

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

22-20-CA

FRED WAYNE HORN

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Horn v. R., 2021 NBCA 59

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
July 26, 2019 (conviction)
December 11, 2019 (sentence)

A Publication Ban in this matter was issued by the Provincial Court on February 5, 2018. It remains in effect.

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
September 29, 2021

Judgment rendered:
December 16, 2021

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

FRED WAYNE HORN

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Horn c. R., 2021 NBCA 59

CORAM :

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 26 juillet 2019 (déclaration de culpabilité)
le 11 décembre 2019 (détermination de la peine)

Le 5 février 2018, la Cour provinciale a rendu en l'espèce une ordonnance de non-publication qui est toujours en vigueur.

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 29 septembre 2021

Jugement rendu :
le 16 décembre 2021

Motifs de jugement :
l'honorable juge Green

Concurred in by:
The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Alison J. Ménard

Pour l'appelant :
Alison J. Ménard

For the respondent:
Patrick McGuinty

Pour l'intimée :
Patrick McGuinty

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed.

L'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN, J.A.

A ban pursuant to s. 486.4 of the *Criminal Code* prohibiting the publication, broadcast, or transmission of any information that could identify the victim in this matter was issued by the Provincial Court on February 5, 2018. It remains in effect.

I. Introduction

[1] Following a trial before a judge of the Provincial Court, the appellant, Fred Wayne Horn, was convicted of the following offences:

Touching the complainant, a person under the age of 16 years, for a sexual purpose (s. 151(a) of the *Criminal Code*), and

Inciting the complainant to touch him for a sexual purpose (s. 152(a)).

[2] The appellant was sentenced to a period of incarceration of eight years, less credit for time spent in remand, resulting in a sentence of seven years and five months. He now appeals his conviction and asks the Court to allow the appeal, quash the conviction, and enter a stay of proceedings. In the alternative, he asks the Court to order a new trial. For the reasons set out below, I would dismiss the appeal.

II. Background

[3] The complainant is a young girl who was eight years old at the time of trial. At all times relevant to this matter, her mother and the appellant were involved in a romantic relationship.

[4] Beginning when she was approximately five years of age, and continuing until she was approximately seven, the complainant was the victim of sexual abuse at the

hands of the appellant, summarized at the time of sentencing by the trial judge as follows: “anal penetration, licking her vagina, her anus and breasts, and having her masturbate him and viewing porn.”

[5] These incidents came to light when the complainant spoke to her mother about an irritation in her vaginal area and disclosed that it was caused by the appellant. The ensuing police investigation led to the appellant being charged.

[6] At trial, the complainant, her mother, and the appellant all testified. The appellant put forward a version of events in which he was the actual victim, and the complainant was in fact the sexual aggressor. The trial judge rejected the appellant’s testimony, finding it “simply not believable and unfounded” (decision, page 37). He found both the complainant and her mother credible and accepted their evidence. With respect to the complainant, the trial judge “found her testimony convincing and that she really experienced these incidents” and “found her to be reliable, to be a reliable and credible witness on the core evidence” (decision, page 45). Finally, the trial judge concluded the Crown had discharged its burden and proven the case against the appellant beyond a reasonable doubt, and therefore found the appellant guilty.

III. Preliminary Motion

[7] By Notice of Motion, the appellant seeks the following:

1. An order granting him leave to file a Second Amended Notice of Appeal [...] and an extension of time for filing same pursuant to Rule 63.04(2); and
2. An order granting him leave to adduce fresh evidence for use upon his appeal pursuant to section 684(1)(d) of the *Criminal Code of Canada*.

A. *Motion to amend the Notice of Appeal*

[8] In the recent decision of *Smith-Kingsley v. R.*, 2021 NBCA 51, Drapeau J.A., writing for the Court, explains what is required of an appellant in order to amend a Notice of Appeal:

Rule 63.04(2) of the *Rules of Court* prescribes a 30-day limitation period for the issuance of a Notice of Appeal. However, that time may be extended by an order of the Court or one of its judges. I would extend the time to appeal with respect to the conviction for breach of the Non-Communication Order. Rule 63.04(3) provides a Notice of Appeal must state the relief sought and the grounds of appeal. If an appellant wishes to expand the relief sought or press additional grounds, he or she needs leave of the Court. Where granting leave will serve the interests of justice, the Court will not hesitate to give its stamp of approval. [para. 16]

[9] In keeping with the above, I would grant the appellant leave to file a Second Amended Notice of Appeal.

B. *Motion to adduce fresh evidence*

[10] As a result of the appellant's motion for leave to adduce fresh evidence, four affidavits have been placed before the Court. Three have been proffered by the appellant, and the fourth is an affidavit from the appellant's trial counsel in response to his allegation of ineffective assistance of counsel at trial. The appellant further seeks to adduce as fresh evidence the transcripts of appearances made by his trial counsel before the Provincial Court on November 16, 2018, and November 19, 2018.

[11] The Supreme Court provided direction to appellate courts on the question of when to allow a motion for fresh evidence in *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, [1988] S.C.J. No. 20 (QL), wherein McIntyre J. stated:

The procedure which should be followed when an application is made to the Court of Appeal for the admission of fresh evidence is that the motion should be heard and, if not dismissed, judgment should be reserved and the appeal heard. In this way, the Court of Appeal has the opportunity to consider the question of fresh evidence against the whole background of the case and all the other evidence in the case. It is then in a position where it can decide realistically whether the proffered evidence could reasonably have been expected to affect the result of the case. If, then, having heard the appeal, the court should be of the opinion that the evidence could not reasonably have affected the result, it would dismiss the application for the introduction of fresh evidence and proceed to a disposition of the appeal. [...]. [para. 14]

[12] In the present case, that is precisely the path we followed. The Court heard the motion for fresh evidence, reserved judgment, and proceeded to hear the appeal proper.

C. *Fresh evidence – affidavit of the appellant’s son*

[13] The appellant’s adult son executed an affidavit on January 22, 2021. The appellant seeks to adduce the affidavit as fresh evidence in support of his allegation of ineffective assistance of counsel at trial. The content of the affidavit consists primarily of a description of the friendly relationship between the affiant and the complainant’s mother and focusses on a discussion between the two that purportedly took place in November or December 2017. The son alleges he related the contents of this discussion to the appellant’s trial counsel with the hope of being called to testify in his father’s defence. He was not called.

[14] In my opinion, the affidavit of the appellant’s son constitutes inadmissible hearsay, and I would not admit it into evidence. Furthermore, the central allegation contained in the affidavit was the subject of testimony at trial by both the complainant and her mother. Both explicitly denied the truth of the allegation.

D. *Fresh evidence – affidavit of J. Gilles Lemieux*

[15] The appellant also seeks to introduce the affidavit of J. Gilles Lemieux, a long-standing member of the New Brunswick bar who practices law with the appellant’s counsel on appeal. In his affidavit, Mr. Lemieux chronicled his involvement with the appellant’s file, and in particular related the following:

I am aware this Honourable Court will require the Transcripts in this matter in order to determine the issues raised by the evidence. However, not having received them for the reasons provided; and not having received the audio recordings either; and with the Appellant not having been personally present for the court appearances in question, due to the court-ordered deadline within the next 7 days, the Appellant is left with no choice but to present what appears to have happened during those court appearances by relaying the contents of those hearings in this affidavit in support of his request for an extension of time to obtain the CD containing the audio recordings and the Transcripts.

Mr. Lemieux then proceeded to depose, “I personally listened to the audio recordings” and set out in summary the contents of those recordings.

[16] The credibility of Mr. Lemieux as affiant is not in issue whatsoever, and I acknowledge the rationale behind his efforts and the resulting affidavit, the purpose of which was to provide context for the appellant’s arguments relating to the Provincial Court’s potential loss of jurisdiction in this case. With respect, however, I would not accept his affidavit as fresh evidence as I question its relevance. In my opinion, the record before the Court provides us with all that is required in order to adjudicate and determine the appeal. I note in particular the inclusion in the Amended Appeal Book of the transcripts of the appearances by the appellant’s trial counsel before the Provincial Court on November 16, 2018, and November 19, 2018. Rule 63.10 of the *Rules of Court* sets out the documents that are to be included in the Appeal Book for a criminal appeal. This includes “a copy of any other relevant decision or ruling of the trial judge that is not included in the transcript,” as prescribed by Rule 63.10(1)(f). I surmise this was the basis

upon which the two transcripts in question were added to the Appeal Book, as they deal with the waiver of the preliminary inquiry and the re-election to Provincial Court. Whatever the basis for their inclusion, the transcripts form part of the record and are before the Court.

E. *Fresh evidence – affidavit of the appellant*

[17] In his affidavit, the appellant sets out the basis of his claim he received the ineffective assistance of counsel prior to and during his trial. I would highlight the following from that affidavit:

[...] On May 28, I appeared with my counsel, at which time [she] elected Court of Queen’s Bench with Judge and Jury and requested a preliminary inquiry. Prior to doing so, [she] did not discuss with me the various options and the reasons for making said election and requesting a preliminary inquiry, nor did she request or obtain my instructions.

I met with [my counsel] summer 2018, I believe it was approximately June 2018, at which time I recall we observed the video statement/interviews made by the complainant’s mother and the complainant. [She] did not stop the videos at any point to discuss anything with me. We did not speak about the content of the videos we watched, or about the law, court procedure or what to expect going forward. [She] did not ask me any questions about the contents of what we watched, nor did she prepare me for any future court proceedings. We did not talk about my testimony either.

[...]

[My counsel] did not discuss with me waiving the preliminary inquiry or re-election to Provincial Court. [She] did not provide me information or legal advice, nor did she request or obtain instructions from me on this subject. If [my counsel] waived my preliminary inquiry on November 16, 2018 as indicated in the endorsement for that date, she did so without my knowledge, understanding, consent and instructions.

[...]

If [my counsel] entered a re-election to Provincial Court on my behalf on November 19, 2018 as indicated in the endorsement for that date, she did so without my knowledge, understanding, consent and instructions.

[...]

At one point, I was offered a polygraph. I liked this idea because I felt it would be an opportunity to clear my name. [My counsel] was aware of the polygraph and that I was interested in taking it, however she did not at any time provide me with legal advice about the process and/or warn me about the potential consequences. For example, [she] did not advise me that the interviews and answers to the questions associated with the polygraph testing were admissible in my trial. We really did not speak about the polygraph at all. I was unaware that this resulted in me making a statement that could be used against me in my trial. If I had known, I would have been better prepared to make different choices and protect myself.

Outside of early court appearances where we simply requested adjournments and did not yet have disclosure, I met with [my counsel] a total of 2 times prior to my trial. One of those times was when we viewed the videos referenced above. The other time was for approximately 5 minutes on the date of my trial in the little side room at court before the trial began. [She] essentially only asked me if I had anything I wished to say or if there were any questions I wished her to ask Crown witnesses.

At no time did we prepare in any way for my trial. We did not discuss procedure, nor did we discuss my testimony. I had witnesses that I wished to present at my trial, but [my counsel] did not seem interested in those people and what they might have to say. One of them, my son [...], had information from a discussion with the complainant's mother [...] a Crown witness, in which [she] would have told [my son] that her daughter, the complainant [...], had lied on a previous occasion when she accused me of sexual abuse against her. I believed this to be very relevant for my trial.

[...]

During my trial, [my counsel] spent very little time cross-examining the complainant's mother [...]. She appeared ill-prepared, disorganized, and it was confusing. I believe my defence counsel could have and should have questioned this witness closely on timeframes as [her] direct testimony had been imprecise or contradictory in areas, especially the details of our relationship and when the children were actually in her care, as opposed to being in foster care.

[...]

[My counsel] also spent very little time cross-examining the complainant [...]. I have looked at the transcript, and the cross-examination of this witness takes up less than a total of 7 pages of the transcript dated March 13, 2019. [...] Again, [she] appeared ill-prepared, disorganized, and it was confusing.

[...]

Although my trial was then adjourned to April 1, 2019 for the preparation of my defence, I did not meet with [my counsel] prior to that date or prepare prior to my testimony nor did we discuss my witnesses and their potential evidence [...].

Since I was not prepared in advance of testifying, I feel this had a real impact on my choice to testify or not, how I presented myself and the evidence I gave. [...]

F. *Fresh evidence – affidavit of counsel at trial*

[18] In a thorough and clearly stated affidavit, the appellant's trial counsel chronicled her representation of the appellant, and addressed the points made in his affidavit outlining her supposed ineffectiveness. In reviewing counsel's affidavit, I note in particular the following passages:

Lack of Preparation

I met with the appellant on several occasions in my office and we reviewed the disclosure together; I advised him throughout our solicitor-client relationship regarding the strengths and weaknesses of the case against him in

accordance with the evidence in the disclosure, the information provided to me by himself and others and the applicable laws and legal principles.

[...]

In total, I spent approximately 87 hours on Mr. Horn's case.

I provided the appellant with early resolution offers from the Crown and advised him accordingly.

[...]

After he reviewed the forensic interview of the child with a social worker from Social Development, I was instructed by the appellant to negotiate with the Crown regarding settlement of this matter and did so on several occasions providing him with the offers.

[...]

He was offered three-years' incarceration on a joint submission. At the last minute, the appellant refused the offer.

The appellant's defence was effectively that he did not do it and he put the blame on the child as initiating contact between the two of them.

The appellant wanted to put his "good character" into evidence. He was explained that putting his good character at issue would open the door to the Crown to rebut that evidence and that the case was ripe with the potential for rebuttal evidence.

[...]

The appellant was adamant that he had a good reputation and had never touched his own children and wanted to put his good character into evidence. I advised him that in the normal course of preparing for trial, I meet with witnesses in my office and interview them. I suggested he speak with any witnesses, including his children, and I would like to have them call me to set up appointments. I did not receive

any calls from any of his witnesses nor did he pursue this subject with me.

[Appellant's Son]

[...]

The first time I spoke with [the appellant's son] was on the morning of the trial on March 13, 2019. I spoke with [him] and he did not have any evidence to warrant putting him on the stand. [He] appeared to be fearful and was very shy. He told me that he did not want to testify, and I did not force him to do so. I informed the appellant that his son did not want to take the stand and the appellant took no issue with it.

I am ethically obligated not to present evidence that I don't believe is credible. I had concerns that [the appellant's son] was being pressured by his father to testify; I found him to lack maturity and was not willing to pressure him to take the stand and potentially undermine the trial process.

Lack of Cross-Examination

During the trial, the child's *viva voce* evidence was very consistent with her previous recorded statement. She was a detailed and convincing witness. There were a number of problematic statements that the child made, such as the moving target as to the number of incidents, which I chose to bring up in closing argument rather than have the child potentially give an explanation.

I would note that prior to completing my cross-examination, I asked for a short recess to confer with my client to see if he had any further questions he wanted me to ask; I continued my cross-examination after the recess.

It is my experience that most judges sitting in Moncton provincial court do not approve of stringent cross-examination of child witnesses simply for the sake of asking questions.

[...]

As to his testimony, the appellant and I met to discuss his testimony prior to trial. I made sure to advise the appellant of the importance of reviewing his statement as any

inconsistencies would be pointed out on cross-examination to undermine his credibility. It is not my practice to do a full run through when I am calling a witness as I do not want a witness to appear “rehearsed.” The appellant was aware of the ground to be covered during this testimony.

Polygraph Test

The appellant had indicated to the RCMP that he was willing to take a polygraph test. Shortly before the preliminary inquiry, the Crown offered to withdraw the charges if he passed the polygraph test.

The appellant came to my office on October 25, 2018 and thought that he would be able to “beat” the polygraph test. I advised him of the law surrounding polygraph tests and that only an opinion as to the interpretation of the result was not admissible in the court but that anything else he said could be. I advised him that the RCMP were looking at obtaining a confession from him in that process and not to exonerate him. I advised him that he could not “beat” the polygraph test. He was sure he could and he decided to take the test.

[...]

Mr. Horn took the polygraph examination and he failed the test; he was again offered to settle prior to trial and he declined the offer.

Election and Re-election

The appellant and I discussed the value of electing a trial by judge and jury with a preliminary inquiry as the key issue in the case was credibility and he was likely to testify.

The appellant was present for his election and the setting of the preliminary inquiry. While I do not specifically recall doing so in this case, it is my normal practice to provide my clients a card with the date of their next appearance. Either way, the appellant was present when the date for the preliminary inquiry was set.

After further review of the child’s recorded statement, I had concerns that the jury might believe the child and the appellant might benefit more from a trial in provincial court with a judge alone that is able to apply the legal test as to

credibility even in the face of serious accusations by a child.

The appellant and I discussed re-election down to provincial court. At our meeting on October 25, 2018, we met to discuss the preliminary inquiry in addition to our discussion about the polygraph test. The appellant was aware of the date of the preliminary inquiry.

The appellant gave me specific instructions to re-elect down to provincial court.

[...]

November 16, 2018 was the date set for the preliminary inquiry; the appellant did not appear. I do not know why he did not appear. I called the appellant and he did not really explain why he couldn't come. As the plan for that day was to re-elect, I asked that a warrant be held in the file.

The matter was set over to Monday, November 19, 2018 at 1:30 pm.

[...]

November 16, 2018 was a Friday. I specifically recall telling the appellant that he had to be in court on *Monday* November 19 at 1:30 pm or he would be arrested [emphasis in original].

[...]

On Monday, November 19, 2018, the appellant was not present. The presiding judge proceeded to set a date for trial without the accused being present, without a designation or objection from the Crown.

[...]

I conducted the appellant's trial to the best of my abilities and knowledge as it is expected in the normal course of duties as a lawyer and as an officer of the court.

The appellant, from the beginning of the solicitor-client relationship to the end of the relationship, never indicated to me that he was dissatisfied with my services to him. All

indications to me were that we were conducting his case in the way he was instructing me. [...]

[19] I will address whether or not I would admit the affidavits of the appellant and his trial counsel below in my consideration of the ineffective assistance of counsel ground of appeal.

IV. Issues and Analysis

A. *Issues on appeal*

[20] The Second Amended Notice of Appeal sets out four distinct grounds of appeal as follows:

- 1) The appellant is the victim of a miscarriage of justice resulting from having received ineffective assistance of counsel at trial, [...] rising to the level of incompetence and leading to the appellant's conviction, in violation of the principles of fundamental justice and legal rights guaranteed by sections 7, 11(d) and 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
- 2) The learned trial Judge erred in law when he proceeded with the trial of the accused, the Provincial Court having lost jurisdiction over the accused on or about November 19, 2018, in accordance with subsection 485(1.1) of the *Criminal Code of Canada*, and not having regained jurisdiction over the accused within three months after said loss of jurisdiction in accordance with subsection 485(2) of the *Criminal Code of Canada*; and whereas no summons or warrant was issued under subsection 485(2) within the three month period after the Provincial Court lost jurisdiction, the proceedings against the accused were deemed dismissed for want of prosecution in accordance with subsection 485(3) of the *Criminal Code of Canada* and were not recommenced thereafter in accordance with section 485.1 of the *Criminal Code of Canada*. As a result, the Appellant's trial was a nullity, along with everything flowing therefrom,

including his convictions, sentence, and subsequent incarceration.

- 3) The Honourable Provincial Court Judge sitting on November 16, 2018 erred in law when he permitted defense counsel [...] to change the mode of trial from superior court judge and jury with a preliminary inquiry to waiving the preliminary inquiry in the absence of the defendant or a written document signed by him designating counsel [...] to appear in his stead and in his absence and granting defense counsel the power and authority to waive the preliminary inquiry the defendant was entitled to and had chosen, in violation of sections 536.2, 650 and 650.01 of the *Criminal Code of Canada*, thereby depriving the appellant of his right to a preliminary inquiry as had been consistent with his election before the Provincial Court on May 28, 2018. [Counsel] waived the defendant's preliminary inquiry on November 16, 2018, without the defendant having instructed her or granted her the authority to do so. Neither the Prosecutor nor the Provincial Court Judge inquired into the authority of defense counsel to do so, thereby depriving the appellant of his right to the mode of trial he had previously elected, which was trial by judge and jury with a preliminary inquiry.
- 4) The Honourable Provincial Court Judge sitting on November 19, 2018 erred in law when he accepted defense counsel [...]’s purported re-election to Provincial Court on behalf of the defendant in the absence of the defendant or a written document signed by him designating counsel [...] to appear in his stead and granting defense counsel the power and authority to re-elect from superior court judge and jury to provincial court in the defendant’s absence, in violation of sections 536.2, 650 and 650.01 of the *Criminal Code of Canada*, thereby depriving the appellant of his constitutional right to a trial by jury as guaranteed by subsection 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and as had been consistent with the appellant’s election before the Provincial Court on May 28, 2018. [...] re-elected to Provincial Court on November 19, 2018, without the defendant having instructed her or granted her the authority to do so and neither the Prosecutor nor the Provincial Court Judge inquired into the authority of defense counsel to do so,

thereby violating the appellant's right to a trial by jury as guaranteed by subsection 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

(1) Issue 1 – Ineffective assistance of counsel

[21] Our court recently considered how to adjudicate an allegation of ineffective assistance of counsel in *Smith-Kingsley*. Drapeau J.A., writing for the Court, provides a thorough overview of the principles to be considered:

The law on counsel ineffectiveness as a basis for appellate intervention is settled, at least for our present purposes. I distill the following principles from the jurisprudence emanating from the Supreme Court of Canada and this Court: (1) the appellant bears the burden of demonstrating defence counsel's performance was incompetent in material respects (the performance component). This condition is only met if the representation is shown to be outside the realm of reasonable professional judgment; perfection is not the benchmark. Where it is determined there was no miscarriage of justice, the Court will often refrain from delving into the performance component. That said, the Court may do so where it considers the allegation of incompetence is bereft of merit and unfair to trial counsel; (2) the appellant also bears the burden of demonstrating a miscarriage of justice occurred as a result of counsel's incompetence (the prejudice component); (3) a miscarriage of justice may take many forms, including procedural unfairness or verdict unreliability. A verdict will be deemed unreliable where the Court concludes it may have been different had counsel acted competently; (4) in assessing an allegation of ineffectiveness, the Court must bear in mind the presumption of professional competence will stand un rebutted absent compelling evidence of malpractice. Relatedly, and in the absence of evidence of that nature, the Court must abstain from second-guessing defence counsel's strategic decisions; and (5) trial counsel is expected to provide the Court with a fulsome response to the appellant's allegation of incompetent representation in first instance. See *Boucher v. R.*, 2021 NBCA 36, [2021] N.B.J. No. 201 (QL), at paras. 14-19, where the leading cases are collected. [para. 22]

[22] I have carefully reviewed the allegations contained within the appellant's affidavit and weighed them against the affidavit filed by his trial counsel. In my opinion, trial counsel has effectively dealt with the various accusations levelled against her. The appellant has not met the burden set out in *Smith-Kingsley*. I am not persuaded trial counsel's representation was incompetent, either in preparation for or in the conduct of the appellant's defence. I say this mindful of the fact that the appellant's counsel did unnecessarily complicate this case through certain procedural missteps in advance of the trial itself. These will be discussed below. However, I do not believe the allegation of ineffective assistance of counsel has been made out and will briefly elaborate on some of the points of contention between the appellant and trial counsel, that led me to that conclusion.

[23] As to the amount of time the appellant's counsel spent on his case, it is not merely her bald assertion that it was approximately 87 hours. Attached to her affidavit were time sheets from her employer, the New Brunswick Legal Aid Services Commission.

[24] The appellant's affidavit is silent on the meeting with his trial counsel on October 25, 2018, a meeting his counsel describes in detail as to their discussions on the advisability of taking a polygraph test. The appellant, however, alleges, "We really did not speak about the polygraph at all." A series of emails between trial counsel and the Crown dated October 25, 2018, concerning the possibility of the appellant submitting to a polygraph test contains this specific statement by trial counsel: "Mr. Horn is in my office and is agreeable to the take the polygraph." An earlier message from trial counsel to the Crown reads, [TRANSLATION] "I have just communicated with Mr. Horn. I asked him to come to my office late this afternoon or tomorrow morning to inform him of the offer to take a polygraph."

[25] It is entirely factual to point out that the appellant's trial counsel did not extensively cross-examine the complainant, who was eight years of age at the time of trial. The appellant holds this up as one example of the alleged ineffective assistance of counsel. With respect, the problem for the appellant was not his counsel's cross-

examination; the problem was the testimony of the complainant and her mother. For example, in direct examination, the complainant was asked, “So what did [the appellant] do that he said to keep that a secret?” Her response: “Basically he raped me.”

[26] On the subject of the complainant having lied previously about inappropriate behaviour by the appellant, the following exchange took place:

Q. Did you ever tell your mum that you had lied about Wayne, about what he had done? Did you ever tell mummy about that?

A. I never lied.

Q. Did you ever tell mum that you had lied?

A. No.

[27] Earlier in the trial, the complainant’s mother was cross-examined on the same issue:

Q. Okay. So tell me about the time that she told you that she had lied about – that Wayne had done something to her because she was mad. So just tell me about that.

A. I have no idea what you’re talking about.

Q. That she had told you that she had lied.

A. I don’t recall.

Q. You don’t recall?

A. I don’t recall.

Q. Okay. You don’t recall telling other people that [the complainant] had told you that she lied?

A. No. I – [the complainant] has never said anything about lying about what Wayne did to her.

Q. Did you – do you know who [the accused’s son] is?

A. Yup.

Q. Okay. Did you not tell him that [the complainant] had told you –

A. Never ever.

Q. That she had lied.

A. Nope.

[...]

Q. So you agree with me that [the complainant] used to be quite elaborate with her story telling?

A. No. Oh my [other daughter] definitely. She's a story teller.

Q. Okay.

A. But [the complainant] no. [She] is not a liar. I don't know if you heard my statement, but in my statement, I actually say that, you know, if my [other daughter] would have come to me and said Wayne was doing this to her, I would question it. I would question if [she's] telling the truth or not. But because it was [the complainant], I spent an entire week trying to find one way to make it so that I hadn't to share a bed with a pedophile for four years, that I didn't put my kid in that situation, and I – I wish – I would love to find just one way to prove my daughter's lying cause there isn't one.

[28] At the risk of understating the situation, it seems unlikely that extensive cross-examination of either the complainant or her mother would have helped the appellant's cause.

[29] The words of Drapeau J.A. in *Smith-Kingsley* are equally appropriate in the present case. There is no reasonable possibility the proffered evidence might change the outcome of this appeal. The allegations of ineffective counsel either have been satisfactorily addressed by trial counsel or are at odds with the record, or both. No useful purpose would be served by accepting the affidavit of the appellant, which means the

affidavit of his trial counsel is not required either. I would dismiss the motion to adduce fresh evidence in its entirety. It follows that I would also reject this ground of appeal.

(2) Issue 2 – Loss of jurisdiction by Provincial Court in November 2018

[30] Section 485 of the *Criminal Code* deals with procedural irregularities:

Procedural irregularities

485 (1) Jurisdiction over an offence is not lost by reason of the failure of any court, judge, provincial court judge or justice to act in the exercise of that jurisdiction at any particular time, or by reason of a failure to comply with any of the provisions of this Act respecting adjournments or remands.

(1.1) Jurisdiction over an accused is not lost by reason of the failure of the accused to appear personally, so long as the provisions of this Act or a rule made under section 482 or 482.1 permitting the accused not to appear personally apply.

(2) Where jurisdiction over an accused or a defendant is lost and has not been regained, a court, judge, provincial court judge or justice may, within three months after the loss of jurisdiction, issue a summons, or if it or he considers it necessary in the public interest, a warrant for the arrest of the accused or defendant.

(3) Where no summons or warrant is issued under subsection (2) within the period provided therein, the proceedings shall be deemed to be dismissed for want of prosecution and shall not be recommenced except in accordance with section 485.1.

Irrégularités de procédure

485 (1) La compétence d'un tribunal, d'un juge, d'un juge de la cour provinciale ou d'un juge de paix à l'égard d'une infraction n'est pas atteinte par le défaut d'exercice de sa compétence ou du fait que certaines exigences en matière d'ajournement ou de remise n'ont pas été observées.

(1.1) Le tribunal ne perd pas sa compétence à l'égard de l'accusé qui omet de comparaître en personne pour autant que s'appliquent les dispositions de la présente loi — ou une règle établie en vertu des articles 482 ou 482.1 — lui permettant de ne pas comparaître en personne.

(2) Lorsque la compétence à l'égard d'un accusé ou d'un défendeur a été perdue, et n'a pas été recouvrée, le tribunal, le juge, le juge de paix ou le juge de la cour provinciale peut dans les trois mois de la perte de compétence décerner une sommation ou, s'il le juge nécessaire dans l'intérêt public, un mandat d'arrestation visant l'accusé ou le défendeur.

(3) Les procédures sont réputées rejetées pour défaut de poursuite et ne peuvent être reprises sauf en application de l'article 485.1 lorsque aucune sommation ou aucun mandat n'est décerné dans la période visée au paragraphe (2).

(4) Where, in the opinion of the court, judge, provincial court judge or justice, an accused or a defendant who appears at a proceeding has been misled or prejudiced by reason of any matter referred to in subsection (1), the court, judge, provincial court judge or justice may adjourn the proceeding and may make such order as it or he considers appropriate.

(4) Si le tribunal, le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix estime qu'un prévenu ou un défendeur qui comparaît a été trompé ou a subi un préjudice en raison de l'une des irrégularités visées au paragraphe (1), il peut ajourner les procédures et rendre l'ordonnance qu'il juge à propos.

(5) The provisions of Part XVI apply with such modifications as the circumstances require where a summons or warrant is issued under subsection (2).

(5) Les dispositions de la partie XVI s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, aux sommations et mandats décernés en vertu du paragraphe (2).

[31] The appellant argues that the Provincial Court lost jurisdiction over his case on November 19, 2018, and pursuant to s. 485(3), permanently lost jurisdiction three months later, citing *R. v. Clark*, 2011 NBQB 6, [2011] N.B.J. No. 1 (QL). The Crown concedes this point and agrees that jurisdiction was in fact lost. With respect, I would reject the Crown's concession. Jurisdiction was not lost.

[32] The appellant had two scheduled court appearances in November 2018, on the 16th and again on the 19th. I will delve into these appearances under my consideration of issues three and four (waiver and re-election). For our present purposes, suffice to say that the appellant was to appear in Provincial Court on November 16, 2018, and failed to do so. The matter was set over to November 19. At the request of the Crown, a warrant was issued for the appellant's arrest, and was to be kept in the file in anticipation of the appellant being in court on the 19th. The judge's endorsement clearly indicates "warrant for file." The appellant did not in fact appear on November 19.

[33] Section 511 of the *Criminal Code* sets out the contents of a warrant to arrest and, importantly for our purposes, how a warrant is to be executed:

Contents of warrant to arrest

Contenu du mandat d'arrestation

511 (1) A warrant issued under this Part shall

511 (1) Un mandat décerné en vertu de la présente partie :

- | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| (a) name or describe the accused; | a) nomme ou décrit le prévenu; |
| (b) set out briefly the offence in respect of which the accused is charged; and | b) indique brièvement l'infraction dont le prévenu est inculpé; |
| (c) order that the accused be forthwith arrested and brought before the judge or justice who issued the warrant or before some other judge or justice having jurisdiction in the same territorial division, to be dealt with according to law. | c) ordonne que le prévenu soit immédiatement arrêté et amené devant le juge ou juge de paix qui a décerné le mandat ou devant un autre juge ou juge de paix ayant juridiction dans la même circonscription territoriale, pour y être traité selon la loi. |
- (2) A warrant issued under this Part remains in force until it is executed and need not be made returnable at any particular time.
- (2) Un mandat décerné en vertu de la présente partie demeure en vigueur jusqu'à ce qu'il soit exécuté, et il n'est pas nécessaire d'en fixer le rapport à une date particulière.
- (3) Notwithstanding paragraph (1)(c), a judge or justice who issues a warrant may specify in the warrant the period before which the warrant shall not be executed, to allow the accused to appear voluntarily before a judge or justice having jurisdiction in the territorial division in which the warrant was issued.
- (3) Par dérogation à l'alinéa (1)c), le juge ou le juge de paix qui décerne le mandat peut y indiquer une période pendant laquelle l'exécution du mandat est suspendue pour permettre à l'accusé de comparaître volontairement devant un juge ou un juge de paix ayant compétence dans la circonscription territoriale où le mandat a été décerné.
- (4) Where the accused appears voluntarily for the offence in respect of which the accused is charged, the warrant is deemed to be executed.
- (4) Si le prévenu visé par le mandat comparait volontairement, le mandat est réputé avoir été exécuté.

[34] The wording of s. 511(2) is clear: a warrant remains in force until it is executed. In the present case, the warrant issued on November 16, 2018, was not executed. When the appellant failed to appear in court on November 19, 2018, the presiding Provincial Court judge purported to vacate the warrant issued three days earlier by a different judge, simply stating, "so we'll vacate the warrant." On the reverse of the Information is the judge's notation "w. vacated." The pertinent question is this: when was the warrant executed? In my opinion, there was no authority to vacate the warrant. The accused had failed to appear, and the warrant remained in force. Subsection 485(3) states

that “Where no summons or warrant is issued [...] within [three months], the proceedings shall be deemed to be dismissed for want of prosecution.” In this case, a warrant was issued, and it was in force until executed when the appellant next appeared in court. Accordingly, I would dismiss this ground of appeal.

(3) Issues 3 and 4 – Waiver of preliminary inquiry and re-election of mode of trial

[35] On April 30, 2018, the appellant was present in the courtroom when his counsel requested an adjournment in order for her to secure an amendment to the Legal Aid certificate that would allow her to act on his behalf in a trial by judge and jury with a preliminary inquiry. The case was adjourned to May 28, 2018. All of this is confirmed by the hand-written endorsement of the Provincial Court judge.

[36] As indicated, the matter returned to the Provincial Court on May 28, 2018. Again, the appellant was present, and his counsel informed the court he was electing to be tried by judge and jury with a preliminary inquiry. November 16, 2018, was set for the preliminary inquiry. As of that moment, therefore, the appellant was aware of the following: he had elected to be tried by judge and jury, with a preliminary inquiry, and he knew the date and time of his preliminary inquiry.

[37] The appellant’s counsel was present in court on November 16, 2018, for the preliminary inquiry, but the appellant was not. Despite her client’s absence, the appellant’s counsel waived the preliminary inquiry. The court was informed of a possible re-election from trial by judge and jury to judge alone in Provincial Court. Given that the appellant had not appeared, as discussed earlier, a warrant was issued for his arrest and placed in the file at the request of the Crown. The transcript clearly discloses that the matter was adjourned to Monday, November 19, 2018, at 1:30 p.m. The judge asked, “Is it the twentieth?” The court stenographer replied, “Nineteenth.” Although he noted the 20th on the endorsement, the judge then said, “Nineteenth. Warrant of arrest will be kept on file and note that the defense is waiving preliminary. Warrant to be kept on file and

there's a possible re-election on Monday as well." There could be no doubt in the mind of anyone present that the matter was set to resume on the following Monday afternoon, which would have been November 19 (the appellant later claimed he was told to appear on the 20th).

[38] When the matter did resume on the 19th, the appellant was once again missing from the courtroom. His counsel confirmed the waiver of the preliminary inquiry. In answer to the judge's question "So, what do you intend to do with this?," counsel responded, "This is to schedule a trial date with Provincial Court now." The judge asked, "had he re-elected?" Counsel replied, "There's a notice of re-election that will be filed with the Court of Queen's Bench." "So, you've re-elected to Provincial Court?" "Yes, Your Honour." After some discussion, a trial date was set for March 13, 2019.

[39] As will be seen below, what transpired over the course of these two appearances should not have happened.

B. *Procedure for re-election*

[40] The proper procedure for an accused who wishes to re-elect his or her mode of trial is set out in s. 561 of the *Criminal Code*:

Right to re-elect

561 (1) An accused who elects or is deemed to have elected a mode of trial other than trial by a provincial court judge may re-elect,

(a) if the accused is charged with an offence for which a preliminary inquiry has been requested under subsection 536(4),

(i) at any time before or after the completion of the preliminary inquiry, with

Droit à un nouveau choix

561 (1) Un prévenu qui a choisi ou qui est réputé avoir choisi d'être jugé autrement que par un juge de la cour provinciale peut choisir :

a) dans le cas où il est accusé d'une infraction pour laquelle une enquête préliminaire a été demandée au titre du paragraphe 536(4) :

(i) à tout moment avant ou après la fin de son enquête préliminaire avec le

- | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| the written consent of the prosecutor, to be tried by a provincial court judge, | consentement écrit du poursuivant, d'être jugé par un juge de la cour provinciale, |
| (ii) at any time before the completion of the preliminary inquiry or before the 60th day following the completion of the preliminary inquiry, as of right, another mode of trial other than trial by a provincial court judge, and | (ii) à tout moment avant la fin de son enquête préliminaire ou avant le soixantième jour suivant celle-ci, de droit, un autre mode de procès qui n'est pas un procès devant un juge de la cour provinciale, |
| (iii) on or after the 60th day following the completion of the preliminary inquiry, any mode of trial with the written consent of the prosecutor; or | (iii) à partir du soixantième jour qui suit la conclusion de son enquête préliminaire, tout mode de procès avec le consentement écrit du poursuivant; |
| (b) if the accused is charged with an offence for which they are not entitled to request a preliminary inquiry or if they did not request a preliminary inquiry under subsection 536(4), | b) dans le cas où il est accusé d'une infraction pour laquelle une telle enquête n'a pas été demandée au titre du paragraphe 536(4) ou pour laquelle il n'a pas droit de faire une telle demande : |
| (i) as of right, not later than 60 days before the day first appointed for the trial, another mode of trial other than trial by a provincial court judge, or | (i) de droit, au plus tard soixante jours avant la date fixée pour son procès, un autre mode de procès qui n'est pas un procès devant un juge de la cour provinciale, |
| (ii) any mode of trial with the written consent of the prosecutor. | (ii) tout mode de procès avec le consentement du poursuivant. |
| (2) An accused who elects to be tried by a provincial court judge may, not later than 60 days before the day first appointed for the trial, re-elect as of right another mode of trial, and may do so after that time with the written consent of the prosecutor. | (2) Un prévenu qui a choisi d'être jugé par un juge de la cour provinciale peut de droit, au plus tard soixante jours avant la date fixée pour son procès, choisir un autre mode de procès; il ne peut par la suite le faire qu'avec le consentement écrit du poursuivant. |
| (3) If an accused intends to re-elect under paragraph (1)(a) before the completion of the preliminary inquiry, they shall give notice in writing of their intention to re-elect, together with the written consent of the prosecutor, if that consent is required, to the justice presiding at the preliminary inquiry who shall on receipt of the notice, | (3) S'il a l'intention de faire un nouveau choix en vertu de l'alinéa (1)a) avant que son enquête préliminaire ne soit terminée, le prévenu doit donner un avis écrit de son intention de faire un nouveau choix accompagné du consentement écrit du poursuivant, lorsqu'un tel consentement est requis, au juge de paix présidant l'enquête |

préliminaire qui, sur réception de cet avis, peut :

- (a) in the case of a re-election under subparagraph (1)(a)(ii), put the accused to their re-election in the manner set out in subsection (7); or
- (b) if the accused intends to re-elect under subparagraph (1)(a)(i) and the justice is not a provincial court judge, notify a provincial court judge or clerk of the court of the accused's intention to re-elect and send to the provincial court judge or clerk any information, appearance notice, undertaking or release order given by or issued to the accused and any evidence taken before a coroner that is in the possession of the justice.
- (4) If an accused intends to re-elect under paragraph (1)(b) or subsection (2), they shall give notice in writing that they intend to re-elect together with the written consent of the prosecutor, if that consent is required, to the provincial court judge before whom the accused appeared and pleaded or to a clerk of the court.
- (5) If an accused intends to re-elect under paragraph (1)(a) after the completion of the preliminary inquiry, they shall give notice in writing, together with the written consent of the prosecutor, if that consent is required, to a judge or clerk of the court of the accused's original election. The judge or clerk shall, on receipt of the notice,
- (a) notify the judge or provincial court judge or clerk of the court by which the accused wishes to be tried of the accused's intention to re-elect; and
- a) dans le cas d'un nouveau choix fait en vertu du sous-alinéa (1)a(ii), appeler le prévenu à faire son nouveau choix de la manière prévue au paragraphe (7);
- b) lorsque le prévenu désire faire un nouveau choix en vertu du sous-alinéa (1)a(i) et que le juge de paix n'est pas un juge de la cour provinciale, aviser un juge de la cour provinciale ou un greffier du tribunal de l'intention du prévenu de faire un nouveau choix, et leur faire parvenir toute dénonciation, citation à comparaître, promesse ou ordonnance de mise en liberté visant le prévenu et preuve recueillie devant un coroner, en sa possession.
- (4) S'il a l'intention de faire un nouveau choix en vertu de l'alinéa (1)b ou du paragraphe (2), le prévenu doit donner un avis écrit de son intention de ce faire accompagné du consentement écrit du poursuivant, lorsqu'il est requis, au juge de la cour provinciale devant lequel il a comparu ou plaidé, ou au greffier du tribunal.
- (5) S'il a l'intention de faire un nouveau choix en vertu de l'alinéa (1)a), une fois son enquête préliminaire terminée, le prévenu doit :
- a) donner un avis écrit de son intention de ce faire accompagné du consentement écrit du poursuivant, lorsque ce consentement est requis, à un juge ou un greffier du tribunal de son premier choix, lequel doit alors aviser le juge ou le juge de la cour provinciale ou le greffier du tribunal qui

fait l'objet du nouveau choix du prévenu;

(b) send to that judge or provincial court judge or clerk any information, evidence, exhibits and statement of the accused taken down in writing in accordance with section 541, any appearance notice, undertaking or release order given by or issued to the accused and any evidence taken before a coroner that is in the possession of the first-mentioned judge or clerk.

b) lui faire parvenir toute dénonciation, preuve, pièce, déclaration du prévenu — consignée par écrit conformément à l'article 541 —, citation à comparaître, promesse ou ordonnance de mise en liberté visant le prévenu et preuve recueillie devant un coroner, en sa possession.

(6) Where a provincial court judge or judge or clerk of the court is notified under paragraph (3)(b) or subsection (4) or (5) that the accused wishes to re-elect, the provincial court judge or judge shall forthwith appoint a time and place for the accused to re-elect and shall cause notice thereof to be given to the accused and the prosecutor.

(6) Lorsqu'un juge de la cour provinciale ou un juge ou un greffier du tribunal est avisé en vertu de l'alinéa (3)b) ou des paragraphes (4) ou (5) que le prévenu désire faire un nouveau choix, le juge de la cour provinciale ou le juge doit immédiatement fixer les date, heure et lieu où le prévenu pourra faire son nouveau choix et doit faire en sorte qu'un avis soit donné au prévenu et au poursuivant.

[41] Subsection 561(7) requires that the accused be present in court to make his or her re-election:

561(7) The accused shall attend or, if in custody, shall be produced at the time and place appointed under subsection (6) and shall be put to a re-election after

561(7) Le prévenu se présente ou, s'il est sous garde, est amené aux date, heure et lieu fixés en vertu du paragraphe (6) et il est appelé à faire son nouveau choix, après que lecture lui a été faite :

(a) the charge on which the accused has been ordered to stand trial or the indictment, if an indictment has been preferred under section 566, 574 or 577 or is filed with the court before which the indictment is to be preferred under section 577, has been read to the accused; or

a) soit de l'inculpation sur laquelle il a été renvoyé pour subir son procès ou de l'acte d'accusation présenté en vertu des articles 566, 574 ou 577, ou déposé auprès du tribunal devant lequel l'acte d'accusation doit être présenté en vertu de l'article 577;

(b) the information, in the case of a re-election under paragraph (1)(a), before the completion of the preliminary inquiry, or under paragraph (1)(b) or subsection (2),

b) soit de la dénonciation dans le cas d'un nouveau choix fait en vertu de l'alinéa (1)a) avant que son enquête préliminaire ne soit terminée ou dans le cas d'un nouveau

has been read to the accused.

choix fait en vertu de l'alinéa (1)b) ou du paragraphe (2).

The accused shall be put to their re-election in the following words or in words to the like effect:

Il est appelé à faire son nouveau choix dans les termes suivants ou d'une teneur semblable :

You have given notice of your intention to re-elect the mode of your trial. You now have the option to do so. How do you intend to re-elect?

Vous avez donné avis de votre intention de faire un nouveau choix. Vous avez maintenant cette possibilité. Comment choisissez-vous d'être jugé?

[42] Obviously, the appellant in this case did not attend in court. There is, however, provision for such a situation in s. 536.2:

Elections and re-elections in writing

Choix ou nouveau choix

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.

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.

[43] Regrettably, that provision was not complied with either. In *Trites v. R.* 2011 NBCA 5, [2011] N.B.J. No. 12 (QL), Richard J.A. (as he then was) discusses the re-election process:

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.

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)]

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.

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. [paras. 19-22]

[44]

I next turn my attention to s. 650.01 of the *Criminal Code*:

- | | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 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. | 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. |
| (2) The designation must contain the name and address of the counsel and be signed by the accused and the designated counsel. | (2) Le document de désignation doit comporter les nom et adresse de l'avocat et être signé par celui-ci et l'accusé. |
| (3) If a designation is filed, | (3) En cas de dépôt d'un document de désignation : |
| (a) the accused may appear by the designated counsel without being present for any part of the proceedings, other than | 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; |
| (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; | b) la comparution par l'avocat vaut comparution par l'accusé, sauf décision contraire du tribunal; |

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. 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.

[45] The problems in the present case continued to mount as, again, the applicable provision was not followed. In *Trites*, at paragraph 15, Richard J.A. stated, “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” (emphasis in original). He went on to explain his rationale:

[...] 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. [para. 16]

And further:

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. [para. 25]

[46] The cumulative effect of the above is clear. In the present case, the re-election to Provincial Court was defective and therefore invalid. The Crown concedes as

much. However, appellate intervention and the allowing of the appeal do not flow automatically. We must first consider the question of waiver.

[47] In *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, [1982] S.C.J. No. 111 (QL), the Supreme Court makes clear that:

Some procedural requirements are enacted for the protection of the rights of one of the parties, Crown and accused, and others for both. A party may waive a procedural requirement enacted for his benefit, the concurrence of both being required when enacted for both. Generally speaking, the right to waive that type of procedural requirement has been recognized by all the courts, including this Court, and has been recently reaffirmed by this Court's decision as regards the waiver of a *voir dire* into the circumstances surrounding the giving of a statement by an accused to a person in authority (see *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64). Paramount to such a right is that of the trial judge to require compliance notwithstanding a desire to waive, he being the ultimate judge of what procedural safeguards need nevertheless be respected in order to protect the certainty and the integrity of the judicial process. [p. 48]

[48] It is established, therefore, that an accused “may waive a procedural requirement enacted for his benefit.” As determined by Drapeau C.J.N.B. (as he then was) in *Albert v. R.*, 2014 NBCA 27, 419 N.B.R. (2d) 307, “non-compliance with the requirements of s. 536(2) and a failure to trigger the application of s. 536.2 will not preclude jurisdiction where there is an effective waiver by the accused” (para. 20). See also *Trites* at paragraphs 32 and 33. The critical question before the Court is whether or not the appellant waived his procedural rights under the *Criminal Code*. He argues he did not. With respect, I disagree.

[49] First and foremost, in spite of his assertions to the contrary, I find that the appellant did instruct his counsel to waive the preliminary inquiry and re-elect his mode of trial to Provincial Court. The appellant was clearly aware he could have a trial by judge and jury with a preliminary inquiry. He was, after all, present in court when this

initial election was made. However, when the time came for his trial in Provincial Court, the appellant made no protest whatsoever. He did not express surprise that there had been no preliminary inquiry, nor at the fact he was appearing before a judge alone with no jury. This distinguishes the present case from what transpired in *Trites*. In that case, the accused promptly made it known that the trial was not unfolding as he had intended and expected. The appellant's trial proceeded without complaint. In my opinion, this is because the appellant was receiving precisely what he wanted, a trial before judge alone in Provincial Court.

[50] The appellant's own words reinforce my conclusions on this point. The appellant filed the first Notice of Appeal in this matter without the benefit of counsel. As a self-represented party, he set out his grounds of appeal as follows:

The supposed victim accused me at a similar offence 2 ½ yrs. prior to her mother only to recant her statement claiming that she lied because she was "mad at me". Her mother and I continued our relationship until she accused me again.

The judge [...] referred to a journal that was not in evidence, stating "that the fact the journal was thrown away was irrelevant", and disregarding medical evidence, namely a scratch which she claims I caused.

My legal-aid lawyer barely made no effort in my defense. Barely cross-examined the Crown's witnesses which included the mother and the doctor who did the examination at the hospital. Refused to call the father of the alleged victim where I believe the scratch occurred, also, the father has other similar charges on his record where I have none. Refused to contact any of the names I provided her for character witnesses also ignored my numerous request[s] to retrieve my cell phone from the police so I could produce more character witnesses.

[51] Clearly, the appellant was grounding his appeal on what he perceived to be the ineffective assistance of his trial counsel. What is significant about the original grounds of appeal is what they do not include. There is no mention of not having a

preliminary inquiry. There is no mention of being tried by judge alone in Provincial Court. There is no mention of not having a jury. None of these issues was raised by the appellant when he filed his original Notice of Appeal. As Drapeau C.J.N.B. held in *Albert*:

[...] There is every reason to believe designated counsel's election reflected his client's wishes and instructions. The appellant did not move for leave to re-elect. Like any other accused, he is presumed to know the law, and there is nothing in the record to rebut that presumption. More specifically, there is not a shred of evidence to suggest the appellant was not aware, at all material times, of his right to be tried by judge and jury. There is no evidence of any client/counsel miscommunication, let alone one that culminates in a denial of the constitutional right to be tried by a court composed of a judge and jury. The appellant intended to be tried in Provincial Court [...]. [para. 26]

[52] As the Court found in *Albert*, I am satisfied “the respondent has made the case for the application of the principle of waiver” (para. 26). Furthermore, I find compelling the words of Watt J.A., of the Court of Appeal for Ontario, in *R. v. Shafia*, 2016 ONCA 812, [2016] O.J. No. 5627 (QL):

The general injunction against appellate consideration of issues not advanced at trial has strong application where the objection first advanced on appeal challenges the jurisdiction of the court constituted to try an appellant. A strong onus settles on an accused to raise jurisdictional challenges at the outset of trial: *R. (R.)*, at p. 199. See also, *R. v. Rabba*, (1991), 3 O.R. (3d) 238, 64 C.C.C. (3d) 445 (C.A.), at pp. 447-448; and *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398, at para. 67. Were it otherwise, it must appear that the accused was content to be tried by the court as constituted and questions that jurisdiction only because of an adverse result: *R. (R.)*, at p. 199. [para. 170]

[53] I find there was waiver and would dismiss this ground of appeal.

[54] Had I not been convinced waiver was present, I would have invoked the Court's jurisdiction under s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code* and applied the curative proviso, relying on the Supreme Court's decision in *R. v. Esseghaier*, 2021 SCC 9, [2020] S.C.J. No. 102 (QL) (see paras. 45-48). In that case, the Court held, "For the purposes of the proviso, 'jurisdiction' is concerned only with the trial court's capacity to deal with the 'subject-matter of the charge'" (para. 47). Justices Moldaver and Brown provide this direction in a footnote to their decision:

[2] Under the proviso, therefore, election errors (e.g., where an accused person elects to be tried in the provincial court but is mistakenly tried in the superior court, or where an accused person elects to be tried by a judge and jury and is mistakenly tried by a judge alone (ss. 536 and 536.1)) will not automatically lead to a new trial. Whether the error can be cured will depend on whether the accused suffered any prejudice.

[55] As I have concluded the appellant received precisely what he wished to have, that is, a trial by judge alone in Provincial Court with no preliminary inquiry, it cannot be said that he suffered any prejudice as a result of the procedural irregularities outlined above. In the result, I would still dismiss this ground.

V. Conclusion and Disposition

[56] I would grant the appellant leave to file a Second Amended Notice of Appeal but dismiss his motion to adduce fresh evidence. Given that the appellant has not convinced me any of his grounds of appeal warrant appellate intervention, I would dismiss the appeal.

LE JUGE GREEN

Le 5 février 2018, la Cour provinciale a rendu l'ordonnance prévue à l'art. 486.4 du *Code criminel*, qui interdit la publication ou la diffusion de tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité de la victime en l'espèce. Cette ordonnance est toujours en vigueur.

I. Introduction

[1] Au terme d'un procès devant un juge de la Cour provinciale, l'appelant, Fred Wayne Horn, a été déclaré coupable des infractions suivantes :

avoir touché la plaignante, une enfant âgée de moins de seize ans, à des fins d'ordre sexuel (al. 151a) du *Code criminel*);

avoir incité la plaignante à le toucher à des fins d'ordre sexuel (al. 152a)).

[2] L'appelant a été condamné à une peine d'emprisonnement de huit ans, moins une réduction pour le temps passé en détention préventive, donnant pour résultat une peine de sept ans et cinq mois. Il interjette maintenant appel de sa déclaration de culpabilité et demande à la Cour d'accueillir l'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la suspension de l'instance. Subsidiairement, il demande à la Cour d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis de rejeter l'appel.

II. Contexte

[3] La plaignante est une jeune fille qui avait huit ans à l'époque de la tenue du procès. À tous les moments pertinents en l'espèce, sa mère et l'appelant entretenaient une relation amoureuse.

[4] La plaignante a été victime d'actes de violence sexuelle aux mains de l'appelant de l'âge de cinq ans jusqu'à l'âge de sept ans environ, actes que le juge du procès a résumés ainsi lors de la détermination de la peine : [TRADUCTION] « pénétration anale, léchage du vagin, de l'anus et des seins, et lui faire le masturber et regarder de la pornographie ».

[5] Ces incidents ont été découverts lorsque la plaignante s'est plainte à sa mère d'une irritation dans la zone vaginale et lui a divulgué qu'elle avait été causée par l'appelant. L'enquête policière qui a suivi a mené à l'inculpation de l'appelant.

[6] Au procès, la plaignante, sa mère et l'appelant ont tous témoigné. L'appelant a présenté une version des événements selon laquelle il était la véritable victime et la plaignante était en fait l'agresseuse sexuelle. Le juge du procès a rejeté le témoignage de l'appelant, le jugeant [TRADUCTION] « simplement inconcevable et non fondé » (décision, page 37). Il a conclu que la plaignante et sa mère étaient toutes les deux crédibles et a retenu leurs témoignages. S'agissant de la plaignante, le juge du procès [TRADUCTION] « a jugé que son témoignage était convaincant et qu'elle avait véritablement subi ces incidents » et [TRADUCTION] « a conclu qu'elle était fiable, qu'elle était une témoin fiable et crédible en ce qui concerne les éléments de preuve essentiels » (décision, page 45). Enfin, le juge du procès a conclu que le ministère public s'était acquitté de son fardeau et qu'il avait établi sa preuve contre l'appelant hors de tout doute raisonnable, et il a donc déclaré l'appelant coupable.

III. Motion préliminaire

[7] Par voie d'avis de motion, l'appelant sollicite les mesures suivantes :

1. une ordonnance l'autorisant à déposer un second avis d'appel modifié [...] et un délai supplémentaire pour le déposer au titre de la règle 63.04(2);
2. une ordonnance l'autorisant à produire une nouvelle preuve en appel, au titre de l'al. 684(1)d) du *Code criminel* du Canada.

A. *Motion en modification de l'avis d'appel*

[8] Dans l'arrêt *Smith-Kingsley c. R.*, 2021 NBCA 51, une décision récente, le juge d'appel Drapeau, s'exprimant au nom de la Cour, a expliqué ce qu'un appelant doit faire pour modifier un avis d'appel :

La règle 63.04(2) des *Règles de procédure* prévoit un délai de 30 jours pour l'émission d'un avis d'appel. Toutefois, ce délai peut être prolongé par une ordonnance de la Cour ou de l'un de ses juges. Je suis d'avis de prolonger le délai pour interjeter appel de la déclaration de culpabilité pour manquement à l'ordonnance de non-communication. La règle 63.04(3) prévoit que l'avis d'appel doit indiquer les mesures de redressement sollicitées et les moyens d'appel. Pour demander d'autres mesures de redressement ou faire valoir des moyens supplémentaires, l'appelant doit obtenir l'autorisation de la Cour. Lorsque l'octroi d'une autorisation sert les intérêts de la justice, la Cour n'hésite pas à donner son aval. [par. 16]

[9] Conformément à ce qui précède, je suis d'avis d'autoriser l'appelant à déposer un second avis d'appel modifié.

B. *Motion en vue de présenter une nouvelle preuve*

[10] Quatre affidavits ont été soumis à la Cour en raison de la motion de l'appelant en vue de présenter une nouvelle preuve. Trois d'entre eux ont été présentés par l'appelant, et le quatrième est un affidavit souscrit par l'avocate qui l'a représenté au procès en réponse à l'allégation de représentation inefficace au procès. L'appelant demande en outre de présenter, à titre de nouvelle preuve, les transcriptions des comparutions de son avocate au procès devant la Cour provinciale, les 16 et 19 novembre 2018.

[11] La Cour suprême a fourni des directives aux tribunaux d'appel en ce qui concerne la question de savoir quand accueillir une motion en vue de présenter de la

nouvelle preuve dans l'arrêt *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, [1988] A.C.S. n° 20 (QL), où le juge McIntyre a déclaré ce qui suit :

La procédure qui devrait être suivie lorsque la Cour d'appel est saisie d'une demande d'admission d'éléments de preuve nouveaux consiste à entendre la requête pour ensuite, si elle n'est pas rejetée, la mettre en délibéré et entendre l'appel. De cette façon, la Cour d'appel a la possibilité d'examiner la question des éléments de preuve nouveaux en fonction de l'ensemble de l'affaire et de tous les autres éléments de preuve s'y rapportant. Elle est alors en mesure de décider réalistement si on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la preuve offerte influe sur l'issue de l'affaire. Alors, si après avoir entendu l'appel, la cour était d'avis qu'on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce que cette preuve influe sur l'issue du procès, elle rejeterait la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux, pour ensuite statuer sur l'appel. [...] [par. 14, avec renvoi à QL]

[12] En l'espèce, c'est précisément de cette façon que nous avons procédé. La Cour a entendu la motion en vue de présenter une nouvelle preuve, a mis l'affaire en délibéré, puis a entendu l'appel à proprement parler.

C. *Nouvelle preuve – l'affidavit du fils de l'appelant*

[13] Le fils adulte de l'appelant a souscrit un affidavit le 22 janvier 2021. L'appelant souhaite présenter l'affidavit comme nouvelle preuve à l'appui de son allégation de représentation inefficace de son avocate au procès. Le contenu de l'affidavit consiste principalement en une description de la relation amicale existant entre le déposant et la mère de la plaignante et porte surtout sur une discussion qui aurait prétendument eu lieu entre ces deux personnes en novembre ou en décembre 2017. Le fils allègue avoir relaté le contenu de cette discussion à l'avocate de l'appelant dans l'espoir qu'il soit appelé à témoigner pour la défense de son père. Il ne l'a pas été.

[14] À mon avis, l'affidavit du fils de l'appelant constitue du oui-dire inadmissible, et je ne l'admettrais pas en preuve. De plus, l'allégation au cœur de

l'affidavit a fait l'objet, au procès, des témoignages de la plaignante et de sa mère. Elles ont toutes deux expressément nié la véracité de l'allégation.

D. *Nouvelle preuve – l'affidavit de J. Gilles Lemieux*

[15] L'appelant sollicite également la production de l'affidavit de J. Gilles Lemieux, un membre de longue date du Barreau du Nouveau-Brunswick qui exerce le droit avec l'avocate de l'appelant en appel. Dans son affidavit, M. Lemieux a relaté sa participation au dossier de l'appelant, en particulier ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je suis conscient que la Cour aura besoin des transcriptions de la présente affaire pour trancher les questions soulevées par la preuve. Toutefois, comme je n'ai pas reçu les transcriptions, pour les raisons présentées, ni reçu les enregistrements audio, et comme l'appelant n'a pas personnellement comparu devant la Cour lors des audiences en cause, ce dernier n'a pas d'autre choix, en raison du délai de sept jours ordonné par la Cour, que de présenter ce qui semble s'être produit pendant ces comparutions en transmettant leur contenu dans le présent affidavit à l'appui de sa demande en prolongation du délai imparti pour obtenir le disque compact contenant les enregistrements audio et les transcriptions.

M^e Lemieux a ensuite témoigné ce qui suit : [TRADUCTION] « J'ai personnellement écouté les enregistrements audio. » Il en a résumé le contenu.

[16] La crédibilité de M. Lemieux en sa qualité de déposant n'est pas du tout en cause, et je reconnais le raisonnement motivant ses efforts et l'affidavit qui en a résulté, dont l'objet était de fournir du contexte aux arguments de l'appelant ayant trait à la perte potentielle de la compétence de la Cour provinciale en l'espèce. Toutefois, avec égards, je n'accepterais pas son affidavit à titre de nouvelle preuve puisque je doute de sa pertinence. À mon avis, le dossier dont dispose la Cour contient tout ce qui est nécessaire pour lui permettre d'examiner et de trancher l'appel. Je note en particulier l'inclusion, dans le cahier d'appel modifié, des transcriptions des comparutions de l'avocate de

l'appelant au procès devant la Cour provinciale, les 16 et 19 novembre 2018. La règle 63.10 des *Règles de procédure* énonce les documents devant être inclus dans le cahier d'appel d'un appel en matière criminelle, dont, comme le prévoit la règle 63.10(1)f), « copie de toute autre décision pertinente du juge de première instance qui n'est pas reprise dans la transcription ». Je suppose qu'il s'agit de la raison pour laquelle les deux transcriptions en cause ont été ajoutées au cahier d'appel, puisqu'elles portent sur la renonciation à l'enquête préliminaire et l'exercice d'un nouveau choix pour être jugé devant la Cour provinciale. Quel que soit le fondement de leur inclusion, les transcriptions font partie du dossier et ont été présentées à la Cour.

E. *Nouvelle preuve – l'affidavit de l'appelant*

[17] Dans son affidavit, l'appelant présente le fondement de son allégation selon laquelle il a reçu une assistance inefficace de son avocate avant son procès et pendant celui-ci. Je soulignerais le passage suivant de cet affidavit :

[TRADUCTION]

[...] Le 28 mai, j'ai comparu avec mon avocate, qui a alors choisi que je sois jugé par juge et jury à la Cour du Banc de la Reine et demandé la tenue d'une enquête préliminaire. Avant de procéder ainsi, [elle] ne m'a pas parlé des diverses options qui s'offraient à moi et des raisons pour lesquelles elle avait fait le choix qu'elle avait fait et avait demandé la tenue d'une enquête préliminaire. Elle ne m'a pas non plus demandé de directives et n'en a pas obtenu de moi.

J'ai rencontré [mon avocate] à l'été 2018, vers le mois de juin, je crois, et je me rappelle que nous avons alors visionné la vidéo de la déclaration et des entrevues réalisées par la mère de la plaignante et cette dernière. [Elle] n'a jamais arrêté les vidéos pour discuter de quoi que ce soit avec moi. Nous n'avons pas parlé du contenu des vidéos que nous avons visionnées ni du droit, du déroulement du procès ou de ce à quoi je devais m'attendre. [Elle] ne m'a pas posé de questions au sujet du contenu de ce que nous avons regardé et ne m'a

aucunement préparé pour toute procédure judiciaire à venir. Nous n'avons pas non plus parlé de mon témoignage.

[...]

[Mon avocate] n'a pas non plus discuté avec moi de la renonciation à l'enquête préliminaire ou de la présentation d'un nouveau choix pour que je sois jugé devant la Cour provinciale. [Elle] ne m'a pas fourni de renseignements ou de conseils juridiques, ne m'a pas demandé de directives à ce sujet et n'en a pas obtenues. Si [mon avocate] a renoncé à mon enquête préliminaire le 16 novembre 2018, comme l'indique l'inscription portant cette date, elle a agi ainsi à mon insu, sans ma compréhension ou mon consentement, et sans que je lui donne de directives en ce sens.

[...]

Si [mon avocate] a fait un nouveau choix pour mon compte afin que je sois jugé devant la Cour provinciale le 19 novembre 2018, comme l'indique l'inscription portant cette date, elle l'a fait à mon insu, sans ma compréhension ou mon consentement, et sans que je lui donne de directives en ce sens.

[...]

À un moment donné, on m'a offert de passer un polygraphe. J'aimais cette idée parce qu'il s'agirait d'une occasion de prouver mon innocence. [Mon avocate] était au courant du polygraphe et du fait que je m'y intéressais. Toutefois, elle ne m'a jamais fourni de conseils juridiques sur la procédure ni averti des conséquences possibles. Par exemple, [elle] ne m'a pas dit que les entrevues et les réponses fournies aux questions posées pendant le polygraphe seraient admissibles à mon procès. Nous n'avons vraiment pas discuté du polygraphe du tout. Je ne savais pas qu'il me mènerait à faire une déclaration qui pourrait être utilisée contre moi pendant mon procès. Si je l'avais su, j'aurais été mieux préparé pour faire des choix différents et pour me protéger.

Mis à part les premières comparutions pendant lesquelles nous avons simplement demandé des ajournements et n'avons pas encore reçu communication de la preuve, je n'ai rencontré [mon avocate] qu'à deux reprises au total

avant mon procès. L'une de ces rencontres était lorsque nous avons visionné les vidéos mentionnées ci-dessus. L'autre était d'une durée approximative de cinq minutes, le jour de mon procès, dans la petite pièce attenante à la salle d'audience, avant le début du procès. [Elle] m'a essentiellement seulement demandé si je souhaitais dire quelque chose ou s'il y avait des questions que je voulais qu'elle pose aux témoins du ministère public.

Nous ne nous sommes à aucun moment préparés d'une manière quelconque en vue de mon procès. Nous n'avons pas parlé de la procédure ni de mon témoignage. Il y avait des témoins que je voulais présenter à mon procès, mais [mon avocate] ne semblait pas s'intéresser à eux ni à ce qu'ils pourraient avoir à dire. L'un de ces témoins, mon fils [...], avait de l'information obtenue d'une discussion qu'il avait eue avec la mère de la plaignante [...], une témoin du ministère public, dans laquelle [elle] aurait dit à [mon fils] que sa fille, la plaignante [...], avait menti précédemment lorsqu'elle m'avait accusé d'exploitation sexuelle à son endroit. Je croyais que cela était très pertinent quant à mon procès.

[...]

Pendant mon procès, [mon avocate] a passé très peu de temps à contre-interroger la mère de la plaignante [...] Elle semblait mal préparée et désorganisée, et cela était déroutant. J'estime que l'avocate chargée de me défendre aurait pu et aurait dû interroger cette témoin attentivement quant aux périodes où sont survenus les événements, puisque son témoignage direct était parfois imprécis ou contradictoire, surtout en ce qui a trait aux détails de notre relation et aux périodes pendant lesquelles les enfants étaient effectivement à sa charge, plutôt qu'en famille d'accueil.

[...]

[Mon avocate] a aussi passé très peu de temps à contre-interroger la plaignante [...] J'ai examiné la transcription, et le contre-interrogatoire de cette témoin prend au total moins de sept pages de la transcription datée du 13 mars 2019. [...] Encore une fois, [elle] semblait mal préparée et désorganisée, et cela était déroutant.

[...]

Bien que mon procès ait par la suite été ajourné au 1^{er} avril 2019 afin de permettre de préparer ma défense, je n'ai pas rencontré [mon avocate] avant cette date, je ne me suis pas préparé avant de témoigner, et nous n'avons pas discuté de mes témoins et de leurs témoignages éventuels [...]

Je sens que le fait que je n'ai pas été préparé avant de témoigner a eu une incidence réelle sur mon choix de témoigner ou non, sur la manière dont je me suis présenté et sur le témoignage que j'ai présenté. [...]

F. *Nouvelle preuve – l'affidavit de l'avocate au procès*

[18] Dans un affidavit complet et clairement rédigé, l'avocate qui a représenté l'appelant au procès a relaté sa représentation de l'appelant et a abordé les points qu'il a soulevés dans son affidavit mettant en évidence sa prétendue inefficacité. En examinant l'affidavit de l'avocate, je note en particulier les passages suivants :

[TRADUCTION]

Manque de préparation

J'ai rencontré l'appelant à plusieurs occasions à mon bureau et nous avons examiné ensemble la preuve communiquée. Je lui ai donné des conseils tout au long de notre relation avocat-client au sujet des forces et des faiblesses de la preuve contre lui, d'après les éléments de preuve contenus dans les documents communiqués, les renseignements qui m'ont été fournis par lui et par d'autres personnes, et les lois et principes juridiques applicables.

[...]

Au total, j'ai consacré environ 87 heures au cas de M. Horn.

J'ai présenté à l'appelant les offres de règlement rapide proposées par le ministère public et je l'ai conseillé en conséquence.

[...]

Après qu'il a examiné l'entrevue judiciaire de l'enfant réalisée par un travailleur social du ministère du Développement social, il m'a donné la directive de négocier avec le ministère public pour régler l'affaire, ce que j'ai fait à plusieurs occasions, et je lui ai transmis les offres proposées.

[...]

On lui a offert une peine d'emprisonnement de trois ans qui serait présentée dans une recommandation conjointe. L'appelant a refusé l'offre à la dernière minute.

Pour sa défense, l'appelant a essentiellement soutenu qu'il n'avait pas commis les actes reprochés et en a rejeté la responsabilité sur l'enfant en disant qu'elle avait initié les contacts entre eux.

L'appelant souhaitait offrir en preuve sa [TRADUCTION] « bonne moralité ». Il lui a été expliqué qu'en mettant sa bonne moralité en cause, il ouvrirait la porte au ministère public de réfuter cette preuve et que l'affaire était riche en contre-preuve possible.

[...]

L'appelant a catégoriquement soutenu qu'il jouissait d'une bonne réputation, qu'il n'avait jamais touché ses propres enfants et qu'il voulait présenter sa bonne moralité en preuve. Je lui ai indiqué que, dans le cours normal de la préparation en vue du procès, je rencontre les témoins à mon bureau en entrevue. Je lui ai suggéré de parler à tout témoin éventuel, y compris ses enfants, et je lui ai dit que j'aimerais qu'ils m'appellent pour fixer des rendez-vous. Aucun de ses témoins ne m'a appelé et il n'a pas donné suite à ce sujet avec moi.

[Le fils de l'appelant]

[...]

La première fois que j'ai parlé [au fils de l'appelant] était le matin du procès, le 13 mars 2019. Je lui ai parlé et il n'avait aucun élément de preuve à présenter qui aurait justifié que je l'appelle à témoigner. [Il] semblait craintif et était très timide. Il m'a dit qu'il ne voulait pas témoigner, et je ne l'ai

pas forcé à le faire. J'ai indiqué à l'appelant que son fils ne voulait pas être appelé à témoigner et l'appelant ne s'y est pas opposé.

J'ai l'obligation déontologique de ne pas présenter d'éléments de preuve que je n'estime pas crédibles. Je m'inquiétais que l'appelant eût fait pression sur [son fils] pour qu'il témoigne. J'ai jugé qu'il manquait de maturité et je n'étais pas disposée à faire pression sur lui pour qu'il témoigne, ce qui aurait pu compromettre la procédure d'instruction.

L'insuffisance du contre-interrogatoire

Pendant le procès, le témoignage de vive voix de l'enfant correspondait à sa déclaration enregistrée antérieure. Son témoignage était détaillé et convaincant. Elle a fait un certain nombre de déclarations qui posaient problème, comme la cible mouvante en ce qui concerne le nombre d'incidents, ce que j'ai choisi de soulever lors de mes observations finales plutôt que de demander à l'enfant de présenter une explication.

Je fais remarquer que, avant de conclure mon contre-interrogatoire, j'ai demandé une brève suspension de l'audience pour conférer avec mon client afin de voir s'il avait d'autres questions qu'il voulait que je pose. J'ai continué mon contre-interrogatoire après la suspension.

Selon mon expérience, la plupart des juges siégeant à la Cour provinciale de Moncton n'approuvent pas que nous soumettions un témoin enfant à un contre-interrogatoire rigoureux pour le simple plaisir de poser des questions.

[...]

Pour ce qui est de son témoignage à lui, j'ai rencontré l'appelant pour en discuter avant son procès. Je me suis assurée de l'informer de l'importance d'étudier sa déclaration puisque toute incohérence serait soulevée au contre-interrogatoire afin de miner sa crédibilité. Je n'ai pas l'habitude de faire une répétition complète avec un témoin lorsque je l'appelle à témoigner parce que je ne veux pas qu'il semble réciter son témoignage par cœur. L'appelant était conscient de la matière qui serait couverte lors de son témoignage.

Test polygraphique

L'appelant avait indiqué à la GRC qu'il était disposé à passer un test polygraphique. Peu avant l'enquête préliminaire, le ministère public a offert de retirer les accusations s'il réussissait au test.

L'appelant est venu à mon bureau le 25 octobre 2018 et pensait qu'il serait capable de [TRADUCTION] « déjouer » le test polygraphique. Je l'ai informé du droit relatif aux tests polygraphique et du fait qu'une simple opinion quant à l'interprétation des résultats n'était pas admissible devant la cour, mais que toute autre déclaration pourrait l'être. Je lui ai dit que la GRC cherchait à obtenir une confession de sa part au moyen de ce processus, et non à le disculper. Je lui ai dit qu'il ne pourrait pas [TRADUCTION] « déjouer » le test polygraphique. Il était certain qu'il en serait capable et a décidé de passer le test.

[...]

M. Horn s'est soumis à l'examen polygraphique et y a échoué. On lui a encore une fois offert un règlement avant le procès, et il l'a refusé.

Choix et nouveau choix

L'appelant et moi avons discuté de l'utilité de choisir un procès devant juge et jury avec enquête préliminaire étant donné que la crédibilité constituait la question fondamentale en l'espèce et qu'il allait probablement témoigner.

L'appelant était présent pour faire son choix et pour fixer la date de l'enquête préliminaire. Bien que je ne me souviens pas expressément de l'avoir fait dans la présente affaire, j'ai normalement l'habitude de remettre une carte à mes clients sur laquelle est inscrite la date de leur prochaine comparution. Quoi qu'il en soit, l'appelant était présent lorsque la date de l'enquête préliminaire a été fixée.

Après un examen plus approfondi de la déclaration enregistrée de l'enfant, j'étais préoccupée par le fait que le jury pourrait croire l'enfant et que l'appelant pourrait bénéficier davantage d'un procès devant un juge de la Cour provinciale siégeant seul, qui est capable d'appliquer le

critère juridique en matière de crédibilité, même en présence de graves accusations formulées par un enfant.

L'appelant et moi avons discuté de la possibilité de faire un nouveau choix afin qu'il soit jugé à la Cour provinciale. Lors de notre rencontre le 25 octobre 2018, nous avons discuté de l'enquête préliminaire en plus du test polygraphique. L'appelant était au courant de la date de l'enquête préliminaire.

L'appelant m'a donné la directive expresse de faire un nouveau choix pour qu'il soit jugé à la Cour provinciale.

[...]

L'enquête préliminaire était fixée au 16 novembre 2018; l'appelant n'a pas comparu. Je ne sais pas pourquoi il ne s'est pas présenté. Je lui ai téléphoné, mais il ne m'a pas vraiment expliqué pourquoi il ne pouvait pas venir. Étant donné qu'il était prévu que le nouveau choix serait fait ce jour-là, j'ai demandé qu'un mandat soit gardé au dossier.

L'audition de l'affaire a été reportée au lundi 19 novembre 2018, à 13 h 30.

[...]

Le 16 novembre 2018 était un vendredi. Je me souviens précisément d'avoir dit à l'appelant qu'il devait être à la Cour le *lundi* 19 novembre à 13 h 30, faute de quoi il serait arrêté [italique dans l'original].

[...]

Le lundi 19 novembre 2018, l'appelant ne s'est pas présenté. Le juge présidant l'audience a fixé la date du procès en l'absence de l'accusé, sans désignation ni objection de la part du ministère public.

[...]

J'ai représenté l'appelant au procès au mieux de mes compétences et de mes connaissances, comme je dois le faire dans le cours normal de mes activités à titre d'avocate et d'officier de justice.

L'appelant, du début à la fin de la relation avocat-client, ne m'a jamais indiqué qu'il était insatisfait des services que je lui fournissais. Tout indiquait que l'affaire se déroulait conformément aux directives qu'il me donnait. [...]

[19] Je me pencherai ci-dessous sur la question de savoir si j'admettrais les affidavits de l'appelant et de son avocate au procès dans mon examen du moyen d'appel ayant trait à la représentation inefficace de l'avocate.

IV. Questions en litige et analyse

A. *Questions en litige dans l'appel*

[20] Le second avis d'appel modifié énonce quatre moyens d'appel distincts :

[TRADUCTION]

- 1) L'appelant est victime d'une erreur judiciaire découlant de l'assistance inefficace qu'il a reçue de son avocate au procès, [...] qui s'est hissée au rang de l'incompétence et qui a mené à la déclaration de culpabilité de l'appelant, en violation des principes de justice fondamentale et des garanties juridiques prévus à l'article 7 et aux alinéas 11d) et f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
- 2) Le juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a procédé au procès de l'accusé alors que la Cour provinciale avait perdu sa compétence à l'égard de l'accusé le 19 novembre 2018, ou vers cette date, conformément au paragraphe 485(1.1) du *Code criminel* du Canada, et qu'elle ne l'avait pas recouvrée dans les trois mois qui ont suivi, comme le prévoit le paragraphe 485(2). En outre, étant donné qu'aucun mandat ni aucune sommation n'avait été décerné conformément au paragraphe 485(2) dans les trois mois qui ont suivi la perte de la compétence de la Cour provinciale, les procédures intentées contre l'accusé étaient réputées rejetées pour défaut de poursuite par application du paragraphe 485(3) du *Code criminel* du Canada et n'ont pas été reprises par la suite en application de l'article 485.1 du *Code criminel* du

Canada. Par conséquent, le procès de l'appelant était frappé de nullité, tout comme ce qui en a découlé, y compris ses déclarations de culpabilité, sa peine et son emprisonnement subséquent.

- 3) Le juge siégeant à la Cour provinciale le 16 novembre 2018 a commis une erreur de droit lorsqu'il a permis à l'avocate de la défense [...] de choisir un nouveau mode de procès, qui devait à l'origine être un procès devant juge et jury à la Cour supérieure avec enquête préliminaire, de renoncer à l'enquête préliminaire en l'absence du défendeur ou d'un document écrit, signé par lui, désignant un avocat [...] pour le représenter en son absence, et lorsqu'il a autorisé l'avocate de la défense à renoncer à l'enquête préliminaire à laquelle le défendeur avait droit et qu'il avait choisi de subir, ce qui était contraire aux articles 536.2, 650 et 650.01 du *Code criminel* du Canada, et qui a eu pour effet de priver l'appelant de son droit à une enquête préliminaire, droit qui découlait du choix qu'il avait fait devant la Cour provinciale le 28 mai 2018. [L'avocate] a renoncé à l'enquête préliminaire du défendeur le 16 novembre 2018 sans qu'il lui eût donné la directive ou le pouvoir de le faire. Ni le procureur du ministère public ni le juge de la Cour provinciale ne s'est enquis du pouvoir de l'avocate de la défense d'agir ainsi, ce qui a eu pour effet de priver l'appelant de son droit de subir un procès du mode qu'il avait choisi, c'est-à-dire un procès devant juge et jury avec enquête préliminaire.
- 4) Le juge siégeant à la Cour provinciale le 19 novembre 2018 a commis une erreur de droit lorsqu'il a accepté le prétendu nouveau choix de l'avocate de la défense [...] pour que le défendeur subisse son procès devant la Cour provinciale, choix qu'elle a fait pour le compte du défendeur et en l'absence de ce dernier ou d'un document écrit, signé par lui, désignant un avocat [...] pour le représenter et lui accordant le pouvoir de faire un nouveau choix et, plutôt que de subir son procès devant juge et jury en cour supérieure, de le subir en cour provinciale, ce qui était contraire aux articles 536.2, 650 et 650.01 du *Code criminel* du Canada. Il a par conséquent privé l'appelant de son droit constitutionnel à un procès avec jury, droit garanti par l'alinéa 11f) de la *Charte canadienne des*

droits et libertés, droit qu'il avait choisi d'exercer lorsqu'il a fait son choix devant la Cour provinciale le 28 mai 2018. [...] a fait un nouveau choix le 19 novembre 2018 pour que le procès se tienne devant la Cour provinciale, et ce, sans que le défendeur lui ait donné de directive en ce sens ou l'ait autorisé à le faire, et ni le procureur du ministère public ni le juge de la Cour provinciale ne s'est enquis du pouvoir de l'avocate de la défense de le faire, ce qui constitue une violation du droit de l'appelant de subir un procès avec jury, droit garanti à l'alinéa 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

(1) Question en litige n° 1 : La représentation inefficace de l'avocate

[21] Notre Cour s'est récemment penchée sur la manière de trancher une allégation de représentation inefficace d'un avocat dans l'arrêt *Smith-Kingsley*. Le juge d'appel Drapeau, s'exprimant au nom de la Cour, a minutieusement passé en revue les principes dont il faut tenir compte :

Le droit concernant la représentation inefficace de l'avocat comme motif d'intervention en appel est établi, du moins pour nos besoins actuels. Je tire les principes suivants de la jurisprudence émanant de la Cour suprême du Canada et de notre Cour : 1) il incombe à l'appelant de démontrer que le travail de l'avocat de la défense dénotait son incompétence à des égards importants (volet examen du travail de l'avocat). Cela exige d'établir que l'avocat n'a pas fait preuve de jugement professionnel raisonnable, la perfection n'étant pas le critère recherché. En l'absence d'erreur judiciaire, la Cour s'abstient souvent d'examiner le volet travail. Cela dit, la Cour peut le faire lorsqu'elle estime que l'allégation d'incompétence est dénuée de fondement et injuste à l'égard de l'avocat au procès; 2) il incombe également à l'appelant de démontrer qu'une erreur judiciaire a résulté de l'incompétence de l'avocat (volet appréciation du préjudice); 3) une erreur judiciaire peut prendre diverses formes, notamment lorsque l'équité procédurale ou la fiabilité du verdict sont compromises. Un verdict sera considéré comme non fiable si la Cour conclut qu'il aurait pu être différent si l'avocat avait agi avec compétence; 4) en évaluant une allégation de représentation

inefficace, la Cour doit garder à l'esprit que la présomption de compétence professionnelle ne sera pas réfutée en l'absence de preuve convaincante de faute professionnelle. Dans le même ordre d'idées, et en l'absence d'une telle preuve, la Cour doit s'abstenir de remettre en question les décisions stratégiques de l'avocat de la défense; 5) on s'attend de l'avocat au procès qu'il fournisse à la Cour une réponse complète à l'allégation de représentation incompétente de l'appelant en première instance. Voir *Boucher c. R.*, 2021 NBCA 36, [2021] A.N.-B. n° 201 (QL), par. 14 à 19, où sont rassemblés les principaux arrêts. [par. 22]

[22] J'ai soigneusement examiné les allégations formulées dans l'affidavit de l'appelant et je les ai soupesées par rapport à l'affidavit déposé par son avocate au procès. À mon avis, l'avocate au procès a efficacement répondu aux accusations formulées contre elle. L'appelant ne s'est pas acquitté du fardeau énoncé dans l'arrêt *Smith-Kingsley*. Je ne suis pas persuadé que l'avocate au procès a représenté son client de manière incompétente, que ce soit dans la préparation de la défense ou dans la conduite de celle-ci. Je dis cela en tenant à l'esprit le fait que l'avocate de l'appelant a inutilement compliqué l'affaire en faisant certaines erreurs de nature procédurale avant le procès comme tel. J'en discuterai plus loin. Toutefois, je n'estime pas que l'allégation de représentation inefficace de l'avocate a été établie et j'expliquerai brièvement quelques-uns des points de discordance entre l'appelant et l'avocate au procès qui m'ont mené à cette conclusion.

[23] Pour ce qui est du temps que l'avocate de l'appelant a consacré à son dossier, le fait qu'il s'agissait d'environ 87 heures n'est pas qu'une simple affirmation de sa part. Étaient jointes à son affidavit des feuilles de temps de son employeuse, la Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick.

[24] L'affidavit de l'appelant reste muet sur la rencontre qu'il a eue avec son avocate au procès le 25 octobre 2018, une rencontre que son avocate a décrite en détail en ce qui concerne leurs discussions sur la sagesse de passer un test polygraphique. L'appelant, par contre, soutient ce qui suit : [TRADUCTION] « Nous n'avons vraiment pas discuté du polygraphe du tout. » Une série de courriels échangés entre l'avocate au

procès et le ministère public datée du 25 octobre 2018 et portant sur la possibilité que l'appelant se soumette à un test polygraphique contient cette déclaration précise de l'avocate au procès : [TRADUCTION] « M. Horn est dans mon bureau et est disposé à passer le polygraphe. » Dans un message antérieurement envoyé au ministère public, l'avocate au procès a affirmé ce qui suit : « Je viens de communiquer avec M. Horn. Je lui ai demandé de venir à mon bureau tard en après-midi ou demain matin pour lui faire part de l'offre du polygraphe. »

[25] Il ressort absolument des faits que l'avocate au procès de l'appelant n'a pas contre-interrogé de manière approfondie la plaignante, qui avait alors huit ans. L'appelant soulève ce fait comme un exemple à l'appui de l'allégation de représentation inefficace de l'avocate. Avec égards, le problème de l'appelant n'était pas le contre-interrogatoire réalisé par son avocate, mais plutôt le témoignage de la plaignante et de sa mère. Par exemple, en interrogatoire principal, la question suivante a été posée à la plaignante : [TRADUCTION] « Alors, qu'est-ce que [l'appelant] a fait qu'il a dit de garder secret? » Sa réponse : [TRADUCTION] « Essentiellement, il m'a violée. »

[26] S'agissant du fait que la plaignante avait menti par le passé au sujet du comportement inapproprié de l'appelant, l'échange suivant a eu lieu :

[TRADUCTION]

Q. As-tu déjà dit à ta mère que tu avais menti au sujet de Wayne, de ce qu'il avait fait? En as-tu déjà parlé à ta maman?

R. Je n'ai jamais menti.

Q. As-tu déjà dit à ta mère que tu avais menti?

R. Non.

[27] Plus tôt pendant le procès, la mère de la plaignante a été contre-interrogée sur la même question :

[TRADUCTION]

Q. D'accord. Donc, parlez-moi de la fois où elle vous a dit qu'elle avait menti à propos de – du fait que Wayne lui avait fait quelque chose parce qu'elle était fâchée. Alors, parlez-moi simplement de cela.

R. Je n'ai aucune idée de ce dont vous parlez.

Q. Qu'elle vous avait dit qu'elle avait menti.

R. Je ne m'en souviens pas.

Q. Vous ne vous en souvenez pas?

R. Je ne m'en souviens pas.

Q. D'accord. Vous ne vous souvenez pas d'avoir dit à d'autres personnes que [la plaignante] vous avait dit qu'elle avait menti?

R. Non. Je – [la plaignante] n'a jamais dit quoi que ce soit à propos d'avoir menti au sujet de ce que Wayne lui avait fait.

Q. Saviez-vous – savez-vous qui est le fils [de l'accusé]?

R. Ouais.

Q. D'accord. Ne lui avez-vous pas dit que [la plaignante] vous avait dit –

R. Jamais, au grand jamais.

Q. Qu'elle avait menti.

R. Non.

[...]

Q. Donc, vous convenez avec moi que [la plaignante] avait tendance à raconter des histoires plutôt détaillées?

R. Non. Oh! Mon [autre fille], assurément. Elle aime raconter des histoires.

Q. D'accord.

R. Mais pas [la plaignante]. [Elle] n'est pas menteuse. Je ne sais pas si vous avez entendu ma déclaration, mais dans celle-ci, j'ai effectivement dit que, vous savez, si mon [autre fille] était venue me voir et m'avait dit que Wayne lui faisait cela, je l'aurais remis en question. J'aurais remis en question si [elle] disait la vérité ou non. Mais, comme c'était [la plaignante], j'ai passé une pleine semaine à essayer de trouver un moyen de faire en sorte que je ne venais pas de partager mon lit avec un pédophile depuis quatre ans, que je n'avais pas mis mon enfant dans cette situation, et je – je souhaite – j'aimerais beaucoup trouver un seul moyen de prouver que ma fille mentait parce qu'il n'en existe pas.

[28] Au risque de minimiser la situation, il semble peu probable qu'un contre-interrogatoire approfondi de la plaignante ou de sa mère aurait aidé la cause de l'appelant.

[29] Les propos du juge d'appel Drapeau tenus dans l'arrêt *Smith-Kingsley* sont tout aussi appropriés en l'espèce. Il n'y a aucune possibilité raisonnable que la preuve présentée puisse changer le résultat du présent appel. Les allégations de représentation inefficace de l'avocate au procès soit ont été traitées de manière satisfaisante par le juge du procès, soit sont incompatibles avec le dossier, soit les deux. Accepter l'affidavit de l'appelant ne servirait aucun dessein utile, ce qui veut dire que celui de son avocate au procès n'est pas nécessaire non plus. Je rejetterais la motion en présentation de nouvelle preuve dans son intégralité. Il s'ensuit que je rejetterais aussi le présent moyen d'appel.

(2) Question en litige n° 2 : la perte de la compétence de la Cour provinciale en novembre 2018

[30] L'article 485 du *Code criminel* porte sur les irrégularités de procédure :

Procedural irregularities

Irrégularités de procédure

485 (1) Jurisdiction over an offence is not lost by reason of the failure of any court, judge, provincial court judge or justice to

485 (1) La compétence d'un tribunal, d'un juge, d'un juge de la cour provinciale ou d'un juge de paix à l'égard d'une infraction

act in the exercise of that jurisdiction at any particular time, or by reason of a failure to comply with any of the provisions of this Act respecting adjournments or remands.

(1.1) Jurisdiction over an accused is not lost by reason of the failure of the accused to appear personally, so long as the provisions of this Act or a rule made under section 482 or 482.1 permitting the accused not to appear personally apply.

(2) Where jurisdiction over an accused or a defendant is lost and has not been regained, a court, judge, provincial court judge or justice may, within three months after the loss of jurisdiction, issue a summons, or if it or he considers it necessary in the public interest, a warrant for the arrest of the accused or defendant.

(3) Where no summons or warrant is issued under subsection (2) within the period provided therein, the proceedings shall be deemed to be dismissed for want of prosecution and shall not be recommenced except in accordance with section 485.1.

(4) Where, in the opinion of the court, judge, provincial court judge or justice, an accused or a defendant who appears at a proceeding has been misled or prejudiced by reason of any matter referred to in subsection (1), the court, judge, provincial court judge or justice may adjourn the proceeding and may make such order as it or he considers appropriate.

(5) The provisions of Part XVI apply with such modifications as the circumstances require where a summons or warrant is issued under subsection (2).

n'est pas atteinte par le défaut d'exercice de sa compétence ou du fait que certaines exigences en matière d'ajournement ou de remise n'ont pas été observées.

(1.1) Le tribunal ne perd pas sa compétence à l'égard de l'accusé qui omet de comparaître en personne pour autant que s'appliquent les dispositions de la présente loi — ou une règle établie en vertu des articles 482 ou 482.1 — lui permettant de ne pas comparaître en personne.

(2) Lorsque la compétence à l'égard d'un accusé ou d'un défendeur a été perdue, et n'a pas été recouvrée, le tribunal, le juge, le juge de paix ou le juge de la cour provinciale peut dans les trois mois de la perte de compétence décerner une sommation ou, s'il le juge nécessaire dans l'intérêt public, un mandat d'arrestation visant l'accusé ou le défendeur.

(3) Les procédures sont réputées rejetées pour défaut de poursuite et ne peuvent être reprises sauf en application de l'article 485.1 lorsque aucune sommation ou aucun mandat n'est décerné dans la période visée au paragraphe (2).

(4) Si le tribunal, le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix estime qu'un prévenu ou un défendeur qui comparaît a été trompé ou a subi un préjudice en raison de l'une des irrégularités visées au paragraphe (1), il peut ajourner les procédures et rendre l'ordonnance qu'il juge à propos.

(5) Les dispositions de la partie XVI s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, aux sommations et mandats décernés en vertu du paragraphe (2).

[31] L'appelant soutient que la Cour provinciale a perdu la compétence à l'égard de son procès le 19 novembre 2018 et que cette perte est devenue permanente trois mois plus tard par application du par. 485(3). Il invoque à l'appui de cet argument l'affaire *R. c. Clark*, 2011 NBBR 6, [2011] A.N.-B. n° 1 (QL). Le ministère public concède ce point et convient que la compétence a en effet été perdue. Avec égards, je suis d'avis de rejeter la concession du ministère public. La compétence n'a pas été perdue.

[32] L'appelant était censé comparaître en cour deux fois en novembre 2018, à savoir le 16 et le 19 novembre. J'examinerai ces comparutions dans le cadre de mon analyse portant sur les troisième et quatrième questions en litige (la renonciation et le nouveau choix). Pour nos besoins actuels, il suffit de dire que l'appelant était censé comparaître à la Cour provinciale le 16 novembre 2018 et qu'il ne l'a pas fait. L'affaire a été reportée au 19 novembre. À la demande du ministère public, un mandat a été décerné pour l'arrestation de l'appelant, mandat qui devait être conservé au dossier en prévision de sa présence en salle d'audience le 19 novembre. L'inscription du juge indique clairement [TRADUCTION] « mandat pour le dossier ». L'appelant n'a en fait pas comparu le 19 novembre.

[33] L'article 511 du *Code criminel* prévoit le contenu d'un mandat d'arrestation et, ce qui importe surtout pour nos besoins actuels, comment il doit être exécuté :

Contents of warrant to arrest

Contenu du mandat d'arrestation

511 (1) A warrant issued under this Part shall

511 (1) Un mandat décerné en vertu de la présente partie :

(a) name or describe the accused;

a) nomme ou décrit le prévenu;

(b) set out briefly the offence in respect of which the accused is charged; and

b) indique brièvement l'infraction dont le prévenu est inculpé;

(c) order that the accused be forthwith arrested and brought before the judge or justice who issued the warrant or before some other judge or justice having jurisdiction in the same territorial division,

c) ordonne que le prévenu soit immédiatement arrêté et amené devant le juge ou juge de paix qui a décerné le mandat ou devant un autre juge ou juge de paix ayant juridiction dans la même

to be dealt with according to law.

circonscription territoriale, pour y être traité selon la loi.

(2) A warrant issued under this Part remains in force until it is executed and need not be made returnable at any particular time.

(2) Un mandat décerné en vertu de la présente partie demeure en vigueur jusqu'à ce qu'il soit exécuté, et il n'est pas nécessaire d'en fixer le rapport à une date particulière.

(3) Notwithstanding paragraph (1)(c), a judge or justice who issues a warrant may specify in the warrant the period before which the warrant shall not be executed, to allow the accused to appear voluntarily before a judge or justice having jurisdiction in the territorial division in which the warrant was issued.

(3) Par dérogation à l'alinéa (1)c), le juge ou le juge de paix qui décerne le mandat peut y indiquer une période pendant laquelle l'exécution du mandat est suspendue pour permettre à l'accusé de comparaître volontairement devant un juge ou un juge de paix ayant compétence dans la circonscription territoriale où le mandat a été décerné.

(4) Where the accused appears voluntarily for the offence in respect of which the accused is charged, the warrant is deemed to be executed.

(4) Si le prévenu visé par le mandat comparaît volontairement, le mandat est réputé avoir été exécuté.

[34]

Le libellé du par. 511(2) est clair : un mandat demeure en vigueur jusqu'à ce qu'il soit exécuté. En l'espèce, le mandat décerné le 16 novembre 2018 n'a pas été exécuté. Lorsque l'appelant a omis de comparaître en cour le 19 novembre 2018, le juge siégeant à la Cour provinciale a prétendu annuler le mandat décerné trois jours plus tôt par un autre juge, en affirmant tout simplement : [TRADUCTION] « [A]lors nous annulerons le mandat. » Au verso de la dénonciation se trouve la note du juge indiquant [TRADUCTION] « mandat annulé ». La question qu'il est pertinent de se poser est la suivante : quand le mandat a-t-il été exécuté? À mon avis, le pouvoir d'annuler le mandat n'existait pas. L'accusé n'avait pas comparu et le mandat demeurait en vigueur. Le paragraphe 485(3) prévoit que « [l]es procédures sont réputées rejetées pour défaut de poursuite [...] lorsque aucune sommation ou aucun mandat n'est décerné [dans les trois mois qui suivent] ». En l'espèce, un mandat a été décerné et il est demeuré en vigueur jusqu'à son exécution lors de la prochaine comparution de l'accusé en cour. Par conséquent, je rejeterais le présent moyen d'appel.

(3) Les questions en litige n^{os} 3 et 4 : La renonciation à l'enquête préliminaire et le nouveau choix quant au mode de procès

[35] Le 30 avril 2018, l'appelant était présent en salle d'audience lorsque son avocate a demandé un ajournement en vue d'obtenir une modification du certificat d'aide juridique qui lui permettrait d'agir pour le compte de l'appelant dans le cadre d'un procès devant juge et jury avec enquête préliminaire. L'affaire a été ajournée au 28 mai 2018. Tout cela est confirmé par l'inscription manuscrite du juge de la Cour provinciale.

[36] Comme je l'ai indiqué ci-dessus, les parties dans la présente affaire sont retournées devant la Cour provinciale le 28 mai 2018. Encore une fois, l'appelant était présent, et son avocate a informé la Cour qu'il avait choisi de subir un procès devant juge et jury avec enquête préliminaire. L'enquête préliminaire a été fixée au 16 novembre 2018. Par conséquent, à partir de ce moment-là, l'appelant avait connaissance de ce qui suit : il avait choisi un procès devant juge et jury avec enquête préliminaire et il connaissait la date et l'heure de son enquête préliminaire.

[37] L'avocate de l'appelant était présente en cour le 16 novembre 2018 pour l'enquête préliminaire, mais non l'appelant. Malgré l'absence de son client, l'avocate de l'appelant a renoncé à la tenue de l'enquête préliminaire. La Cour a été informée de la possibilité qu'un nouveau choix soit fait pour que l'appelant soit jugé par un juge de la Cour provinciale siégeant seul plutôt que par juge et jury. Étant donné que l'appelant n'a pas comparu, comme nous en avons discuté précédemment, un mandat pour son arrestation a été décerné et mis au dossier à la demande du ministère public. La transcription indique clairement que l'affaire a été ajournée au lundi 19 novembre 2018, à 13 h 30. Le juge a demandé : [TRADUCTION] « Est-ce le 20? » et la sténographe judiciaire a répondu : [TRADUCTION] « Le 19. » Même s'il a inscrit le 20 sur le mandat, le juge a ensuite dit : [TRADUCTION] « Le 19. Le mandat d'arrestation sera conservé au dossier et je note que la défense renonce à l'enquête préliminaire. Le mandat sera conservé au dossier et il est possible qu'un nouveau choix soit présenté lundi aussi. » Il ne peut y avoir aucun doute dans l'esprit de quiconque était présent que l'audience

devait reprendre le lundi après-midi suivant, le 19 novembre (l'appelant a plus tard déclaré qu'on lui avait dit de comparaître le 20).

[38] Lorsque l'affaire a repris le 19, l'appelant était encore une fois absent de la salle d'audience. Son avocate a confirmé la renonciation à l'enquête préliminaire. En réponse à la question suivante du juge : [TRADUCTION] « Donc, qu'entendez-vous faire avec ceci? », l'avocate a répondu : [TRADUCTION] « C'est maintenant pour fixer une date pour un procès devant la Cour provinciale. » Le juge a demandé : [TRADUCTION] « Avait-il fait un nouveau choix? », ce à quoi l'avocate a répondu : [TRADUCTION] « Il y a un avis de nouveau choix qui sera déposé à la Cour du Banc de la Reine. » [TRADUCTION] « Donc, vous avez fait un nouveau choix pour un procès devant la Cour provinciale? » [TRADUCTION] « Oui, Votre Honneur. » À la suite d'une discussion, la date du procès a été fixée au 13 mars 2019.

[39] Comme nous le verrons ci-dessous, ce qui s'est produit au cours de ces deux comparutions n'aurait pas dû avoir lieu.

B. *La procédure pour faire un nouveau choix*

[40] La procédure qui convient lorsqu'un accusé souhaite faire un nouveau choix quant à son mode de procès est énoncée à l'art. 561 du *Code criminel* :

Right to re-elect

561 (1) An accused who elects or is deemed to have elected a mode of trial other than trial by a provincial court judge may re-elect,

(a) if the accused is charged with an offence for which a preliminary inquiry has been requested under subsection 536(4),

(i) at any time before or after the completion of the preliminary inquiry, with

Droit à un nouveau choix

561 (1) Un prévenu qui a choisi ou qui est réputé avoir choisi d'être jugé autrement que par un juge de la cour provinciale peut choisir :

a) dans le cas où il est accusé d'une infraction pour laquelle une enquête préliminaire a été demandée au titre du paragraphe 536(4) :

(i) à tout moment avant ou après la fin de son enquête préliminaire avec le

- the written consent of the prosecutor, to be tried by a provincial court judge, consentement écrit du poursuivant, d'être jugé par un juge de la cour provinciale,
- (ii) at any time before the completion of the preliminary inquiry or before the 60th day following the completion of the preliminary inquiry, as of right, another mode of trial other than trial by a provincial court judge, and (ii) à tout moment avant la fin de son enquête préliminaire ou avant le soixantième jour suivant celle-ci, de droit, un autre mode de procès qui n'est pas un procès devant un juge de la cour provinciale,
- (iii) on or after the 60th day following the completion of the preliminary inquiry, any mode of trial with the written consent of the prosecutor; or (iii) à partir du soixantième jour qui suit la conclusion de son enquête préliminaire, tout mode de procès avec le consentement écrit du poursuivant;
- (b) if the accused is charged with an offence for which they are not entitled to request a preliminary inquiry or if they did not request a preliminary inquiry under subsection 536(4), b) dans le cas où il est accusé d'une infraction pour laquelle une telle enquête n'a pas été demandée au titre du paragraphe 536(4) ou pour laquelle il n'a pas droit de faire une telle demande :
- (i) as of right, not later than 60 days before the day first appointed for the trial, another mode of trial other than trial by a provincial court judge, or (i) de droit, au plus tard soixante jours avant la date fixée pour son procès, un autre mode de procès qui n'est pas un procès devant un juge de la cour provinciale,
- (ii) any mode of trial with the written consent of the prosecutor. (ii) tout mode de procès avec le consentement du poursuivant.
- (2) An accused who elects to be tried by a provincial court judge may, not later than 60 days before the day first appointed for the trial, re-elect as of right another mode of trial, and may do so after that time with the written consent of the prosecutor. (2) Un prévenu qui a choisi d'être jugé par un juge de la cour provinciale peut de droit, au plus tard soixante jours avant la date fixée pour son procès, choisir un autre mode de procès; il ne peut par la suite le faire qu'avec le consentement écrit du poursuivant.
- (3) If an accused intends to re-elect under paragraph (1)(a) before the completion of the preliminary inquiry, they shall give notice in writing of their intention to re-elect, together with the written consent of the prosecutor, if that consent is required, to the justice presiding at the preliminary inquiry who shall on receipt of the notice, (3) S'il a l'intention de faire un nouveau choix en vertu de l'alinéa (1)a) avant que son enquête préliminaire ne soit terminée, le prévenu doit donner un avis écrit de son intention de faire un nouveau choix accompagné du consentement écrit du poursuivant, lorsqu'un tel consentement est requis, au juge de paix présidant l'enquête

préliminaire qui, sur réception de cet avis, peut :

- (a) in the case of a re-election under subparagraph (1)(a)(ii), put the accused to their re-election in the manner set out in subsection (7); or
- (b) if the accused intends to re-elect under subparagraph (1)(a)(i) and the justice is not a provincial court judge, notify a provincial court judge or clerk of the court of the accused's intention to re-elect and send to the provincial court judge or clerk any information, appearance notice, undertaking or release order given by or issued to the accused and any evidence taken before a coroner that is in the possession of the justice.
- (4) If an accused intends to re-elect under paragraph (1)(b) or subsection (2), they shall give notice in writing that they intend to re-elect together with the written consent of the prosecutor, if that consent is required, to the provincial court judge before whom the accused appeared and pleaded or to a clerk of the court.
- (5) If an accused intends to re-elect under paragraph (1)(a) after the completion of the preliminary inquiry, they shall give notice in writing, together with the written consent of the prosecutor, if that consent is required, to a judge or clerk of the court of the accused's original election. The judge or clerk shall, on receipt of the notice,
- (a) notify the judge or provincial court judge or clerk of the court by which the accused wishes to be tried of the accused's intention to re-elect; and
- a) dans le cas d'un nouveau choix fait en vertu du sous-alinéa (1)a(ii), appeler le prévenu à faire son nouveau choix de la manière prévue au paragraphe (7);
- b) lorsque le prévenu désire faire un nouveau choix en vertu du sous-alinéa (1)a(i) et que le juge de paix n'est pas un juge de la cour provinciale, aviser un juge de la cour provinciale ou un greffier du tribunal de l'intention du prévenu de faire un nouveau choix, et leur faire parvenir toute dénonciation, citation à comparaître, promesse ou ordonnance de mise en liberté visant le prévenu et preuve recueillie devant un coroner, en sa possession.
- (4) S'il a l'intention de faire un nouveau choix en vertu de l'alinéa (1)b) ou du paragraphe (2), le prévenu doit donner un avis écrit de son intention de ce faire accompagné du consentement écrit du poursuivant, lorsqu'il est requis, au juge de la cour provinciale devant lequel il a comparu ou plaidé, ou au greffier du tribunal.
- (5) S'il a l'intention de faire un nouveau choix en vertu de l'alinéa (1)a), une fois son enquête préliminaire terminée, le prévenu doit :
- a) donner un avis écrit de son intention de ce faire accompagné du consentement écrit du poursuivant, lorsque ce consentement est requis, à un juge ou un greffier du tribunal de son premier choix, lequel doit alors aviser le juge ou le juge de la cour

provinciale ou le greffier du tribunal qui fait l'objet du nouveau choix du prévenu;

(b) send to that judge or provincial court judge or clerk any information, evidence, exhibits and statement of the accused taken down in writing in accordance with section 541, any appearance notice, undertaking or release order given by or issued to the accused and any evidence taken before a coroner that is in the possession of the first-mentioned judge or clerk.

b) lui faire parvenir toute dénonciation, preuve, pièce, déclaration du prévenu — consignée par écrit conformément à l'article 541 —, citation à comparaître, promesse ou ordonnance de mise en liberté visant le prévenu et preuve recueillie devant un coroner, en sa possession.

(6) Where a provincial court judge or judge or clerk of the court is notified under paragraph (3)(b) or subsection (4) or (5) that the accused wishes to re-elect, the provincial court judge or judge shall forthwith appoint a time and place for the accused to re-elect and shall cause notice thereof to be given to the accused and the prosecutor.

(6) Lorsqu'un juge de la cour provinciale ou un juge ou un greffier du tribunal est avisé en vertu de l'alinéa (3)b) ou des paragraphes (4) ou (5) que le prévenu désire faire un nouveau choix, le juge de la cour provinciale ou le juge doit immédiatement fixer les date, heure et lieu où le prévenu pourra faire son nouveau choix et doit faire en sorte qu'un avis soit donné au prévenu et au poursuivant.

[41] Le paragraphe 561(7) exige que l'accusé soit présent devant le tribunal pour faire son nouveau choix :

561(7) The accused shall attend or, if in custody, shall be produced at the time and place appointed under subsection (6) and shall be put to a re-election after

561(7) Le prévenu se présente ou, s'il est sous garde, est amené aux date, heure et lieu fixés en vertu du paragraphe (6) et il est appelé à faire son nouveau choix, après que lecture lui a été faite :

(a) the charge on which the accused has been ordered to stand trial or the indictment, if an indictment has been preferred under section 566, 574 or 577 or is filed with the court before which the indictment is to be preferred under section 577, has been read to the accused; or

a) soit de l'inculpation sur laquelle il a été renvoyé pour subir son procès ou de l'acte d'accusation présenté en vertu des articles 566, 574 ou 577, ou déposé auprès du tribunal devant lequel l'acte d'accusation doit être présenté en vertu de l'article 577;

(b) the information, in the case of a re-election under paragraph (1)(a), before the completion of the preliminary inquiry, or

b) soit de la dénonciation dans le cas d'un nouveau choix fait en vertu de l'alinéa (1)a) avant que son enquête

under paragraph (1)(b) or subsection (2), preliminary ne soit terminée ou dans le cas
has been read to the accused. d'un nouveau choix fait en vertu de l'alinéa
(1)b) ou du paragraphe (2).

The accused shall be put to their re-election Il est appelé à faire son nouveau choix dans
in the following words or in words to the les termes suivants ou d'une teneur
like effect: semblable :

You have given notice of your intention to Vous avez donné avis de votre intention de
re-elect the mode of your trial. You now faire un nouveau choix. Vous avez
have the option to do so. How do you maintenant cette possibilité. Comment
intend to re-elect? choisissiez-vous d'être jugé?

[42] Évidemment, l'appelant en l'espèce n'a pas comparu. Il y a, cependant,
une disposition prévoyant une telle situation, soit l'art. 536.2 :

Elections and re-elections in writing

Choix ou nouveau choix

536.2 An election or a re-election by an 536.2 Le choix ou le nouveau choix fait par
accused in respect of a mode of trial may le prévenu quant au mode de procès peut
be made by submission of a document in être effectué par écrit sans que celui-ci ait à
writing without the personal appearance of comparaître.
the accused.

[43] Malheureusement, cette disposition n'a pas été respectée non plus. Dans
l'arrêt *Trites c. R.*, 2011 NBCA 5, [2011] A.N.-B. n° 12 (QL), le juge d'appel Richard (tel
était alors son titre) a discuté de la procédure à suivre pour exercer un nouveau choix :

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. 11f). 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.

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)]

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.

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. [par. 19 à 22]

[44]

Je me pencherai ensuite sur l'art. 650.01 du *Code criminel* :

- | | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 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. | 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. |
| (2) The designation must contain the name and address of the counsel and be signed by the accused and the designated counsel. | (2) Le document de désignation doit comporter les nom et adresse de l'avocat et être signé par celui-ci et l'accusé. |
| (3) If a designation is filed, | (3) En cas de dépôt d'un document de désignation : |
| (a) the accused may appear by the designated counsel without being present for any part of the proceedings, other than | 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; |
| (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

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.

[45] Les problèmes en l'espèce ont continué de s'accumuler et, encore une fois, la disposition applicable n'a pas été respectée. Dans l'arrêt *Trites*, au par. 15, le juge d'appel Richard a déclaré : « [J]e 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 » (souligné dans l'original). Il a ensuite expliqué son raisonnement :

[...] 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. [par. 16]

Et plus loin :

À mon avis, l'art. 650.01 énonce sans équivoque que l'avocat désigné doit être nommé et 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. [par. 25]

[46] L'effet cumulatif de ce qui précède est clair. En l'espèce, l'exercice d'un nouveau choix en faveur d'un procès devant la Cour provinciale présentait des lacunes et était par conséquent invalide. Le ministère public le concède. Toutefois, il ne s'ensuit pas automatiquement qu'il serait justifié qu'une cour d'appel intervienne et que l'appel soit accueilli. Nous devons d'abord nous pencher sur la question de la renonciation.

[47] Dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, [1982] A.C.S. n° 111 (QL), la Cour suprême a clairement fait ressortir ce qui suit :

Certaines règles de procédure ont été adoptées pour la protection des droits de l'une des parties, soit le ministère public ou l'accusé, et d'autres pour la protection des deux. Une partie peut renoncer à une règle de procédure adoptée à son profit, mais une renonciation des deux parties est requise lorsque cette règle les protège ensemble. De façon générale, toutes les cours, y compris cette Cour, ont reconnu le droit de renoncer à ce type de règle de procédure, et un arrêt récent de cette Cour a de nouveau confirmé ce droit relativement à un voir dire sur les circonstances entourant une déclaration faite par un accusé à une personne ayant autorité (voir *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64). Mais l'exercice de ce droit est assujéti à celui du juge du procès d'imposer le respect de la règle, même si on a supprimé le désir d'y renoncer, car c'est à lui qu'il appartient en dernière analyse de déterminer les garanties de procédure qu'il faut néanmoins respecter afin de protéger la stabilité et l'intégrité du système judiciaire. [p. 48]

[48] Par conséquent, il est établi qu'un accusé « peut renoncer à une règle de procédure adoptée à son profit ». Comme l'a déterminé le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Albert c. R.*, 2014 NBCA 27, 419 R.N.-B. (2^e) 307, « l'inobservation des conditions énoncées au par. 536(2) et le défaut de faire intervenir le par. 536.2 n'empêchent pas la Cour d'avoir compétence lorsqu'il existe une renonciation effective de la part de l'accusé » (par. 20). Voir également l'arrêt *Trites*, aux par. 32 et 33. La question cruciale dont la Cour est saisie est celle de savoir si l'appelant a renoncé

aux droits procéduraux qui lui sont conférés par le *Code criminel*. Il soutient que non. Avec égards, je ne suis pas du même avis.

[49] D'abord et avant tout, malgré les assertions contraires de l'appelant, je conclus qu'il a effectivement donné la directive à son avocate de renoncer à l'enquête préliminaire et faire un nouveau choix quant au mode de procès afin d'être jugé devant la Cour provinciale. L'appelant savait manifestement qu'il pouvait subir un procès devant juge et jury avec enquête préliminaire. Il était, après tout, présent en salle d'audience lorsque ce choix initial a été fait. Toutefois, lorsque le moment est venu de subir son procès à la Cour provinciale, l'appelant ne s'y est aucunement opposé. Il n'a exprimé aucune surprise quant au fait qu'il n'y avait pas eu d'enquête préliminaire ni au fait qu'il comparait devant un juge siégeant seul, sans jury. Cela a pour effet de distinguer la présente affaire de ce qui s'est passé dans l'arrêt *Trites*, où l'accusé a promptement fait savoir que le procès ne se déroulait pas comme il l'avait voulu et anticipé. Le procès de l'appelant en l'espèce s'est déroulé sans plainte de sa part. À mon avis, il en est ainsi parce que l'appelant recevait exactement ce qu'il voulait, c'est-à-dire un procès devant un juge de la Cour provinciale siégeant seul.

[50] Les propos tenus par l'appelant lui-même renforcent mes conclusions sur ce point. L'appelant a déposé le premier avis d'appel en l'espèce sans l'assistance d'un avocat. En tant que partie se représentant elle-même, il a énoncé ses moyens d'appel ainsi :

[TRADUCTION]

La supposée victime m'a accusé d'une infraction semblable deux ans et demi plus tôt. Elle en avait informé sa mère pour finalement rétracter sa déclaration en affirmant qu'elle avait menti parce qu'elle était [TRADUCTION] « fâchée contre moi ». Sa mère et moi avons poursuivi notre relation jusqu'à ce qu'elle m'accuse de nouveau.

Le juge [...] a fait référence à un journal qui n'avait pas été versé en preuve, en déclarant que [TRADUCTION] « le fait que le journal a été jeté était sans pertinence », et en

ignorant la preuve médicale, notamment une égratignure qu'elle prétend avoir été causée par moi.

L'avocate de l'aide juridique qui me représentait n'a fait presque aucun effort pour me défendre. Elle a à peine contre-interrogé les témoins du ministère public, y compris la mère et le médecin qui a réalisé l'examen à l'hôpital. Elle a refusé d'appeler le père de la présumée victime, chez qui elle a, je crois, subi l'égratignure. De plus, le dossier du père contient d'autres accusations similaires, alors que je n'en ai aucune. Elle a refusé de contacter toutes les personnes dont je lui avais fourni les noms à titre de témoins de moralité, en plus de ne pas donner suite à mes nombreuses demandes en vue de récupérer mon téléphone cellulaire qui était en la possession de la police pour que je puisse produire d'autres témoins de moralité.

[51] De toute évidence, l'appelant fondait son appel sur ce qu'il percevait comme étant la représentation inefficace de son avocate au procès. Ce qui est important relativement aux moyens d'appel soulevés à l'origine se rattache à ce qui n'y est pas mentionné. Il n'y a aucune mention du fait qu'une enquête préliminaire n'a pas eu lieu. Il n'y a aucune mention d'un procès devant un juge de la Cour provinciale siégeant seul. Il n'y a aucune mention de l'absence d'un jury. Aucune de ces questions n'a été soulevée par l'appelant lorsqu'il a déposé son avis d'appel initial. Comme le juge en chef Drapeau l'a conclu dans l'arrêt *Albert* :

[...] Il y a tout lieu de croire que le choix qu'a fait l'avocat désigné était conforme aux désirs et aux instructions de son client. L'appelant n'a pas déposé de motion en autorisation de faire un nouveau choix. À l'instar de n'importe quel autre accusé, il est présumé connaître la loi et il n'y a rien dans le dossier qui réfute cette présomption. Plus précisément, il n'y a pas l'ombre d'une preuve qui donne à penser que l'appelant n'était pas au courant, pendant toute l'époque pertinente, de son droit d'être jugé par un juge et un jury. Il n'y a aucune preuve de mauvaises communications entre avocat et client, et encore moins de mauvaises communications qui auraient donné lieu, au final, à un déni du droit constitutionnel d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury. L'appelant avait l'intention d'être jugé devant la Cour provinciale [...] [par. 26]

[52] Comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *Albert*, je suis convaincu que « l'intimée a amplement établi que le principe de la renonciation s'appliquait » (par. 26). Qui plus est, je trouve convaincants les propos tenus par le juge d'appel Watt, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. c. Shafia*, 2016 ONCA 812, [2016] O.J. No. 5627 (QL) :

[TRADUCTION]

L'ordre général interdisant l'examen en appel de questions qui n'ont pas été soulevées au procès s'applique fortement lorsque l'objection soulevée pour la première fois en appel conteste la compétence du tribunal formé pour juger l'appelant. Il incombe lourdement à l'accusé de soulever toute contestation de compétence au début du procès : *R. (R.)*, à la p. 199. Voir aussi *R. c. Rabba* (1991), 3 O.R. (3d) 238, 64 C.C.C. (3d) 445 (C.A.), aux p. 447 et 448; et *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398, au par. 67. S'il en était autrement, il doit ressortir que l'accusé était satisfait d'être jugé par la cour telle qu'elle était constituée et qu'il ne conteste cette compétence que parce qu'il a obtenu un résultat qui lui était défavorable : *R. (R.)*, à la p. 199. [par. 170]

[53] Je conclus qu'il y a eu renonciation et je rejeterais ce moyen d'appel.

[54] Si on ne m'avait pas convaincu de l'existence d'une renonciation, j'aurais invoqué la compétence conférée à la Cour par le ss-al. 686(1)b)(iv) du *Code criminel* et appliqué la disposition réparatrice, en me fondant sur la décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Esseghaier*, 2021 CSC 9, [2020] A.C.S. n° 102 (QL) (voir les par. 45 à 48). Dans cette affaire, la Cour a conclu ce qui suit : « Pour l'application de la disposition réparatrice, le terme "compétent" vise uniquement l'aptitude du tribunal de première instance de traiter de "l'objet de l'accusation" » (par. 47). Les juges Moldaver et Brown ont fourni cette directive dans une note de bas de page à la fin de leur décision :

2 Ainsi, en vertu de la disposition réparatrice, les erreurs relatives au choix (p. ex., lorsqu'une personne accusée choisit de subir son procès à la cour provinciale, mais qu'elle subit son procès par erreur à la cour supérieure, ou lorsqu'une personne accusée choisit de subir son procès

devant un juge et avec un jury, mais qu'elle subit son procès par erreur devant un juge siégeant seul (art. 536 et 536.1)) ne donneront pas automatiquement lieu à un nouveau procès. Pour déterminer s'il est possible de remédier à l'erreur, il faudra répondre à la question de savoir si un préjudice quelconque a été causé à l'accusé.

[55] Comme j'ai conclu que l'appelant avait reçu précisément ce qu'il souhaitait recevoir, c'est-à-dire un procès devant un juge de la Cour provinciale siégeant seul sans enquête préliminaire, on ne saurait dire qu'il a subi un préjudice en conséquence des irrégularités de procédure exposées ci-dessus. En conséquence, je rejetterais tout de même le présent moyen d'appel.

V. Conclusion et dispositif

[56] Je suis d'avis d'autoriser l'appelant à déposer un second avis d'appel modifié, mais de rejeter sa motion en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve. Étant donné que l'appelant ne m'a pas convaincu que l'un de ses moyens d'appel justifie une intervention en appel, je rejetterais l'appel.