Court never acquired jurisdiction to try the matter because there had not been a valid election to the jurisdiction of that court. In *R. v. Sewell*, 2003 SKCA 52, [2003] S.J. No. 391 (QL), Bayda C.J.S. noted that, on this point, the British Columbia Court of Appeal "appears to have arrived at the opposite conclusion" (para. 61) in *R. v. Skin*, [1988] B.C.J. No. 364 (C.A.) (QL), adopting the words of Macfarlane J.A. in *R. v. Joinson*, [1986] B.C.J. No. 1333 (C.A.) (QL).

[38] *Joinson* involved an accused who was not present in court when judgment was rendered. It was argued the court had lost jurisdiction. It was not a case where the court had never acquired jurisdiction in the first place, such as was the situation in *Mitchell*. In his ruling that s. 686(1)(*b*)(iv) applied in the circumstances of that case, Macfarlane J.A. also lists other procedural protections afforded by the *Criminal Code*. This paragraph was later quoted by MacDonald J.A. in *Skin* to mean s. 686(1)(*b*)(iv) would also apply to the failure to put an accused to his or her election.

[39] In *Skin*, the preliminary issue the Court addressed was the jurisdiction of the trial court when there had not been any apparent re-election. In dismissing the point, MacDonald J.A. relied on the comment made in *Joinson* and determined that s. 686(1)(*b*)(iv) applied. In finding no prejudice, he noted the appellant had been in court on the day in question, when it was quite apparent he was going to be tried by a judge alone, and that he had not then or later said he wanted a trial in any other mode.

[40] In *Sewell*, however, Bayda C.J.S. reached the following conclusion:

> I find myself in agreement with the Ontario Court of Appeal on this question. A Provincial Court judge cannot bestow upon himself/herself jurisdiction to hear an electable indictable offence by, in effect, waiving the requirement contained in s. 536(2), or by simply saying "let us consider it done." An appeal court acting under s. 686(1)(*b*)(iv) is empowered to correct a procedural error made by a trial judge, but it is not empowered to do something the trial judge could not do, as for example, bestow jurisdiction upon the trial judge by, in effect, waiving the requirement contained in s. 536(2) or by saying "let us consider it done." An appeal court exercises appellate jurisdiction and can do no more than a trial judge could have done unless a statute expressly or by implication provides otherwise. An appeal court cannot create jurisdiction where there is not any. [para. 62]

[41] I agree with the Ontario Court of Appeal and the Saskatchewan Court of Appeal that s. 686(1)(*b*)(iv) cannot apply in circumstances such as the present one, where there has not been a valid election to the jurisdiction of the Provincial Court. Moreover, even if the view of the British Columbia Court of Appeal were to prevail, which incidentally is also the one espoused by the Quebec Court of Appeal (*R. c. Primeau*, [2000] J.Q. n° 683, (C.A.) (QL), at paras. 39-40), I do not believe it can be said Mr. Trites suffered no prejudice. First, he was not present in court when the election was made on his behalf by an agent acting for his lawyer, and, second, at the outset of trial, he caused his lawyer to inform the judge “that he [Mr. Trites] thought that this was originally going to be in front of a jury” and that he “would like to have it in front of a jury.” Evidently,

there was some miscommunication somewhere that resulted in depriving Mr. Trites of his constitutional right to be tried before a court composed of a judge and jury.

V. Disposition

[42] For these reasons, I would allow the appeal, quash the conviction and order that Mr. Trites be put to his election as to the mode of trial in accordance with s. 536(2) of the *Criminal Code*.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Le 23 juin 2009, le deuxième jour du procès devant la Cour provinciale, Christopher Gregory Trites a plaidé coupable à une accusation de complot de faire le trafic d'une substance désignée (al. 465(1)*c*) du *Code criminel*). Par la suite il a été condamné à une peine d'emprisonnement. Il interjette appel de sa condamnation en invoquant comme seul moyen que la Cour provinciale n'avait pas compétence pour instruire l'affaire ni pour recevoir son plaidoyer parce qu'il n'avait pas choisi de subir son procès devant cette cour. Il soutenait également qu'il avait été victime d'une erreur judiciaire par suite de l'incompétence de son avocat au procès (pas le même qu'en appel), mais ce moyen a été abandonné au début de l'audience en appel.

[2] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la déclaration de culpabilité et j'ordonnerais que l'affaire soit renvoyée à la Cour provinciale pour qu'un choix soit effectué conformément aux dispositions de l'art. 536 du *Code criminel*. À mon avis, les dispositions impératives du par. 536(2) n'ont pas été observées, même pour l'essentiel, et l'accusé n'a donc pas choisi de s'en remettre à la compétence de la Cour provinciale. Je reconnais qu'un accusé peut renoncer à se prévaloir du par. 536(2), mais encore faut-il qu'il le fasse, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. De plus, il ne s'agit pas d'une irrégularité de procédure du genre envisagé au sous-al. 686(1)*b*)(iv) du *Code*, ce qui nous permettrait de rejeter l'appel pour le motif que l'appelant n'a subi aucun préjudice. Dans les circonstances de l'espèce, nul ne saurait dire que M. Trites n'a subi aucun préjudice puisqu'il a été privé de son droit constitutionnel à un procès devant jury.

II. Contexte procédural

[3] La procédure qui a abouti à la condamnation de M. Trites est le seul élément pertinent en ce qui a trait au présent appel. Le contexte procédural révèle que dans une dénonciation déposée contre M. Trites et un coaccusé, deux chefs accusaient ces derniers d'avoir comploté en vue de faire le trafic de substances désignées, soit la cocaïne et le cannabis (marihuana). À l'égard de ces infractions, la Cour provinciale n'a pas compétence absolue, donc un accusé doit choisir le mode de procès. Après son arrestation, M. Trites a été remis en liberté moyennant un engagement assorti de conditions. Entre la date de sa première comparution en cour et le 20 mars 2008, l'affaire a été ajournée à plusieurs reprises, pour le motif déclaré que M. Trites et son coaccusé n'étaient pas prêts à choisir leur mode de procès avant que leur avocat ait examiné toute la preuve divulguée par le poursuivant. M. Trites avait retenu les services de Me Ronald Morris, c.r., et avait signé, à un certain moment, une « désignation d'un avocat » qui, selon l'art. 650.01 du *Code criminel*, permettait à Me Morris de comparaître au nom de M. Trites en l'absence de celui-ci. La désignation de l'avocat est libellée comme suit :

> [TRADUCTION]
> Je, Christopher Trites, désigne Me Ronald E. Morris, c.r., du 725, rue Brunswick, à Fredericton, au Nouveau-Brunswick, comme avocat pour les affaires qui seront instruites devant la Cour provinciale de Fredericton, au Nouveau-Brunswick, conformément au par. 650.01(1) du *Code criminel* du Canada, ensemble ses modifications.
>
> Fait à Fredericton, au Nouveau-Brunswick, le 6 novembre 2007.

[4] Lorsque l'affaire a été présentée à la Cour provinciale le 20 mars 2008, M. Trites et Me Morris étaient tous deux absents. En leur absence, c'est Howard Peters qui s'est présenté en cour. Il a avisé le juge qu'il comparaissait au nom de Me Morris, lui mentionnant qu'une désignation d'avocat avait été déposée, et lui a dit qu'il était autorisé à choisir le mode de procès. Il a choisi un procès devant la Cour provinciale, puis il a

inscrit un plaidoyer de non-culpabilité au nom de M. Trites. Les dates de procès ont été prévues pour novembre 2008.

[5] Le procès n'a pas commencé à la date fixée parce que la défense a soulevé certaines questions de preuve. Il a finalement été fixé au 1er juin 2009 et devait commencer par un voir-dire sur ces questions. Ce jour-là, Me Morris a avisé la Cour que M. Trites abandonnait les questions de preuve qu'il avait soulevées auparavant; l'affaire a donc été reportée au 22 juin 2009.

[6] Avant l'appel des témoins le 22 juin 2009, Me Morris a fait l'exposé suivant au juge du procès :

> **Me MORRIS** : Votre Honneur, j'ai un point préliminaire, et je n'en savais rien jusqu'à il y a 10 minutes, ou 5 minutes. J'ai pensé que je pourrais éclaircir ce point devant la Cour. M. Trites est venu me parler il y a environ cinq minutes et a indiqué que… ou il m'a posé une question : est-ce que je pense que ce serait mieux pour lui d'aller devant un jury que devant un juge? Bon, évidemment, ces questions ont été discutées à… avant le choix. M. Price [*sic*] me dit qu'il pensait qu'au début ça devait être devant jury, ou qu'il aimerait que ça se passe devant jury, et je lui ai indiqué que, vous savez, il y a des règlements qu'il faut suivre pour ce faire, et vous savez, nous sommes ici évidemment, c'est aujourd'hui le jour fixé pour le procès, et le choix d'un juge de la Cour provinciale a été fait il y a quelque temps. Alors, je suis dans un… je ne sais vraiment pas quoi faire à ce sujet, mais je… je dois mentionner cela à la Cour, parce que si M. Trites a des objections à ce sujet, je ne veux certainement pas que cela jette des doutes sur les conseils que j'ai pu lui donner, ou bien, s'il a trouvé confus ce que je lui ai dit, j'aimerais aussi que cela soit corrigé. Alors, c'est le problème que j'ai en ce moment. Je comprends… et j'ai mentionné à M. Trites que, bon, avant le procès, d'habitude, si on… on peut faire un nouveau choix 14 jours avant sans le consentement du ministère public, mais, bon, le jour du procès, vous savez, c'est comme c'est, alors…

> **LA COUR :** C'est bon; faites-vous une motion en vue d'un nouveau choix, Me Morris?
>
> **Me MORRIS :** Euh, Votre Honneur, je pense… ce que je… ce que je ferais, je crois comprendre que mon client voudrait présenter une motion pour faire un nouveau choix, et je serais certainement prêt à la présenter, mais je voulais que vous compreniez dans quelles circonstances le choix a été fait; alors…
>
> **LA COUR :** Et la motion est d'avoir juge et jury comme nouveau choix?
>
> **Me MORRIS :** C'est exact.

[7] Après discussion sur la question de savoir si le procès avait réellement commencé le 1er juin 2009, le juge a demandé à Me Morris s'il avait d'autres motions à présenter. Me Morris a répondu qu'il n'en avait pas, donc le juge a statué sur sa motion visant un nouveau choix :

> **Me MORRIS :** Non, je n'en ai pas, Votre Honneur, mais je m'inquiète au sujet de mon client s'il ne comprend pas ce qui passe ici.
>
> **LA COUR :** Bon, ce problème est entre votre client et vous. Le droit est clair. Les circonstances sont telles que vous n'avez… vous n'avez pas le droit de choisir un autre mode de procès lorsque le ministère public… dans les circonstances, quand on est à moins de 14 jours du début du procès sans le consentement du ministère public. Le ministère public n'a pas donné son consentement.

[8] Le poursuivant a appelé plusieurs témoins le 22 juin 2009. Quand le procès a repris le lendemain, Me Morris a avisé le juge que M. Trites était prêt à retirer son plaidoyer de non-culpabilité pour le chef selon lequel il avait comploté en vue de faire le trafic de cannabis (marihuana). Une discussion s'ensuivit, après quoi le poursuivant présenta une motion en retrait de l'autre chef, celui de complot en vue de faire le trafic de cocaïne. À ce moment, le juge s'est adressé personnellement à M. Trites

et a posé les questions nécessaires pour respecter le par. 606(1.1) du *Code criminel* avant d'accepter le plaidoyer de culpabilité proposé.

[9] À l'audience sur la détermination de la peine, l'avocat de M. Trites et le poursuivant ont présenté la recommandation commune d'une peine d'emprisonnement de 30 mois. Quand on a demandé à M. Trites s'il avait quelque chose à dire, il a informé la Cour, entre autres, qu'il contestait la quantité de drogues faisant l'objet du chef de complot. Cela a amené le juge du procès à poser d'autres questions. Après un premier échange de propos, M. Trites a consulté son avocat. À la reprise de l'audience sur la détermination de la peine, le juge a posé d'autres questions à M. Trites pour s'assurer que le plaidoyer était fait volontairement, que M. Trites comprenait que, par ce plaidoyer, il admettait les éléments essentiels de l'infraction en cause, et qu'il comprenait aussi la nature et les conséquences de sa décision. M. Trites a confirmé les réponses qu'il avait données aux questions posées par le juge en application du par. 606(1.1), a indiqué qu'il ne contestait plus les faits présentés par le poursuivant et a dit comprendre que le juge n'était lié par aucun accord conclu entre lui et le poursuivant.

[10] Finalement, le juge du procès a souscrit à la recommandation commune, a condamné M. Trites à une peine d'emprisonnement de 30 mois et l'a assujetti à des ordonnances accessoires. La peine n'est pas portée en appel.

III. Questions en litige en appel

[11] M. Trites interjette appel de sa condamnation. Les moyens d'appel énoncés dans l'avis d'appel, qu'il a formulés sans l'aide d'un avocat, invoquent essentiellement l'incompétence de son avocat. Entre autres, il indique que M. Trites s'est fait dire qu'il n'avait pas droit à un procès devant juge et jury, a été contraint de plaider coupable et a eu pour directive de répondre « oui » à tout ce que le juge lui demanderait. À l'ouverture de l'audience en appel, M. Trites n'était pas représenté. De sa propre initiative, la Cour a soulevé la question de savoir si M. Trites avait déjà effectivement choisi la compétence de la Cour provinciale. Après discussion de l'affaire, la Cour a

accordé aux parties la possibilité de préparer des mémoires sur la question. À la reprise de l'audition de l'appel environ un mois plus tard, M. Trites était représenté par une nouvelle avocate, qui a demandé et obtenu l'autorisation de modifier l'avis d'appel pour tenir compte de la question soulevée par la Cour. M. Trites a alors abandonné les moyens d'appel qui invoquaient l'incompétence de son avocat au procès. Par conséquent, il restait les points suivants à trancher en appel :

1) Le 20 mars 2008, le choix d'un procès à la Cour provinciale a-t-il été fait?

2) Sinon, M. Trites a-t-il renoncé aux exigences relatives au choix?

3) S'il n'y a eu ni choix ni renonciation, s'agit-il d'une irrégularité de procédure à laquelle on peut appliquer le sous-al. 686(1)*b*)(iv) du *Code criminel*?

[12] Pour les motifs énoncés ci-dessous, je réponds non aux trois questions.

IV. Analyse

A. *Choix de la Cour provinciale*

[13] Auparavant, dans les affaires criminelles, l'accusé devait comparaître en personne à toutes les audiences. S'il faisait défaut de comparaître, ou bien la Cour décernait un mandat d'arrestation de l'accusé, ou bien elle perdait sa compétence sur lui. De plus, l'accusé devait énoncer lui-même son choix quant au mode de procès, lorsqu'il était appelé à le faire dans les termes exacts utilisés au par. 536(2) du *Code criminel*. En 2002, le Parlement a modifié le texte législatif (2002, ch. 13) pour permettre à l'accusé dans une affaire criminelle de comparaître par l'entremise d'un avocat désigné et de choisir son mode de procès en présentant un document écrit au lieu de comparaître en personne. Les dispositions pertinentes sont libellées comme suit :

Elections and re-elections in writing

536.2 An election or a re-election by an accused in respect of a mode of trial may be made by submission of a document in writing without the personal appearance of the accused.

Choix ou nouveau choix

536.2 Le choix ou le nouveau choix fait par le prévenu quant au mode de procès peut être effectué par écrit sans que celui-ci ait à comparaître.

Designation of counsel of record

650.01 (1) An accused may appoint counsel to represent the accused for any proceedings under this Act by filing a designation with the court.

Désignation d'un avocat

650.01 (1) L'accusé peut désigner un avocat pour le représenter dans le cadre des procédures visées par la présente loi, auquel cas il dépose un document à cet effet auprès du tribunal.

Contents of designation

(2) The designation must contain the name and address of the counsel and be signed by the accused and the designated counsel.

Contenu du document

(2) Le document de désignation doit comporter les nom et adresse de l'avocat et être signé par celui-ci et l'accusé.

Effect of designation

(3) If a designation is filed,

(a) the accused may appear by the designated counsel without being present for any part of the proceedings, other than

(i) a part during which oral evidence of a witness is taken,

(ii) a part during which jurors are being selected, and

(iii) an application for a writ of *habeas corpus*;

(b) an appearance by the designated counsel is equivalent to the accused's being present, unless the court orders otherwise; and

(c) a plea of guilty may be made, and a sentence may be pronounced, only if the accused is present, unless the court orders otherwise.

Effet de la désignation

(3) En cas de dépôt d'un document de désignation :

a) l'accusé peut comparaître par l'intermédiaire de son avocat dans le cadre de toute partie d'une procédure, à l'exception de celle touchant à la présentation de la preuve testimoniale, à la sélection des membres du jury ou à une demande de bref d'*habeas corpus*;

b) la comparution par l'avocat vaut comparution par l'accusé, sauf décision contraire du tribunal;

c) un plaidoyer de culpabilité ne peut être fait – et une sentence ne peut être prononcée – en l'absence de l'accusé que si le tribunal l'ordonne.

When court orders presence of accused	**Ordonnance du tribunal**
(4) If the court orders the accused to be present otherwise than by appearance by the designated counsel, the court may	(4) S'il ordonne à l'accusé d'être présent, le tribunal peut, selon le cas :
(a) issue a summons to compel the presence of the accused and order that it be served by leaving a copy at the address contained in the designation; or	a) décerner une sommation pour l'obliger à comparaître en personne devant lui et en ordonner la signification à l'adresse mentionnée dans le document de désignation;
(b) issue a warrant to compel the presence of the accused.	b) décerner un mandat d'arrestation pour l'obliger à comparaître en personne devant lui.

[14] Compte tenu de ces dispositions, voici les questions auxquelles nous devons répondre pour déterminer si la compétence de la Cour provinciale a été validement choisie :

1) L'art. 650.01 permet-il à l'avocat de choisir le mode de procès d'un accusé sans la présence de l'accusé et sans qu'un document écrit soit présenté?

2) Si oui, l'avocat doit-il être celui qui a été nommé dans la désignation d'un avocat qui a été déposée à la Cour?

[15] Je répondrais non à la première question, ce qui rend inutile, par conséquent, de répondre à la seconde. Cela dit, je serais quand même d'avis que, aux termes de l'art. 650.01, seul l'avocat nommé dans la désignation est autorisé à comparaître au nom de l'accusé. L'effet de ces réponses est que le choix de la Cour provinciale fait le 20 mars 2008 en cette affaire n'était pas un choix valide. L'affaire doit donc être tranchée à partir des deuxième et troisième questions : M. Trites a-t-il renoncé au respect des exigences relatives au choix, ou le choix invalide constitue-t-il une irrégularité de procédure à laquelle on peut appliquer le sous-al. 686(1)*b*)(iv)?

[16] La raison pour laquelle je répondrais non à la première question est relativement simple. Il existe un principe d'interprétation législative reconnu selon lequel

les articles d'un texte législatif sont censés s'harmoniser entre eux. Ce principe a été mentionné dans l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, [1994] A.C.S. n° 94 (QL), où le juge Sopinka a expliqué que, s'agissant de la méthode contextuelle d'interprétation législative, « les dispositions législatives [doivent être interprétées] de façon à en harmoniser le plus possible les éléments et à éviter les incohérences internes : Côté, [Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2e éd., 1990)] à la p. 256, et *R. c. Tapaquon*, [1993] 4 R.C.S. 535 » (par. 24). À mon avis, il n'existe qu'une seule façon d'harmoniser les dispositions de l'art. 650.01 et celles de l'art. 536.2 : s'agissant de choisir son mode de procès, l'accusé n'est pas tenu de comparaître en personne devant la Cour s'il a déposé à la Cour une désignation d'avocat et présenté un document écrit énonçant son choix. Toute autre interprétation de ces dispositions serait discordante, pour les raisons ci-dessous.

[17] Personne ne conteste que l'objectif visé par les modifications apportées en 2002 au *Code criminel* a été énoncé avec précision par la ministre de la Justice et procureure générale du Canada de l'époque, madame Anne McLellan, lorsqu'elle a comparu devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes le 2 octobre 2001 :

> [TRADUCTION]
> Cette troisième étape [qui inclut les modifications en question] vise à simplifier les procès, à moderniser le système de justice pénale et à accroître son efficacité par l'emploi accru de la technologie, à mieux protéger les victimes et les témoins pendant les procès criminels et à prévoir les procès dans les meilleurs délais conformément à ce qu'exige la *Charte*.
>
> Nous tentons d'adapter la procédure pénale au XXIe siècle […]

[18] L'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, prescrit que « [t]out texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ». La

solution de droit que le texte de l'art. 650.01 visait à apporter était simplement que, dans une poursuite criminelle, l'accusé ne serait pas toujours tenu de comparaître en personne, mais pourrait le faire par l'entremise d'un avocat désigné, sauf dans les circonstances énumérées à l'al. 650.01(3)*a*). Dans le cas de l'art. 536.2, le Parlement a voulu que le choix du mode de procès, qui auparavant devait toujours être fait en personne par l'accusé lorsqu'il était appelé à le faire par le juge suivant la formule prescrite au par. 536(2), puisse dorénavant se faire en l'absence de l'accusé au moyen de la présentation d'un document écrit. À mon avis, la meilleure manière de concilier ces deux dispositions est de statuer que, aux termes de l'art. 650.01, l'avocat désigné peut faire connaître le choix de l'accusé en l'absence de celui-ci, en présentant un document qui énonce ce choix.

[19] Le choix du mode de procès est un élément essentiel de la procédure criminelle. Le droit à un procès devant juge et jury est consacré par la *Charte canadienne des droits et libertés* dans les cas où la peine maximale prévue pour l'infraction est un emprisonnement de cinq ans ou plus (al. 11*f*)). L'importance de ce droit est constatée dans le *Code criminel*, qui prévoit que si l'accusé ne choisit pas le mode de procès, il est réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury (par. 536(4) et (4.1) et al. 565(1)*b*)). On peut donc comprendre facilement que le Parlement ait voulu s'assurer que, avant qu'un accusé renonce à son droit à un procès devant jury, il comparaisse personnellement à la Cour ou dépose un document attestant sa renonciation. C'est seulement lorsque le choix est fait par ce dernier moyen que l'accusé n'a pas à comparaître personnellement, pourvu qu'il ait désigné un avocat, conformément à l'art. 650.01, pour comparaître en son nom.

[20] L'art. 536 est conçu pour veiller à ce que la Cour obtienne de l'accusé un choix clair et sans équivoque du mode de procès. C'est pourquoi, lorsque l'accusé est présent en cour, le juge doit lui proposer le choix dans des termes précis :

> Vous avez le choix d'être jugé par un juge de la cour provinciale sans jury et sans enquête préliminaire; ou vous pouvez choisir d'être jugé par un juge sans jury; ou encore

> vous pouvez choisir d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury. Si vous ne faites pas ce choix maintenant, vous êtes réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury. Si vous choisissez d'être jugé par un juge sans jury ou par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ou êtes réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, une enquête préliminaire ne sera tenue que si vous ou le poursuivant en faites la demande. Comment choisissez-vous d'être jugé? [Par. 536(2)]

[21] Lorsque le par. 536(2) est respecté et que l'accusé choisit un mode de procès, le choix ne peut prêter à équivoque. Pareillement, lorsqu'un document indiquant le choix de procès est présenté, ce choix est sans ambiguïté. Il est évident que l'accusé ne peut se prévaloir de l'art. 536.2 que s'il est représenté par un avocat; sinon, il devrait être présent en cour. Ainsi, on peut déduire sans risque de se tromper qu'un accusé qui aura déposé un document écrit attestant son choix aux termes de l'art. 536.2 aura reçu des conseils appropriés sur les modes de procès possibles. Lorsque l'accusé a soit comparu en personne et que les dispositions du par. 536(2) ont été respectées, soit déposé un document écrit après avoir reçu les conseils d'un avocat, il n'existe aucune ambiguïté quant au mode de procès véritablement choisi par l'accusé. Comme l'illustre la présente espèce, un choix communiqué par un avocat désigné, ou par un avocat agissant au nom de l'avocat désigné, ne donne aucune garantie du genre; il laisse place à des doutes sur la question de savoir si l'accusé a réellement fait le choix communiqué à la Cour par l'avocat. Les art. 650.01 et 536.2 ont été rédigés avec soin afin d'éviter une telle situation.

[22] Voilà pourquoi, à mon avis, la seule interprétation qui puisse harmoniser ces éléments des modifications du *Code criminel* faites en 2002 et les rendre pleinement effectifs est celle voulant que l'avocat désigné puisse bel et bien comparaître au nom de l'accusé en vue du choix du mode de procès, mais que le choix ne soit valide, à ce moment-là, que s'il est fait au moyen de la présentation d'un document écrit conformément à l'art. 536.2. L'art. 650.01 porte sur la présence en personne et non sur le choix à faire ou sur la communication du choix. S'agissant du choix de mode de procès,

la présence de l'accusé en personne n'est pas nécessaire, mais l'accusé peut seulement être absent lorsqu'il a communiqué son choix par le dépôt d'un document signé par lui personnellement.

[23] Pour ces motifs, je conclus qu'il n'y a pas eu choix de la compétence de la Cour provinciale le 20 mars 2008. Il est certain que ni le par. 536(2) ni l'art. 536.2 n'ont été respectés à la lettre, et on ne peut même pas dire que l'une ou l'autre de ces dispositions a été respectée quant à l'essentiel.

[24] Étant donné ma conclusion, fondée sur l'interprétation expliquée ci-dessus des art. 536.2 et 650.01, il serait normalement inutile de répondre à la seconde question, celle de savoir si seul l'avocat désigné peut comparaître pour l'accusé aux termes de l'art. 650.01. En l'espèce, toutefois, il est nécessaire d'examiner la question, car la réponse peut avoir des répercussions sur la question de savoir si M. Trites a renoncé au respect des exigences du par. 536(2).

[25] À mon avis, l'art. 650.01 énonce sans équivoque que l'avocat désigné doit être nommément identifié. Désormais, il ne sera plus nécessaire pour l'accusé d'être présent (sauf dans les cas énumérés au par. 650.01(3) et dans les cas où le choix se fera de façon non conforme à l'art. 536.2) lorsqu'il aura nommé un avocat pour le représenter en déposant à la Cour une désignation qui donne le nom et l'adresse de l'avocat. Cette disposition étant une dérogation à la règle de longue date exigeant la comparution en personne de l'accusé à toutes les étapes de la procédure criminelle, ce n'est que lorsqu'une telle désignation a été déposée que l'avocat désigné peut comparaître en l'absence de l'accusé.

[26] L'art. 650.01 ne contient rien qui permettrait à l'avocat désigné de déléguer à un autre avocat non désigné la tâche de représenter l'accusé. Une telle délégation de responsabilité crée le risque de multiplier les occasions d'erreur de communication, et il est clair que ce n'est pas ce que visait le Parlement. Cela ne veut pas dire que l'accusé ne peut pas désigner plus d'un avocat. Toutefois, si un avocat désigné

est incapable de comparaître pour représenter son client et doit faire appel à un mandataire, ou bien l'accusé doit déposer à la Cour une désignation nommant expressément ce mandataire en tant qu'avocat désigné, ou bien il doit être présent en cour pour le déroulement de la procédure. Il s'agit de protéger les intérêts de l'accusé en veillant à ce qu'il sache toujours exactement qui va le représenter.

[27] Je reconnais que mon interprétation de l'art. 650.01 va à l'encontre du jugement *R. c. Golyanik*, [2003] O.J. No. 346 (C.S. Ont.) (QL), affaire où l'accusé avait désigné un certain avocat, un cabinet d'avocats [TRADUCTION] « et leurs mandataires et étudiants respectifs ». Le juge Trafford a interprété largement le mot « avocat », statuant ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> En conséquence, le mot « avocat » à l'art. 650.01 du *Code criminel* inclut les cabinets d'avocats nommés et les avocats nommés. Il inclut aussi les stagiaires en droit employés par le cabinet d'avocats ou l'avocat nommé, si l'avocat nommé ou un autre avocat du cabinet d'avocats les charge expressément de comparaître en cour au sujet d'une détention provisoire d'ordre administratif, et si de plus la désignation signée par le défendeur permet ce recours à des stagiaires en droit. Si le client ne permet pas expressément un tel recours à des stagiaires en droit, ceux-ci ne peuvent pas alors faire fonction d'« avocats ». Les stagiaires en droit ne peuvent agir comme « avocats », dans la mesure où les poursuites sont d'ordre criminel, qu'au sujet d'une détention provisoire d'ordre administratif. Il est également permis de recourir occasionnellement à d'autres avocats qui sont spécialement chargés par l'avocat nommé ou par un autre avocat du cabinet d'avocats nommé de comparaître pour le défendeur, si la désignation signée par celui-ci accorde en termes généraux l'autorisation de recourir à de tels avocats [par. 18].

[28] À la simple lecture de l'art. 650.01, avec égards, je ne peux pas lui donner une interprétation aussi large. Cependant, même selon l'interprétation large donnée dans la décision *Golyanik*, la désignation faite en l'espèce n'autoriserait pas Me Peters à comparaître comme avocat désigné, car la désignation signée par M. Trites n'incluait pas,

même en termes généraux, l'autorisation pour Me Morris de recourir à des avocats suppléants.

B. *Renonciation au respect des exigences d'un choix valide*

[29] Comme je l'ai déjà dit, je suis d'avis que Me Peters n'avait pas le droit de comparaître en tant qu'avocat désigné pour M. Trites; alors, je ne vois pas comment on pourrait dire que Me Peters avait la capacité de renoncer, au nom de M. Trites, au droit de se faire présenter le choix du mode de procès selon la formule du par. 536(2). Toutefois, même si on pouvait dire que la désignation chargeant Me Morris de comparaître au nom de M. Trites était assez large pour permettre à Me Peters de comparaître, je conclus qu'il n'y a pas eu renonciation au respect des exigences prévues pour un choix valide.

[30] Dans l'arrêt *R. c. Sanver, Ebru* (1973), 6 R.N.-B. (2e) 189, [1973] A.N.-B. n° 52 (C.A.) (QL), notre Cour a traité des répercussions du défaut d'un juge de proposer à l'accusé le choix envisagé par le *Code criminel*. Le juge en chef Hughes les a expliquées comme suit :

> [TRADUCTION]
> L'avocat du ministère public a reconnu que le choix n'a pas été offert à l'accusée comme l'exige le par. 484(2) du *Code* et que cette omission du juge du procès viciait toute la procédure : voir *R. c. Leske*, [1968] 1 C.C.C. 347 (C.A. Alb.). Il est également bien établi que le fait que l'accusée était représentée par un avocat chevronné, qui connaissait très bien les droits de sa cliente et qui a consenti au procès devant la Cour provinciale, n'est pas équivalent à une renonciation de l'accusée à son droit d'être informée des autres choix que la loi lui permet, dans le cas d'une infraction sur laquelle le magistrat n'a pas compétence absolue : voir *R. c. Dauphinee* (1935), 63 C.C.C. 90 (C.A.N.-É.). Puisque la condamnation doit être annulée pour ce seul motif, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres moyens d'appel.
>
> [Par. 5]

[31] Deux ans plus tard, notre Cour a de nouveau souligné que, [TRADUCTION] « [a]vant qu'un juge de la Cour provinciale [...] n'acquiert la compétence de juger une infraction criminelle sur laquelle il n'a pas compétence absolue, il doit satisfaire aux exigences de l'art. 484 [aujourd'hui l'art. 536] du *Code* et proposer le choix à l'accusé » : voir *R. c. Hawryluk* (1975), 12 R.N.-B. (2e) 334, [1975] A.N.-B. no 181 (C.A.) (QL), au par. 5. La Cour a statué comme suit [TRADUCTION] : « Pour satisfaire aux exigences de cet article, il faut au moins en observer substantiellement les dispositions » (par. 5), à défaut de quoi le juge de la Cour provinciale n'a pas compétence pour juger l'affaire. Le juge en chef Hughes a exprimé en outre l'opinion suivante [TRADUCTION] : « [L]a proposition du choix à l'accusé est obligatoire pour établir la compétence, et l'accusé ne peut y renoncer » (par. 5). Dans une opinion dissidente quant au dispositif, le juge d'appel Limerick a dit qu'un juge de la Cour provinciale [TRADUCTION] « a l'obligation légale de donner lecture intégrale du texte sur le choix selon le libellé du par. 484(2) [aujourd'hui le par. 536(2)] du *Code criminel*, et ni l'accusé ni son avocat ne peut renoncer à la lecture intégrale de ce choix » (par. 25). Il a conclu que [TRADUCTION] « [l]a présentation intégrale de ce choix à l'accusé est une condition préalable à la compétence d'un juge de la Cour provinciale » (par. 25) et que le défaut de faire cette présentation intégrale avait entraîné l'incompétence de la Cour provinciale pour juger l'affaire.

[32] Depuis que ces affirmations ont été faites, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'« [u]ne partie peut renoncer à une règle de procédure adoptée pour son profit » : voir *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 48. Toutefois, pour que cette renonciation soit valide, « il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure » (p. 49).

[33] Eu égard à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Korponay*, on peut maintenant affirmer sans risque d'erreur qu'un accusé peut renoncer au respect des exigences strictes du par. 536(2) du *Code criminel*, pourvu que la renonciation soit claire,

non équivoque et faite en pleine connaissance des droits auxquels il renonce et de l'effet qu'aura la renonciation sur ces droits. Je souscris à l'affirmation suivante du juge d'appel Doherty, dans l'arrêt *R. c. Mitchell*, [1997] O.J. No. 5148 (C.A.) (QL), au sujet des exigences du par. 536(2), de la possibilité d'y renoncer et de l'inapplicabilité du sous-al. 686(1)*b*)(iv) lorsqu'il n'y a pas eu choix valide :

> [TRADUCTION]
> Si un accusé a le choix du mode de procès, ce choix devrait lui être offert dans les termes du par. 536(2). À moins d'une renonciation au respect des exigences de procédure de ce paragraphe, le défaut de proposer le choix à l'accusé, dans des termes qui soient au moins conformes en substance à ce paragraphe, constitue une erreur de procédure qui entraîne la perte de la compétence requise pour tenir un procès ou une enquête préliminaire : voir *R. c. Wiseberg* (1973), 15 C.C.C. (2d) 26 (C.A. Ont.), *R. c. Lewis* (1978), 43 C.C.C. (2d) 479 (C.A. Ont.), et *R. c. Kalkhorany (L.T.)* (1994), 71 O.A.C. 39, p. 41 (C.A.). Le réputé choix du 28 février ne ressemblait guère à la procédure établie au *Code criminel*. C'est un cas d'inobservation des exigences de procédure du par. 536(2).
>
> Le ministère public ne peut pas invoquer le sous-al. 686(1)*b*)(iv). Son libellé indique qu'il peut s'appliquer uniquement aux erreurs de procédure commises par un tribunal « compétent à l'égard de la catégorie d'infractions » dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable. Un juge de la Division provinciale n'a pas compétence pour juger un acte criminel donnant lieu à un choix, à moins que l'accusé n'ait effectivement choisi de subir son procès devant ce tribunal. Comme l'a dit le juge d'appel Griffiths dans l'arrêt *R. c. Pottinger* (1990), 54 C.C.C. (3d) 246, à la p. 252 (C.A. Ont.) :
>
>> [TRADUCTION]
>> Le défaut total de compétence pour diriger le procès n'est pas le genre d'irrégularité de procédure auquel […] on devrait remédier en invoquant le sous-al. 686(1)*b*)(iv).
>
> Je passe maintenant à la question de la renonciation. À moins d'une renonciation effective au respect des exigences de procédure du par. 536(2), le procès était nul et

> l'appel doit être accueilli. Le par. 536(2) a été adopté pour aider l'accusé à prendre une décision éclairée concernant le mode de procès. Un accusé peut renoncer, en personne ou par l'entremise de son avocat, à l'observation d'une procédure instituée pour sa protection, comme le par. 536(2) : voir *Korponay c. Procureur général du Canada* (1982), 65 C.C.C. (2d) 65, à la p. 73 (C.S.C.). Dans l'arrêt *Korponay*, susmentionné, à la p. 74, affaire où il était question d'une renonciation aux droits applicables à la procédure de nouveau choix, le juge Lamer, au nom d'une Cour unanime, a décrit en ces termes les éléments d'une renonciation effective à un droit procédural :
>
> > […] [S]i cette renonciation doit être valide, et j'ajoute qu'il en est ainsi de toute renonciation, il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure.
>
> Après avoir indiqué que l'efficacité d'une renonciation dépend des faits de l'espèce, le juge Lamer a ajouté, à la p. 74 :
>
> > […] Cependant, sont toujours pertinents la représentation ou la non-représentation de l'accusé par un avocat, l'expérience de l'avocat et, ce que j'estime être un facteur très important dans un pays qui comporte autant de diversité que le nôtre, la pratique particulière qui s'est établie dans le ressort où les événements se déroulent [par. 28 à 31].

[34] Il est à remarquer que dans les deux affaires, *Korponay* et *Mitchell*, où les tribunaux ont conclu que l'avocat de l'accusé avait renoncé au droit de se faire proposer le choix selon le libellé du par. 536(2), l'accusé était présent dans la salle d'audience lors de la renonciation au droit faite en son nom. Dans les deux situations, aucun élément du dossier n'indiquait que l'accusé n'était pas parfaitement au courant du droit de se faire proposer le choix selon la formule du par. 536(2) et de l'effet de la renonciation à ce droit. Je remarque aussi que dans l'arrêt *Mitchell*, la Cour d'appel de l'Ontario était d'avis que les événements postérieurs à la renonciation pouvaient éclairer la question de

sa validité. Dans cette affaire, la Cour a conclu qu'aucun événement ultérieur n'indiquait que la renonciation n'était pas claire et sans équivoque.

[35] La situation est très différente en l'espèce. Tout d'abord, M. Trites n'était pas à la Cour le 20 mars 2008 lorsqu'un mandataire, comparaissant au nom de son avocat, a indiqué au juge qu'il était autorisé à comparaître au nom de l'avocat de M. Trites et a déclaré que [TRADUCTION] « le choix est la Cour provinciale ». Deuxièmement, le dossier montre que lors d'une comparution ultérieure, M. Trites pensait qu'il subirait son procès devant un jury. Étant donné ces faits, on ne peut pas conclure qu'il est clair et sans équivoque que M. Trites : 1) a renoncé à la garantie procédurale exigeant que le choix lui soit proposé selon le libellé du par. 536(2); 2) l'a fait en pleine connaissance du droit que l'adoption de cette disposition visait à protéger et de l'effet qu'aurait la renonciation sur son droit à un procès devant juge et jury.

C. *Application du sous-al. 686(1)*b*)(iv)*

[36] Le sous-al. 686(1)*b*)(iv) prévoit ce qui suit :

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

[...]

(b) may dismiss the appeal where

[...]

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby[.]

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

[...]

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

[...]

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité[.]

[37] Comme il est montré au par. 33 ci-dessus, l'arrêt *Mitchell* étaye la thèse voulant que le sous-al. 686(1)*b*)(iv) soit inapplicable lorsque la Cour provinciale n'a jamais eu compétence pour juger l'affaire parce que la compétence de cette Cour n'a pas été validement choisie. Dans l'arrêt *R. c. Sewell*, 2003 SKCA 52, [2003] S.J. No. 391 (QL), le juge en chef Bayda a indiqué que, sur ce point, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique [TRADUCTION] « semble en être arrivée à la conclusion contraire » (par. 61) dans l'arrêt *R. c. Skin*, [1988] B.C.J. No. 364 (C.A.) (QL), en adoptant les propos tenus par le juge d'appel Macfarlane dans l'arrêt *R. c. Joinson*, [1986] B.C.J. No. 1333 (C.A.) (QL).

[38] L'affaire *Joinson* concernait un accusé qui n'était pas présent en cour lorsque le jugement a été rendu. On a soutenu que la Cour avait perdu sa compétence. Ce n'était pas une affaire où la Cour n'avait jamais acquis la compétence de prime abord, comme c'était le cas dans l'affaire *Mitchell*. Dans sa décision selon laquelle le sous-al. 686(1)*b*)(iv) s'appliquait aux circonstances de l'affaire dont il était saisi, le juge d'appel Macfarlane énumère aussi d'autres garanties procédurales prévues par le *Code criminel*. Cette disposition a été citée plus tard par le juge d'appel MacDonald dans l'arrêt *Skin*, où il est affirmé qu'elle s'appliquerait aussi au défaut de proposer le choix à l'accusé.

[39] Dans l'arrêt *Skin*, la question préliminaire abordée par la Cour était celle de la compétence du tribunal de première instance lorsqu'un nouveau choix ne semble pas avoir été fait. En rejetant l'argument, le juge d'appel MacDonald s'est appuyé sur la remarque faite dans l'arrêt *Joinson* et a déclaré que le sous-al. 686(1)*b*)(iv) s'appliquait. En concluant qu'il n'y avait pas eu préjudice, il a souligné que l'appelant avait comparu en cour le jour en question, lorsqu'il était bien évident qu'il allait être jugé par un juge seul, et qu'il n'avait dit ni à ce moment ni plus tard qu'il voulait un autre mode de procès.

[40] Dans l'arrêt *Sewell*, toutefois, le juge en chef Bayda a tiré la conclusion suivante :

> [TRADUCTION]
> Je me trouve du même avis que la Cour d'appel de l'Ontario sur cette question. Un juge de la Cour provinciale ne peut pas se conférer la compétence pour instruire une affaire d'acte criminel donnant lieu à un choix en écartant pratiquement l'exigence énoncée au par. 536(2), ou en disant tout simplement : « Nous tiendrons pour acquis que cela a été fait. » Un tribunal d'appel agissant en vertu du sous-al. 686(1)*b*)(iv) est habilité à corriger une erreur de procédure commise par le juge du procès, mais il n'est pas habilité à faire une chose que le juge du procès ne pouvait pas faire, par exemple conférer la compétence au juge du procès en écartant, en pratique, l'exigence énoncée au par. 536(2) ou en disant : « Nous tiendrons pour acquis que cela été fait. » Un tribunal d'appel exerce une compétence d'appel, et il ne peut rien faire de plus que ce que le juge du procès aurait pu faire, à moins qu'un texte de loi n'en dispose autrement de façon expresse ou tacite. Un tribunal d'appel ne peut pas créer la compétence si elle n'existe pas [par. 62].

[41] Je souscris à l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario et à celui de la Cour d'appel de la Saskatchewan voulant que le sous-al. 686(1)*b*)(iv) soit inapplicable dans des circonstances comme celles de l'espèce, où il n'y a pas eu de choix valide de la compétence de la Cour provinciale. Qui plus est, même si l'optique de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique devait s'imposer, et en passant, elle a aussi été adoptée par la Cour d'appel du Québec (*R. c. Primeau*, [2000] J.Q. n° 683 (C.A.) (QL), aux par. 39 et 40), je ne crois pas qu'on puisse dire que M. Trites n'a subi aucun préjudice. Tout d'abord, il n'était pas présent en cour lorsque le choix a été fait en son nom par un mandataire agissant au nom de son avocat; deuxièmement, au début du procès, il a chargé son avocat d'informer le juge [TRADUCTION] « qu'il [M. Trites] pensait qu'au début ça devait être devant jury » et qu'il [TRADUCTION] « aimerait que ça se passe devant jury ». Il est évident qu'il y a eu quelque part de mauvaises communications par suite desquelles M. Trites a été privé de son droit constitutionnel d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury.

V. Dispositif

[42] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la condamnation et j'ordonnerais que le choix du mode de procès soit proposé à M. Trites conformément au par. 536(2) du *Code criminel*.