

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

100-22-CA

ROBERT LEE NAGLE

APPELLANT

- and -

HIS MAJESTY THE KING

RESPONDENT

Nagle v. R., 2023 NBCA 35

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice LeBlanc

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
August 12, 2022 (conviction)  
September 15, 2022 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard and judgment rendered:  
April 18, 2023

Reasons delivered:  
May 25, 2023

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Ben Reentovich

For the respondent:  
Patrick McGuinty

ROBERT LEE NAGLE

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LE ROI

INTIMÉ

Nagle c. R., 2023 NBCA 35

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge LeBlanc

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
le 12 août 2022 (déclaration de culpabilité)  
le 15 septembre 2022 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appel entendu et jugement rendu :  
le 18 avril 2023

Motifs déposés :  
le 25 mai 2023

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :  
Ben Reentovich

Pour l'intimé :  
Patrick McGuinty

THE COURT

The appeal is allowed, the convictions relating to the incidents of March 20, 2022, under ss. 267(b) and 279(2) of the *Criminal Code* are set aside, and acquittals are entered on those charges. The conviction under s. 733.1(1)(a) of the *Code* is undisturbed. The conviction under s. 267(b) of the *Code*, relating to the incident of August 24, 2020, is set aside and a new trial is ordered.

LA COUR

L'appel est accueilli, les déclarations de culpabilité relatives aux incidents du 20 mars 2022, fondées sur l'al. 267b) et le par. 279(2) du *Code criminel*, sont annulées et des acquittements sont prononcés à l'égard de ces chefs d'accusation. La déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 733.1(1)a) du *Code* est confirmée. La déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 267b) du *Code*, relative à l'incident du 24 août 2020, est annulée et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

The following is the judgment delivered by

## THE COURT

### I. Overview

[1] It is rare for a trial decision to cast doubt upon a proper understanding of the fundamental tenets of criminal law. It is also uncommon for this Court to annul a conviction as unreasonable when that decision is rendered by a judge of the Provincial Court, because judges of that court routinely undertake the critical tasks of assessing credibility, evaluating evidence, and applying the law to the facts, to arrive at a definitive verdict on the charges before them. Remarkably, the present case falls within the realm of such extraordinary circumstances. It pertains to an appeal lodged by Robert Lee Nagle.

[2] Mr. Nagle was charged with the commission of four offences set out in two informations. The first charged him with three offences under the *Criminal Code*, which allegedly occurred on March 19 and 20, 2022: s. 267(b) (assault causing bodily harm); s. 279(2) (unlawful confinement); and s. 733.1(1)(a) (breach of probation). The second information alleged the commission of an offence on August 24, 2020, under s. 267(b) of the *Code* (assault causing bodily harm). The alleged victim in all matters was A.B., a woman with whom Mr. Nagle was in a common law relationship at the time. At the culmination of a trial, a judge of the Provincial Court convicted Mr. Nagle on all counts and eventually sentenced him to 12 months' incarceration. At the hearing, Mr. Nagle's counsel informed the Court that his client conceded the conviction for breach of probation under s. 733.1(1)(a) of the *Code*.

[3] In his appeal against conviction, Mr. Nagle raises several grounds. Most, though not all, are conceded. Crown counsel's many concessions illustrate the discharge of his duty to serve the public interest by upholding the law and seeking justice rather than securing convictions at all costs, a duty which Crown counsel are expected to perform "with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings" (see *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, [1954] S.C.J. No. 54 (QL), *per* Rand J.).

[4] At the conclusion of the hearing of Mr. Nagle’s appeal, we rendered an oral decision allowing it. The convictions under ss. 279(2) and 267(b) of the *Code*, relating to incidents that occurred in March 2022, were set aside and acquittals entered on those charges. The conviction under s. 733.1(1)(a) of the *Code* was undisturbed. The conviction under s. 267(b) of the *Code*, relating to the incident of August 2020, was set aside and a new trial was ordered on that charge. At the time, we indicated that reasons for our decision would follow. These are those reasons.

## II. Background

[5] At the time of the incidents described below, Mr. Nagle and A.B. were common law partners and had a relationship described during the trial as “problematic” and “toxic.”

### A. *Incidents of March 19 and 20, 2022*

[6] Despite conflicting testimony in some respects, the essential facts are the following. A.B. had been staying at Mr. Nagle’s residence since December 2021, but an interaction between the two on March 18, 2022, caused her to leave the residence, leaving behind some of her personal belongings. The next day, she returned to Mr. Nagle’s residence, having arranged for a friend, R.L., to be present to “support” Mr. Nagle should “things” not get resolved or further conflict were to ensue.

[7] Once at the residence, they argued and A.B. became very loud. Mr. Nagle made allegations against her, and she decided to leave, just wanting her belongings returned to where she was staying. As she was in the process of leaving, Mr. Nagle believed she had his keys and other belongings of his and followed her down the stairs to retrieve them. As A.B. was leaving, Mr. Nagle slammed the door shut while her hand was on the door frame. When Mr. Nagle saw A.B.’s hand had been jammed, he ran upstairs to get an icepack.

[8] Mr. Nagle testified that he did not see A.B.'s hand on the doorframe and that he slammed the door shut because A.B. was loud, fearing what impact her yelling would have on his tenants and neighbours. R.L. also testified that A.B. was being very loud and that Mr. Nagle shut the door wanting to avoid the neighbours getting upset. A.B. denied being loud or raising her voice. In her testimony, she surmised Mr. Nagle slammed the door to keep her inside the house. Of critical importance regarding the charge of assault causing bodily harm, A.B. testified she did not believe Mr. Nagle intended to slam the door on her hand and that, possibly, he had not seen her hand on the doorframe. Two other witnesses said they heard arguing and raised voices that night, noting that a female voice was the loudest.

[9] A.B. ultimately left Mr. Nagle's residence that evening but returned there very early in the morning of March 20, 2022. The door was locked, and she knocked until she was let in. Shortly thereafter, the police came to Mr. Nagle's door. At this time, Mr. Nagle told A.B. to "remember the plan" and hide behind the refrigerator. A.B. herself described the "plan" as one conceived by Mr. Nagle some time prior and one to which she had agreed to avoid the police seeing both of them together. Mr. Nagle acknowledged they planned to hide A.B. if the police attended at his residence, due to her outstanding arrest warrants and his no-contact order. To that end, Mr. Nagle pulled out the refrigerator and A.B. got behind it and pulled it back into place while he answered the door. A.B. explained that she hid behind the refrigerator to avoid any trouble for Mr. Nagle; she was hoping the "plan" would work and that they could eventually work through their issues. She stated she acquiesced to the "plan" because she loved him, wanted him to be happy and did not want him to get into more trouble.

[10] The police found A.B. behind the refrigerator and took her to the police station. When the police noticed her hand was injured, she was taken to the hospital, where it was determined that two of her fingers had fractures.

B. *Incident of August 24, 2020*

[11] A.B. also testified about an incident which allegedly occurred on August 24, 2020, when she and Mr. Nagle were arguing upon their return to his residence. A.B. stated that she was being loud, something to which Mr. Nagle is sensitive because of his tenants, and that he pushed her on the back stairway. According to A.B., Mr. Nagle held her down by forcefully squeezing her and covering her mouth; she said during this time she heard a pop in her shoulder. After quieting down, A.B. ran up the stairs, through the front door and ran away. A.B. acknowledged using speed and consuming vodka that day, whereas Mr. Nagle was intoxicated on beer. She said she recalled the events of this day because it was Mr. Nagle's birthday. A.B. attended at the hospital the next day. She testified that, at the hospital, she made up a story as to what had occurred. During cross-examination, A.B. acknowledged that between August 24, 2020, and March 20, 2022, she had provided police with KGB statements regarding other assaults but had never mentioned this one.

[12] Mr. Nagle testified he was not with A.B. on his birthday but had spent the previous evening with her. He testified as to an altercation with A.B. resulting in a scar behind his right ear. According to Mr. Nagle, while at a location with other people, he heard A.B. yelling. She then headed toward him and punched, scraped, and scratched him. As he was trying to hold her back, one of A.B.'s hands got loose and she scratched the back of his neck, leaving a scar behind his right ear. During this altercation, they tumbled and fell, and this is when her shoulder was injured. He later found out that A.B. had seen a message on his Facebook page from a woman he had previously dated. Mr. Nagle also explained that, while walking home after the altercation, at a street corner she suddenly started running back to the location they had left while yelling "rape." At this point, Crown counsel objected to Mr. Nagle's testimony as hearsay evidence, and the Court ruled the evidence was not relevant.

C. *The convictions and sentencing*

[13] In her decision, the judge convicted Mr. Nagle on all four counts. He was eventually sentenced to 12 months' incarceration, less 270 days of remand credit since being taken into custody on March 20, 2022. Counsel informed us Mr. Nagle completed his sentence.

III. Grounds of Appeal

[14] Mr. Nagle raised several grounds of appeal, most, but not all, of which were conceded by Crown counsel. Those grounds are the following:

A. Was the conviction under s. 279(2) of the *Code* unreasonable, considering the evidentiary record before the judge?

B. Was the conviction under s. 267(b) of the *Code*, relating to the March 19, 2022, incident unreasonable, considering the evidentiary record before the judge?

C. Did the judge commit an error in law by ruling that absent exculpatory evidence, the convictions had to stand, thereby reversing the onus of proof?

D. Did the judge misapprehend the evidence to a degree such that it resulted in a miscarriage of justice, specifically by:

i. Finding that Mr. Nagle failed to provide an explanation for closing the door although he had provided a clear one; and

ii. Finding that R.L. lacked credibility but then using his evidence to undermine Mr. Nagle's credibility?

E. Did the judge commit errors in law resulting in a miscarriage of justice, including:

- i. Limiting cross-examination of A.B. on her prior criminal history;
  - ii. Questioning Mr. Nagle in a manner constituting an improper intervention which compromised trial fairness;
  - iii. Limiting Mr. Nagle's evidence based on "hearsay" statements by A.B., notwithstanding that A.B. had already testified; and
  - iv. Relying on answers to improper "oath helping" questions put to A.B. by Crown counsel in her assessment of A.B.'s credibility?
- F. Did the judge commit an error in law in using her findings that Mr. Nagle lacked credibility in relation to his testimony regarding the March 2022 charges to support her finding that he lacked credibility in his testimony regarding the August 2020 charge?
- G. Did the judge commit an error by imposing a publication ban contrary to law?

#### IV. Analysis

[15] The judge committed several errors of law. Mr. Nagle and Crown counsel agree on some, but not all, of these errors. Some, but not all, of the judge's errors had a bearing on the outcome of Mr. Nagle's trial. Even where there is agreement between the parties, the Court has an obligation to satisfy itself the shared position put forth by the parties is correct at law. In this matter, the sheer number of errors committed by the judge compels this Court, mindful of its oversight role, to comment on the most egregious of those errors, regardless of whether they affected the outcome of Mr. Nagle's trial.



A. *The conviction for unlawful confinement under s. 279(2) of the Code*

[16] The essential elements to establish an unlawful confinement under s. 279(2) of the *Code* were recently discussed by the Supreme Court in *R. v. Sundman*, 2022 SCC 31, [2022] S.C.J. No. 31 (QL). A conviction under s. 279(2) requires the prosecution to establish, *inter alia*, that “for any significant time period, a person is coercively restrained or directed contrary to their wishes, so that they cannot move about according to their own inclination and desire” (para. 21). The evidentiary record before the judge reveals that A.B. voluntarily agreed to get, and hide, behind the refrigerator in accordance with the “plan” to which she had agreed. The judge convicted Mr. Nagle under s. 279(2) notwithstanding this evidence. Mr. Nagle argues that the conviction under s. 279(2) of the *Code* is unreasonable. Crown counsel agrees. So do we.

[17] In *R. v. C.P.*, 2021 SCC 19, [2021] S.C.J. No. 19 (QL), the Supreme Court reiterated the unreasonable verdict standard on appeal where a trial judge is sitting alone and convicts the accused. There are two pathways for an appeal court to find a verdict was unreasonable:

When a verdict is reached by a judge sitting alone and explained in reasons for judgment, there are two bases on which a court of appeal may find the verdict unreasonable. First, a verdict is unreasonable if it is not one that a “properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered” (*R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 36, quoting *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185). In *Biniaris*, Arbour J. clarified that this standard, despite being expressed in terms of a verdict reached by a jury, also applies to the decisions of a judge sitting without a jury. She explained, however, that review for unreasonableness on appeal is “somewhat easier when the judgment under attack is that of a single judge,” since judges give reasons whereby

the reviewing appellate court may be able to identify a flaw in the evaluation of the evidence, or in the analysis, that will serve to explain the unreasonable conclusion reached, and justify the reversal. [para. 37]

Arbour J.’s comments in *Biniaris* led to the adoption, in *R. v. Beaudry*, [2007] 1 S.C.R. 190, and *R. v. Sinclair*, [2011] 3 S.C.R. 3, of a narrowly expanded, second avenue of review for unreasonableness. A verdict reached by a judge may be unreasonable, even if supported by the evidence, if it is reached “illogically or irrationally” (*Beaudry*, at paras. 96-97, per Fish J. (dissenting in the result); *Sinclair*, at paras. 4 and 15-17, per Fish J. (dissenting in the result), and at para. 44, per LeBel J.). This may occur if the trial judge draws an inference or makes a finding of fact essential to the verdict that is plainly contradicted by the evidence relied on by the judge in support of that inference or finding, or shown to be incompatible with evidence that has neither been contradicted by other evidence nor rejected by the trial judge (*Sinclair*, at paras. 4, 16 and 19-21; *R. v. R.P.* [2012] 1 S.C.R. 746, at para. 9).

The *Beaudry* and *Sinclair* inquiry into illogical or irrational findings or inferences is not an invitation for reviewing judges to substitute their preferred findings of fact for those made by the trial judge (*Beaudry*, at para. 98). As MacPherson J.A. noted in the Court of Appeal, the “fact that an appeal court judge would have had a doubt when the trial judge did not is insufficient to justify the conclusion that the trial judgment was unreasonable” (para. 67, quoting *R. v. A.G.*, [2000] 1 S.C.R. 439, at para. 29). Nor is it an invitation to unjustifiably interfere with a trial judge’s credibility assessments. A court of appeal reviewing credibility assessments in order to determine whether the verdict is reasonable cannot interfere with those assessments unless they cannot be supported on any reasonable view of the evidence (*R.P.*, at para. 10; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, at para. 7). The inquiry into the logic or rationality of a judge’s essential findings under *Beaudry* and *Sinclair* is narrowly targeted at “fundamental flaws in the reasoning process” which means that the verdict was not reached judicially or in accordance with the rule of law (*Sinclair*, at paras. 4, 26 and 77). [Emphasis added; paras. 28-30]

See also *Russell v. R.*, 2021 NBCA 19, at para. 41; *Dedam v. R.*, 2022 NBCA 41, [2021] N.B.J. No. 104 (QL), at para. 94.

[18] We reiterate that, for a conviction under s. 279(2) of the *Code*, a trial judge must be satisfied beyond a reasonable doubt, *inter alia*, that “for any significant

time period, a person is coercively restrained or directed contrary to their wishes, so that they cannot move about according to their own inclination and desire” (see *R. v. Sundman*, at para. 21). The evidence in this case reveals that no properly instructed jury could have reasonably decided this threshold was met. The trial judge found that it was “much more rational, logical, and believable that [A.B.] did what she was being directed to do by Mr. Nagle, that is to hide from the police for fear of getting in trouble.” This finding is not consistent with A.B.’s testimony, which the trial judge professed to have accepted. A.B.’s testimony establishes that she voluntarily placed herself behind the refrigerator in the execution of a “plan” to which she had agreed and the purpose of which was to protect Mr. Nagle.

[19] In finding that it was “rational, logical and believable” that A.B. was being “directed” by Mr. Nagle to do what she did, the judge undoubtedly considered the toxic and abusive nature of the relationship between the parties. Trial judges cannot be faulted for assessing evidence in a contextual manner. The judge committed no error in considering the nature of the relationship between the parties but did err by relying on this consideration to the exclusion of the overwhelming evidence establishing that A.B. was a willing participant in the preconceived plan of hiding behind the refrigerator.

[20] It is for these reasons that we agreed with both Mr. Nagle and Crown counsel that the trial judge’s verdict regarding the charge under s. 279(2) of the *Code* was unreasonable, quashed the conviction, and entered an acquittal on this charge.

B. *The conviction for assault causing bodily harm under s. 267(b) of the Code relating to the incident of March 19, 2022*

[21] An assault, as defined in the *Code*, can occur only where, *inter alia*, the accused person intentionally applies force to another person, without that person’s consent (s. 265(1)). In the same context, the word “intentionally” has been interpreted to include recklessness (see *R. v. D.J.W.*, 2011 BCCA 522, [2011] B.C.J. No. 2463 (QL), at para. 70, aff’d on appeal to the Supreme Court of Canada at 2012 SCC 63, [2012] 3 S.C.R. 396, at para. 1). Consequently, an assault may occur where a person recklessly

applies force to another person, without that person's consent. A person engages in recklessness where they are subjectively aware of the risk associated with their actions and act in disregard of that risk (see *Watts v. R.*, 2022 NBCA 34, [2022] N.B.J. No. 160 (QL), at para. 28).

[22] In the context of this appeal, and in relation to the incident of March 19, 2022, the judge could convict Mr. Nagle under s. 267(b) of the *Code* if satisfied that: (1) Mr. Nagle was aware of the risk that slamming the door would result in a non-consensual application of force to A.B.'s body; and (2) Mr. Nagle nevertheless proceeded to slam the door, thereby disregarding the risk of which he was aware.

[23] At trial, all parties, including A.B. herself, gave evidence consistent with the notion that Mr. Nagle did not "intend" to close the door on A.B.'s hand, stating that the slamming of the door appeared to be "accidental," and that Mr. Nagle did not do so "on purpose." In his written submissions, Crown counsel argued that, while this evidence speaks to whether Mr. Nagle purposely slammed the door, it does not speak to whether he recklessly did so. He argued the evidence established that A.B. opened the door in a small and confined space and while in the process of her exit from the premises, Mr. Nagle rushed down the stairs and slammed the door on her hand. He argued the evidence could give rise to a possible inference that Mr. Nagle was subjectively aware that slamming the door could cause an assault upon A.B. yet proceeded to slam the door despite this. He further argued that, while this inference may not be one this Court would have drawn, it was nonetheless an inference which was available for the judge to make.

[24] On appeal, the issue is whether the inference articulated by Crown counsel was one that no properly instructed jury could reasonably have drawn, thus rendering the conviction unreasonable. Mr. Nagle testified he did not see A.B.'s hand on the doorframe and A.B., herself, testified not only that she did not believe Mr. Nagle intended to slam the door on her hand, but also testified that she was unsure he had seen her hand on the doorframe. Based on the whole of the evidentiary record before the judge, we can come to no other conclusion but that an inference that Mr. Nagle was reckless was not one

available for the judge to make and that her conviction of Mr. Nagle under s. 267(b) of the *Code* in relation to the incident of March 19, 2022, was unreasonable.

[25] It is for these reasons that we allowed Mr. Nagle's appeal, quashed the conviction, and entered an acquittal on this charge.

C. *Reversal of the onus of proof*

[26] Mr. Nagle's contention that the judge reversed the onus of proof is grounded in the judge's conclusion, which she articulated as follows:

[...] While Mr. Nagle has offered the Court an alternate version of events, it does not have an air of reality, is not credible, and is not reliable. Therefore, while it remains possible that something other than what was put forward by the Crown occurred on both dates, Mr. Nagle's evidence alone has not convinced me that it is a reasonable possibility, nor has any evidence put forward by Mr. Nagle on his behalf. Therefore, the convictions stand. [...] [Emphasis added; Appeal Book, p. 35]

[27] Crown counsel acknowledged a compelling basis for Mr. Nagle's submission and the problematic nature of the judge's comment, which contradicts the fundamental principle of the presumption of innocence. Crown counsel further acknowledged having struggled in articulating a response to this ground of appeal and urged the Court to read the judge's decision in a functional and contextual manner (see *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] S.C.J. No. 20 (QL), at paras. 5 and 69). While not minimizing the concern with the judge's comment, Crown counsel struggled to accept the notion that the judge truly did not understand the applicable burden of proof in the criminal law context.

[28] The law requires that appellate courts read judgments rendered by trial judges in a functional and contextual manner, while being alive to the notion that trial judges are presumed to know the law with which they work on a daily basis (see *R. v.*

*G.F.*, at para. 74). Crown counsel directed the Court to other portions of her decision that suggest she properly understood the applicable burden of proof.

[29] The tenor of the judge's remarks suggests an element of uncertainty surrounding the sequence of events that transpired between the involved parties. Despite this ambiguity, she proceeded to find Mr. Nagle guilty because he had not raised any reasonable doubt. Such comments could potentially be construed to suggest that the onus was on Mr. Nagle to validate his innocence.

[30] If this interpretation were to hold true, it would signify a deeply troubling misapprehension of a fundamental tenet of Canadian criminal law: the burden of proof lies not with the accused to establish innocence, but with the prosecution to establish guilt. While the comment necessitates more than a mere acknowledgement, having allowed the appeal on other grounds, we will say no more.

D. *Palpable and overriding errors of fact*

[31] Mr. Nagle alleges the judge committed several palpable and overriding errors of fact related to the incidents of March 19 and 20, 2022. Crown counsel concedes the judge made palpable errors of fact but maintains they were not overriding.

[32] For an error to be “palpable,” it must be one that is “obvious, plain to see or clear”; an “overriding” error is one that is “sufficiently significant to vitiate the challenged finding of fact” (see *J.N.C. v. R.*, 2013 NBCA 59, [2013] N.B.J. No. 315 (QL), at par. 15, citing *Waxman v. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.); *Doiron v. R.*, 2020 NBCA 31, [2020] N.B.J. No. 93 (QL), at para. 62). If a palpable error is identified, the Court must then determine whether this error is overriding. If determined not to be overriding, the error will be ascribed little weight in the appellate analysis. Conversely, if determined to be overriding, it will taint the lower court’s decision to a degree such that appellate intervention will be required. A palpable error will be overriding if it goes to the root of the challenged finding of fact such that the trial judge’s conclusion “cannot safely stand on the face of that error” (see *J.N.C. v. R.*, at para. 15, *Doiron v. R.*, at para. 62).

The factual error or misapprehension of evidence will warrant appellate intervention only where it could have affected the outcome (see *R. v. Smith*, 2021 SCC 16, [2021] S.C.J. No. 16 (QL), at para. 2).

[33] It is a settled axiom of appellate review that trial judges' findings of fact and credibility must be shown deference. This is so because trial judges have the benefit of seeing and hearing the witnesses testify at trial (see *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726, at para. 25). Deference will be set aside where a trial judge's findings of fact or credibility are the product of one or more palpable and overriding errors.

[34] As the errors relate to the charges of unlawful confinement and assault causing bodily harm stemming from the March 2022 incidents, and considering we allowed Mr. Nagle's appeal on these charges, set aside those convictions and acquitted him, we will comment no further on the judge's errors in this regard other than to say the judge did, indeed, commit palpable errors in her findings of fact and credibility.

E. *Errors resulting in a miscarriage of justice*

[35] Mr. Nagle alleges the judge committed several procedural and evidentiary errors throughout the trial which gave rise to a miscarriage of justice.

(1) Cross-examination of A.B. on her criminal record

[36] Section 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, reproduced in Appendix "A" hereto, allows counsel to cross-examine a witness on their criminal record. In addition, an accused may adduce evidence of a victim's propensity for violence if it is relevant to a fact in issue, for example, an accused advancing a claim for self-defence.

[37] At trial, during A.B.'s cross-examination, defence counsel tried to question her on her prior criminal history, initially asking about an assault against a police officer. Crown counsel at trial objected, stating that any aspect of A.B.'s criminal

record would be irrelevant save and except offences involving deceit or contempt of court “or something along that line,” Recall Mr. Nagle’s testimony relating to the August 2020 incident that A.B. physically assaulted him after seeing a post on his Facebook page. Defence counsel attempted to explain to the judge the reasons for wanting to adduce evidence of A.B.’s acts of physical violence in the past, and specifically referencing A.B.’s claim that, in August 2020, Mr. Nagle assaulted her for no reason and her denial she had been the one to physically assault him that evening. Notably, the judge cut short defence counsel’s explanation, ruling that A.B.’s prior assault conviction constituted “propensity reasoning” and was irrelevant to the current charges. Defence counsel then limited his questions to a public mischief charge on A.B.’s record, which she did not recall and denied committing. Of note, in her confusion, A.B. did briefly testify about her conviction for assaulting a peace officer but based on the judge’s ruling, she would have precluded herself from relying on or considering A.B.’s answers regarding her conviction.

[38] Crown counsel concedes, and we agree, that the judge erred in curtailing defence counsel’s cross-examination of A.B. In her ruling, not only did the judge ignore the provisions of s. 12 of the *Canada Evidence Act*, but she also ignored and failed to recognize that Mr. Nagle had a right to adduce evidence of A.B.’s propensity for violence in accordance with the legal principles set out in *Regina v. Scopelliti*, [1981] O.J. No. 3157 (QL) (see also *Kitchen v. R.*, 2020 NBCA 69, [2020] N.B.J. No. 247 (QL), at para. 23; *Rossignol v. R.*, 2005 NBCA 11, 280 N.B.R. (2d) 312). The judge’s error was two-fold: (1) defence counsel did not require the judge’s permission to cross-examine A.B. on her criminal record; and (2) the judge failed to recognize that A.B.’s prior violent conduct was relevant to a live issue at trial and thus admissible. The judge’s ruling is even more disturbing considering she was the trial judge in *Kitchen v. R.*, wherein this Court ruled that the refusal to allow defence counsel to cross-examine the victim on his propensity for violence was an error in law.

[39] The curative proviso set out in s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* allows a court of appeal to dismiss an appeal from conviction where “no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.” Crown counsel submitted and emphasized he was not



seeking the application of the curative proviso. Crown counsel concedes, and we agree, that the judge's error is not minor. It interfered with Mr. Nagle's ability to adduce admissible evidence with the potential of supporting and corroborating his defence. The proviso may only be invoked where "the error is harmless or trivial or where the evidence is so overwhelming that a conviction was inevitable" (see *R. v. Samaniego*, 2022 SCC 9, [2022] S.C.J. No. 9 (QL), at para. 65). In this case, the evidence was not overwhelming. Furthermore, the curtailment of defence counsel's cross-examination was neither harmless nor trivial. We are of the view that the judge's error gave rise to a miscarriage of justice, and it is on that basis that we set aside the conviction for assault causing bodily harm alleged to have occurred in August 2020, and ordered a new trial on that charge.

(2) The judge's misunderstanding of hearsay evidence

[40] Mr. Nagle raises the issue of the judge's misunderstanding of hearsay evidence, recognizing that the disposition of his appeal does not turn on this issue.

[41] There were instances at trial where Crown counsel objected to Mr. Nagle's evidence based on hearsay during his direct testimony relating to both the March 2022 and the August 2020 incidents. On one occasion, defence counsel agreed with Crown counsel's objection and the judge simply said she would disregard that piece of evidence relating to the March 2022 incident. There was a similar scenario during Mr. Nagle's direct evidence relating to the August 2020 incident, where defence counsel did not concede the objection. The judge did not rule on hearsay, simply stating that the evidence was not relevant. We have already determined, in our reasons regarding the ground of appeal pertaining to curtailment of Mr. Nagle's cross-examination of A.B. on her criminal record, that the evidence was relevant.

[42] We agree that the disposition of Mr. Nagle's appeal does not turn on this issue; we add, however, that the record before this Court shows the judge misunderstands the concept of hearsay evidence. Hearsay evidence consists of an out-of-court statement tendered for the truth of its contents; it is presumptively inadmissible. The general exclusionary rule is a recognition of the difficulty for a trier of fact to assess what weight, if any, is to be given to a statement made by a person who has not been seen or heard, and

who has not been subject to the test of cross-examination. The defining features of hearsay are: (1) the fact that the statement is adduced to prove the truth of its contents; and (2) the absence of a contemporaneous opportunity to cross-examine the declarant (see *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787).

[43] In one instance, the evidence was not being offered for the truth of its contents but rather for narrative purposes and was neither inadmissible nor irrelevant. In the other instance, the evidence was being proffered at a time where A.B. had already testified. We do not wish to speculate as to why defence counsel did not canvass with A.B., during his cross-examination of her, the reasons why A.B. told police the injury to her hand was an accident, but Mr. Nagle's attempt to testify about how A.B. characterized her hand to police presented itself as a violation of the rule in *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.).

[44] As the disposition of Mr. Nagle's appeal did not turn on this issue, we will add nothing further than to say that there is an obligation on trial judges to scrutinize the admissibility of evidence even without an objection from one of the parties. The discharge of the onerous duty imposed on trial judges to be the gatekeeper of the evidence requires them to have a correct understanding of the rules of evidence.

(3) Improper intervention by the judge

[45] Mr. Nagle submits that the judge improperly intervened by asking questions of him in a way that constituted cross-examination. Crown counsel disagrees with Mr. Nagle's characterization of the judge's intervention.

[46] During an exchange between Mr. Nagle and the judge regarding the March 2022 incident, the judge questioned Mr. Nagle's location vis-à-vis A.B.'s location within or near the door. As Mr. Nagle attempted to answer, the judge interjected and stated, "So, you don't know where you were?" Later, during the same exchange, the judge interrupted Mr. Nagle in his response and stated: "that wasn't the reason why it is you closed the door. The reason—you're changing your answer now, Sir."

[47] This Court, in *Gahan v. R.*, 2014 NBCA 18, 418 N.B.R. (2d) 104, discussed the role of a judge in asking questions of witnesses:

It is an established principle of law that a judge has “not only the right, but also the duty to put questions to a witness in order to clarify an obscure answer or to resolve possible misunderstanding of any question by a witness, even to remedy an omission by counsel, by putting questions which the Judge thinks ought to have been asked in order to bring out or explain relevant matters”: *R. v. Darlyn*, [1946] B.C.J. No. 94 (C.A.) (QL) per Bird J.A., at para. 31, quoted with approval in *R. v. Brouillard* [1985] 1 S.C.R. 39, [1985] S.C.J. No. 3 (QL), at para. 21.

It is also accepted that the nature and extent of a judge’s participation in the examination of a witness is a matter within the judge’s discretion: *ibid.*, *Boucher v. Doiron*, 2000 NBCA 18, 230 N.B.R. (2d) 247, at para. 17, and *Pelletier v. St-Onge*, 2001 NBCA 22, 236 N.B.R. (2d) 128, at para. 9, both per Drapeau J.A. (as he then was). Evidently, the discretion must be exercised judicially as part of the judge’s function to “keep the scales of justice in even balance between the Crown and the accused”: *Darlyn*, at para. 31, and *Brouillard*, at para. 21.

Of course, if a judge, figuratively speaking, steps down from the bench and assumes the role of counsel to the point that a reasonable person would consider that the accused has not had a fair trial, a new trial will have to be ordered even if the verdict is not unreasonable having regard to the evidence and even if the judge has not erred with respect to the law and the facts: *Brouillard, R. v. Palosaari*, 2004 BCCA 595, [2004] B.C.J. No. 2429 (QL), and *R. v. Konelsky*, [1989] A.J. No. 615 (C.A.) (QL). The appearance of fairness is of as fundamental importance as fairness itself. [Emphasis added; paras. 33-35]

[48] While the judge’s questions were incisive, they were not inappropriate considering the entirety of her exchange with Mr. Nagle. One of her questions to him was exploratory in nature and related to the layout of his apartment. While the judge should have been more tactful and less confrontational in her questioning of Mr. Nagle, we are unable to conclude she crossed the line. In our view, an objective review of her

interventions shows she was seeking to clarify Mr. Nagle's evidence rather than to impugn it or discredit him.

(4) Impermissible use of oath helping

[49] At the conclusion of A.B.'s testimony, Crown counsel asked her why she chose to "go through the whole process at this point now," to which A.B. responded, in part, "because I want the truth to be heard" and "I want to recognize that our behaviours weren't right [...]"

[50] In her reasons for decision, the judge specifically recited this question and answer. Counsel for Mr. Nagle argued that the specific reference to this improper questioning in her decision, while deciding A.B.'s credibility, further undermined trial fairness in this case.

[51] While neither the question put to A.B. nor her answer were relevant, there is no indication the judge used this evidence to bolster A.B.'s credibility. We agree that the question should not have been asked, but our review of the record indicates that this issue did not impact the outcome of the trial.

[52] Trial judges play a critical role as gatekeepers of the evidence; it is their responsibility to intervene when obviously improper questions are put to a witness, even absent an objection from opposing counsel.

F. *Conflation of credibility assessments*

[53] As previously stated, Mr. Nagle was charged with four offences set out in two informations. At the outset, the judge asked counsel whether there would be separate trials. Defence counsel advised he had prepared for two trials, and the Crown made no motion for the trials to be joined. The judge then advised counsel that the "administration of justice would certainly dictate" the most efficient hearing of the evidence possible, and that if his only objection was a concern about the facts of the two trials being confused,

based on her five years of experience, she would be able to disabuse herself of “what’s not appropriate for one date for another.”

[54] Mr. Nagle now appeals the judge’s decision to proceed with a single trial, claiming there was a danger the trial judge would use Mr. Nagle’s evidence on one information to undermine his credibility on the other information. He claims this concern did, in fact, materialize as the judge’s reasons for decision demonstrated no clear analysis of his testimony as it related to the alleged offences of March 2022 as compared to the alleged offence of August 2020.

[55] The judge had the discretion to proceed with a joint trial. Crown counsel argues that, where there exists a sufficient legal and factual nexus between the informations, a joint trial is permissible (see *R. v. Sciascia*, 2017 SCC 57, [2017] 2 S.C.R. 539, per Moldaver J., at para. 1). Although the ruling in *Sciascia* applies to the joinder of provincial offences and summary conviction offences under the *Code* (or, presumably, other federal summary conviction offences), the Court was clear that conducting a joint trial was both permissible and desirable where the provincial charges and the summary conviction charges share a sufficient factual nexus and it is in the interests of justice to try them together (see also *R. v. Clunas*, [1992] 1 S.C.R. 595, [1992] S.C.J. No. 17 (QL)).

[56] In *R. v. P.E.C.*, 2005 SCC 19, [2005] 1 S.C.R. 290, the Supreme Court dealt with an appeal on the issue of whether a trial judge erred by failing to deal with the evidence on each count separately when she considered the evidence relating to other counts in assessing the credibility of the appellant in respect of a particular set of counts. Justice Charron, for the Court, wrote:

[...] The verdict on each count of an indictment must, of course, be based on evidence admissible with respect to that count; in assessing the credibility of each witness, including the accused, the trial judge was entitled, however, to consider the totality of the evidence given by that witness. [...] [Emphasis added; para. 1]

See also *R v. M.R.S.*, 2020 ONCA 667, [2020] O.J. No. 4577 (QL), at para. 64; *R. v. J.M.B.*, 2019 MBCA 14, [2019] M.J. No. 31 (QL), at para. 31; *R. v. Nduwayo*, 2008 BCCA 255, [2008] B.C.J. No. 1132 (QL), at para. 10).

[57] Mr. Nagle’s expressed concern that the judge “demonstrated no clear analysis of his testimony as it relates to the alleged offences from March 2022 as compared to August 2020” does not consider that, in assessing Mr. Nagle’s credibility, the judge was entitled to consider the totality of his evidence without the necessity of engaging in a detailed analysis of his testimony as it related to each of the counts.

[58] This ground of appeal, as expressed by Mr. Nagle, is dismissed. The dismissal of this ground does not negate the numerous errors committed by the judge, some of which involve her findings of fact and credibility, that compelled the Court to set aside the convictions as indicated above.

#### G. *Publication ban*

[59] Prior to trial, the judge imposed a publication ban pursuant to s. 486.5 of the *Code*, reproduced in Appendix “A” hereto, prohibiting the publication of any information that could identify the victim, by prompting Crown counsel at trial to request it. Although acknowledging the publication ban had no bearing on his convictions, Mr. Nagle appeals the imposition of the publication ban based on Crown counsel’s failure to provide notice it would be seeking a ban.

[60] The regime under s. 486.5 of the *Code* contemplates specific steps to be taken for a publication ban to be imposed, most notably a written application. Crown counsel acknowledges that there was no compliance with the notice provision but argues that this ground of appeal is irrelevant.

[61] We agree that non-compliance with the notice provision did not prejudice Mr. Nagle’s interests at trial. That said, we take the opportunity to remind trial judges that a publication ban is the exception and not the rule. Parliament has determined that, for

specific offences under the *Code* that are highly personal in nature or for witnesses who present a high degree of vulnerability, a publication ban is appropriate. The open court principle otherwise limits restrictions on publication, and most criminal offences do not attract a publication ban. This ground of appeal is dismissed.

V. Disposition

[62] For the reasons articulated above, at the close of the hearing of Mr. Nagle's appeal, we allowed Mr. Nagle's appeal, set aside the convictions relating to the incidents of March 20, 2022, under ss. 267(b) and 279(2) of the *Code*, and entered acquittals on those charges. The conviction under s. 733.1(1)(a) of the *Code* was undisturbed. In addition, the conviction under s. 267(b) of the *Code*, relating to the incident of August 24, 2020, was set aside and a new trial was ordered.

[63] Anticipating that the release of these reasons might prevent future errors of the type addressed herein, we invoke s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5, and direct that the decision be published first in the English language, and thereafter, at the earliest possible time, in the French language.

LA COUR

I. Aperçu

[1] Il est rare qu'une décision de première instance parvienne à faire douter de la compréhension même des principes fondamentaux du droit criminel. Il est également inhabituel pour la Cour d'annuler une déclaration de culpabilité prononcée par un juge de la Cour provinciale au motif qu'elle est déraisonnable, puisque les juges siégeant à ce tribunal entreprennent régulièrement les tâches cruciales de l'appréciation de la crédibilité, l'évaluation de la preuve et l'application du droit aux faits, en vue d'arriver à un verdict définitif quant aux chefs d'accusation qui leur sont présentés. Étonnamment, la présente affaire réunit de telles circonstances exceptionnelles. Il s'agit d'un appel formé par Robert Lee Nagle.

[2] M. Nagle a été accusé de quatre infractions énoncées dans deux dénonciations. Dans la première, il était accusé d'avoir commis trois infractions prévues au *Code criminel*, qui seraient survenues les 19 et 20 mars 2022 : al. 267b) (infliction de lésions corporelles); par. 279(2) (séquestration illégale); et al. 733.1(1)a) (défaut de se conformer à une ordonnance de probation). Dans la seconde, on lui reprochait d'avoir commis, le 24 août 2020, l'infraction prévue à l'al. 267b) du *Code* (infliction de lésions corporelles). La victime présumée de toutes ces infractions est A.B., une femme avec qui M. Nagle était en union de fait à l'époque. À l'issue du procès, une juge de la Cour provinciale a déclaré M. Nagle coupable de tous les chefs d'accusation et l'a ensuite condamné à douze mois d'incarcération. À l'audience, l'avocat de M. Nagle a informé la Cour que son client admettait la déclaration de culpabilité pour défaut de se conformer à une ordonnance de probation fondée sur l'al. 733.1(1)a) du *Code*.

[3] Dans son appel contre les déclarations de culpabilité, M. Nagle soulève plusieurs moyens. La plupart, mais non la totalité, sont admis. Les nombreuses admissions de l'avocat du ministère public illustrent bien l'exécution de son devoir de servir l'intérêt public en cherchant à faire appliquer la loi et en recherchant la justice



plutôt qu'en cherchant à obtenir des déclarations de culpabilité à tout prix, un devoir dont nous nous attendons que les avocats du ministère public doivent s'acquitter [TRADUCTION] « avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des instances judiciaires » (voir *Boucher c. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, [1954] A.C.S. n° 54 (QL), le juge Rand).

[4] À l'issue de l'audition de l'appel de M. Nagle, nous avons rendu une décision orale accueillant son appel. Les déclarations de culpabilité fondées sur le par. 279(2) et l'al. 267b) du *Code*, relatives aux incidents survenus en mars 2022, ont été annulées et des verdicts d'acquittement ont été inscrits relativement à ces chefs d'accusation. La déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 733.1(1)a) du *Code* a été confirmée. La déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 267b) du *Code* qui se rapporte à l'incident du 24 août 2020 a été annulée et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée relativement à ce chef d'accusation. Nous avons alors indiqué que les motifs de notre décision suivraient. Les voici.

## II. Contexte

[5] À l'époque des incidents décrits ci-dessous, M. Nagle et A.B. étaient conjoints de fait; leur relation a été décrite durant le procès comme [TRADUCTION] « difficile » et [TRADUCTION] « toxique ».

### A. *Les incidents des 19 et 20 mars 2022*

[6] Malgré des contradictions dans les témoignages à certains égards, les faits essentiels sont les suivants. A.B. vivait chez M. Nagle depuis décembre 2021, mais un conflit survenu entre eux le 18 mars 2022 l'a poussée à quitter la résidence, y laissant certains de ses effets personnels. Le lendemain, elle est retournée à la résidence de M. Nagle, en s'organisant pour qu'un ami, R.L., soit présent pour [TRADUCTION] « soutenir » M. Nagle au cas où les [TRADUCTION] « choses » ne se règlent pas ou que le conflit s'aggrave.

[7] Une fois à la résidence, ils se sont disputés et A.B. s'est mise à parler très fort. M. Nagle l'a accusée de certaines choses et elle a décidé de partir, demandant seulement que ses affaires lui soient acheminées là où elle restait. Alors qu'elle était en train de partir, M. Nagle a cru qu'elle avait ses clés à lui et d'autres articles lui appartenant et il l'a suivie en bas des escaliers pour les récupérer. Pendant qu'A.B. s'en allait, M. Nagle a claqué la porte alors que la main d'A.B. était sur le cadre de porte. Quand M. Nagle a constaté que la main d'A.B. avait été coincée, il a couru à l'étage pour chercher un sac réfrigérant.

[8] M. Nagle a témoigné qu'il n'avait pas vu la main d'A.B. sur le cadre de porte et qu'il avait claqué la porte parce qu'A.B. parlait fort et qu'il ne voulait pas que ses cris dérangent ses locataires et voisins. R.L. aussi a témoigné qu'A.B. faisait beaucoup de bruit et que M. Nagle avait fermé la porte parce qu'il voulait éviter que les voisins se fâchent. A.B. nie avoir été bruyante ou avoir haussé la voix. Dans son témoignage, elle a laissé entendre que M. Nagle avait claqué la porte pour qu'elle reste à l'intérieur de la maison. A.B. a aussi indiqué qu'elle ne croyait pas que M. Nagle avait voulu lui claquer la porte sur la main et qu'il était même possible qu'il n'ait pas vu sa main sur le cadre de la porte, ce qui revêt une importance capitale relativement à l'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. Deux autres témoins ont dit avoir entendu des personnes se disputer et élever la voix cette nuit-là, précisant que la voix la plus forte était une voix féminine.

[9] A.B. a fini par quitter la résidence de M. Nagle ce soir-là, mais elle y est retournée très tôt le matin du 20 mars 2022. La porte était verrouillée, et elle a frappé jusqu'à ce qu'on la laisse entrer. Peu de temps après, la police s'est présentée à la porte de M. Nagle. Celui-ci a alors dit à A.B. de [TRADUCTION] « se souvenir du plan » et de se cacher derrière le réfrigérateur. A.B. a elle-même décrit le [TRADUCTION] « plan », qui avait été conçu par M. Nagle quelque temps auparavant et qu'elle avait accepté, afin d'éviter que la police les voie ensemble. M. Nagle a reconnu qu'ils avaient prévu de cacher A.B. si la police se présentait chez lui, en raison des mandats d'arrestation décernés contre elle et de l'ordonnance de non-communication qui visait M. Nagle. C'est pourquoi M. Nagle a tiré le réfrigérateur, qu'A.B. est allée se placer derrière et qu'elle l'a

remis en place pendant que M. Nagle allait ouvrir la porte. A.B. a expliqué qu'elle s'était cachée derrière le réfrigérateur dans le but d'éviter à M. Nagle d'avoir des ennuis et dans l'espoir que le [TRADUCTION] « plan » fonctionnerait et qu'ils pourraient arriver à régler leurs problèmes. Elle a affirmé qu'elle avait consenti au [TRADUCTION] « plan » parce qu'elle l'aimait, voulait qu'il soit heureux et ne voulait pas qu'il ait plus d'ennuis.

[10] La police a trouvé A.B. derrière le réfrigérateur et l'a amenée au poste de police. Quand la police a remarqué que sa main était blessée, elle l'a conduite à l'hôpital, où des fractures ont été constatées à deux de ses doigts.

B. *L'incident du 24 août 2020*

[11] A.B. a également témoigné au sujet d'un incident qui serait survenu le 24 août 2020, alors qu'elle et M. Nagle se disputaient en rentrant à la résidence de ce dernier. A.B. a affirmé qu'elle parlait fort, un point délicat pour M. Nagle en raison de ses locataires, et qu'il l'avait poussée contre l'escalier d'en arrière. Selon A.B., M. Nagle l'a retenue en la serrant fermement et en couvrant sa bouche; elle a dit qu'elle avait entendu un bruit sec dans son épaule à ce moment. Une fois calmée, A.B. a monté les escaliers en courant jusqu'à la porte avant et s'est enfuie. A.B. a reconnu qu'elle avait consommé de la métamphétamine et de la vodka ce jour-là et que M. Nagle était en état d'ébriété après avoir consommé de la bière. Elle a dit qu'elle se souvenait des événements, car c'était l'anniversaire de M. Nagle. A.B. s'est rendue à l'hôpital le lendemain. Selon son témoignage, elle y aurait inventé une histoire pour expliquer ce qui lui était arrivé. En contre-interrogatoire, A.B. a reconnu que, entre le 24 août 2020 et le 20 mars 2022, elle avait fait des déclarations de type *K.G.B.* à la police concernant d'autres agressions, sans jamais faire mention de cet incident.

[12] M. Nagle a témoigné qu'il n'était pas avec A.B. le jour de son anniversaire, mais qu'il avait passé la soirée de la veille en sa compagnie. Il a témoigné au sujet d'une empoignade avec A.B. qui lui aurait laissé une cicatrice derrière l'oreille droite. Selon M. Nagle, alors qu'il se trouvait à un endroit avec d'autres personnes, il a entendu A.B. hurler. Elle s'est alors dirigée vers lui et l'a frappé, égratigné et griffé.

Alors qu'il tentait de la retenir, A.B. a réussi à libérer une de ses mains et à le griffer à l'arrière du cou, ce qui lui a laissé une cicatrice derrière l'oreille droite. Durant cette empoignade, ils ont trébuché et sont tombés, et ce serait à l'occasion de cette chute qu'elle se serait blessée à l'épaule. Il aurait ensuite découvert qu'A.B. avait vu sur sa page Facebook à lui un message provenant d'une femme avec qui il était déjà sorti. M. Nagle a également expliqué que, alors qu'il rentrait chez lui à pied après l'empoignade, à un coin de rue, elle est soudainement revenue en courant vers l'endroit qu'ils venaient de quitter en hurlant [TRADUCTION] « viol ». À ce moment, l'avocat du ministère public s'est opposé au témoignage de M. Nagle au motif qu'il constituait du ouï-dire, et la Cour a jugé que ce témoignage n'était pas pertinent.

C. *Les déclarations de culpabilité et les peines infligées*

[13] Dans sa décision, la juge a déclaré M. Nagle coupable relativement aux quatre chefs d'accusation. Il s'est vu infliger une peine de 12 mois d'incarcération, moins 270 jours pour la période passée en détention provisoire à compter du 20 mars 2022. L'avocat nous a informés que M. Nagle avait purgé sa peine.

III. Moyens d'appel

[14] M. Nagle soulève plusieurs moyens d'appel, dont la plupart, mais non la totalité, sont admis par l'avocat du ministère public. Voici ces moyens :

A. La déclaration de culpabilité fondée sur le par. 279(2) du *Code* était-elle déraisonnable, compte tenu du dossier de preuve dont disposait la juge?

B. La déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 267b) du *Code*, relativement à l'incident du 19 mars 2022, était-elle déraisonnable, compte tenu du dossier de preuve dont disposait la juge?

C. La juge a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que, en l'absence de preuve disculpatoire, il lui fallait déclarer l'accusé coupable, renversant ainsi le fardeau de la preuve?

D. La juge a-t-elle mal interprété la preuve à un degré tel que des erreurs judiciaires en ont découlé, plus précisément en concluant que :

- i. M. Nagle avait omis de fournir une explication pour avoir fermé la porte, alors qu'il avait fourni une explication claire;
- ii. R.L. manquait de crédibilité, mais en utilisant ensuite son témoignage pour miner la crédibilité de M. Nagle?

E. La juge a-t-elle commis des erreurs de droit entraînant un déni de justice, notamment :

- i. en limitant le contre-interrogatoire d'A.B. portant sur ses antécédents criminels;
- ii. en interrogeant M. Nagle d'une manière constituant une intervention inappropriée, ce qui a compromis l'équité du procès;
- iii. en limitant le témoignage de M. Nagle portant sur les déclarations [TRADUCTION] « relatées » faites par A.B., en dépit du fait qu'A.B. avait déjà témoigné;
- iv. en s'appuyant, dans son appréciation de la crédibilité d'A.B., sur des réponses à des questions inappropriées relevant du [TRADUCTION] « témoignage justificatif » posées par l'avocat du ministère public?

- F. La juge a-t-elle commis une erreur de droit en utilisant sa conclusion voulant que le témoignage de M. Nagle au sujet des incidents de mars 2022 manquait de crédibilité pour appuyer sa conclusion voulant que son témoignage en lien avec l'accusation relative à l'incident d'août 2020 manquait aussi de crédibilité?
- G. La juge a-t-elle commis une erreur en prononçant une interdiction de publication contraire au droit?

IV. Analyse

[15] La juge a commis plusieurs erreurs de droit. L'avocat de M. Nagle et celui du ministère public s'entendent sur certaines de ces erreurs, mais pas toutes. Certaines des erreurs commises par la juge, mais pas toutes, ont eu une incidence sur l'issue du procès de M. Nagle. Même lorsque les parties s'entendent, la Cour doit être convaincue que la position conjointe qu'elles avancent est correcte sur le plan juridique. En l'espèce, le nombre considérable d'erreurs commises par la juge du procès oblige la Cour, qui est consciente du rôle de surveillance qui lui incombe, à commenter les plus flagrantes de ces erreurs, qu'elles aient ou non eu une incidence sur l'issue du procès de M. Nagle.

A. *La déclaration de culpabilité de séquestration illégale fondée sur le par. 279(2) du Code*

[16] La Cour suprême s'est penchée récemment sur les éléments essentiels devant être démontrés pour établir l'infraction de séquestration illégale prévue au par. 279(2) du *Code*, dans l'arrêt *R. c. Sundman*, 2022 CSC 31, [2022] A.C.S. n° 31 (QL). Pour obtenir une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 279(2), le ministère public doit prouver, notamment, que « pendant un laps de temps assez long, une personne est soumise à la coercition ou forcée d'agir contre sa volonté, de telle sorte qu'elle n'est pas libre de ses mouvements » (par. 21). Le dossier de preuve qui a été présenté à la juge révèle qu'A.B. avait consenti volontairement à aller derrière le réfrigérateur et à s'y cacher, conformément au [TRADUCTION] « plan » qu'elle avait accepté. La juge a

déclaré M. Nagle coupable de l'infraction prévue au par. 279(2) en dépit de cette preuve. M. Nagle soutient que la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 279(2) du *Code* est déraisonnable. L'avocat du ministère public souscrit à sa prétention. Nous sommes d'accord.

[17] Dans l'arrêt *R. c. C.P.*, 2021 CSC 19, [2021] A.C.S. n° 19 (QL), la Cour suprême a réitéré la norme applicable en appel pour conclure qu'un verdict déraisonnable a été rendu par un juge siégeant seul ayant déclaré l'accusé coupable. Un tribunal d'appel peut arriver à une conclusion de verdict déraisonnable de deux façons :

Lorsqu'un verdict est rendu par un juge siégeant seul et expliqué dans les motifs de jugement, il y a deux fondements sur lesquels une cour d'appel peut conclure que le verdict est déraisonnable. Premièrement, un verdict est déraisonnable s'il n'est pas l'un de ceux qu'un « jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre » (*R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 36, citant *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 185). Dans l'arrêt *Biniaris*, la juge Arbour a précisé que cette norme, bien qu'elle soit énoncée en fonction d'un verdict rendu par un jury, s'applique également aux décisions d'un juge siégeant sans jury. Toutefois, elle a expliqué que l'examen en appel du caractère déraisonnable est « un peu plus facile lorsque le jugement contesté est celui d'un juge seul », puisque les juges donnent des motifs dans lesquels

le tribunal d'appel qui procède à l'examen est parfois en mesure de déceler une lacune dans l'évaluation de la preuve ou dans l'analyse, qui servira à expliquer la conclusion déraisonnable qui a été tirée, et à justifier l'annulation. [par. 37]

Les commentaires de la juge Arbour dans *Biniaris* ont mené à l'adoption, dans *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190, et dans *R. c. Sinclair*, [2011] 3 R.C.S. 3, à une deuxième voie d'examen, quelque peu élargie, du caractère déraisonnable. Le verdict d'un juge peut être déraisonnable, même s'il est étayé par la preuve, si le juge y arrive « d'une façon illogique ou irrationnelle » (*Beaudry*, par. 96-97, le juge Fish (dissident quant au résultat); *Sinclair*, par. 4 et 15-17, le juge Fish (dissident quant au résultat), et par. 44, le juge LeBel). Cela peut se produire si le juge du procès

tire une inférence ou une conclusion de fait essentielle au verdict qui est clairement contredite par la preuve qu'il invoque à l'appui de cette inférence ou conclusion, ou dont on peut démontrer qu'elle est incompatible avec une preuve qui n'est ni contredite par d'autres éléments de preuve ni rejetée par le juge du procès (*Sinclair*, par. 4, 16 et 19-21; *R. c. R.P.*, [2012] 1 R.C.S. 746, par. 9).

L'analyse des conclusions ou inférences illogiques ou irrationnelles en application des arrêts *Beaudry* et *Sinclair* ne saurait permettre aux juges siégeant en révision de substituer leurs propres conclusions de fait à celles du juge du procès (*Beaudry*, par. 98). Comme l'a fait observer le juge MacPherson à la Cour d'appel, le « fait qu'un juge d'une cour d'appel aurait eu un doute que le juge du procès n'a pas eu est insuffisant pour justifier la conclusion que le jugement de première instance était déraisonnable » (par. 67, citant *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439, par. 29). Elle ne permet pas non plus de modifier de manière injustifiée les appréciations de la crédibilité par le juge du procès. Une cour d'appel qui contrôle les appréciations de la crédibilité pour déterminer si le verdict est raisonnable ne peut écarter ces appréciations que si elles ne peuvent pas s'appuyer sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve (*R.P.*, par. 10; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, par. 7). L'analyse de la logique ou de la rationalité des conclusions essentielles d'un juge en application des arrêts *Beaudry* et *Sinclair* cible étroitement les « vices fondamentaux du raisonnement », ce qui veut dire que le verdict n'a pas été rendu de manière judiciaire ou conformément au principe de légalité (*Sinclair*, par. 4, 26 et 77). [Soulignement ajouté; par. 28 à 30]

Voir aussi *Russell c. R.*, 2021 NBCA 19, par. 41; *Dedam c. R.*, 2022 NBCA 41, [2021] A.N.-B. n° 104 (QL), par. 94.

[18] Rappelons que, pour prononcer une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 279(2) du *Code*, le juge du procès doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que, notamment, « pendant un laps de temps assez long, une personne est soumise à la coercition ou forcée d'agir contre sa volonté, de telle sorte qu'elle n'est pas libre de ses mouvements » (voir *R. c. Sundman*, par. 21). La preuve en l'espèce révèle qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu conclure raisonnablement



que ce critère était satisfait. La juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « la thèse selon laquelle [A.B.] a fait ce que M. Nagle lui ordonnait de faire, soit de se cacher de la police parce qu'il craignait d'avoir des ennuis, est beaucoup plus rationnelle, logique et vraisemblable ». Cette conclusion ne concorde pas avec le témoignage d'A.B., que la juge du procès a pourtant déclaré avoir retenu. Le témoignage d'A.B. établit qu'elle s'est installée volontairement derrière le réfrigérateur dans le but de mettre à exécution un [TRADUCTION] « plan » qu'elle avait accepté et qui visait à protéger M. Nagle.

[19] En concluant que la thèse selon laquelle M. Nagle a [TRADUCTION] « ordonné » à A.B. d'agir comme elle l'a fait était [TRADUCTION] « beaucoup plus rationnelle, logique et vraisemblable », la juge a sans doute pris en compte la nature toxique et violente de la relation entre les parties. On ne peut reprocher aux juges de première instance d'apprécier la preuve dans son contexte. La juge n'a pas commis d'erreur en prenant en compte la nature de la relation entre les parties, mais elle en a commis une en se fiant à cette considération à l'exclusion de la preuve accablante établissant qu'A.B. avait participé volontairement au plan conçu préalablement consistant à se cacher derrière le réfrigérateur.

[20] C'est pour ces raisons que nous avons dit partager l'avis de M. Nagle et de l'avocat du ministère public selon lequel le verdict de la juge du procès portant sur l'accusation fondée sur le par. 279(2) du *Code* était déraisonnable, et que nous avons annulé la déclaration de culpabilité et inscrit un acquittement relativement à ce chef d'accusation.

B. *La déclaration de culpabilité pour voies de fait causant des lésions corporelles fondée sur l'al. 267b) du Code se rapportant à l'incident survenu le 19 mars 2022*

[21] Il ne peut y avoir de voies de fait, au sens de ce terme défini par le *Code*, que lorsque, notamment, la personne accusée emploie la force d'une manière intentionnelle contre une autre personne, sans le consentement de cette dernière (par. 265(1)). Dans un contexte semblable, le mot « intentionnellement » a été interprété de façon à inclure l'insouciance (voir *R. c. D.J.W.*, 2011 BCCA 522, [2011] B.C.J. No. 2463

(QL), par. 70, conf. en appel à la Cour suprême à 2012 CSC 63, [2012] 3 R.C.S. 396, par. 1). Par conséquent, il peut y avoir des voies de fait quand une personne emploie la force de manière insouciant contre une autre personne sans le consentement de cette dernière. Une personne agit de façon insouciant lorsqu'elle voit subjectivement le risque que posent ses gestes et continue à agir sans en tenir compte (voir *Watts c. R.*, 2022 NBCA 34, [2022] A.N.-B. n° 160 (QL), par. 28).

[22] Dans le contexte du présent appel, et relativement à l'incident du 19 mars 2022, la juge pouvait déclarer M. Nagle coupable de l'infraction prévue à l'al. 267b) du *Code* si elle était convaincue des éléments suivants : (1) M. Nagle était conscient du risque que, en claquant la porte, il emploie la force de façon non consensuelle à l'encontre d'A.B.; et (2) M. Nagle a quand même claqué la porte, faisant ainsi preuve d'insouciance à l'égard du risque dont il était conscient.

[23] Au procès, la preuve présentée par toutes les parties, y compris le témoignage d'A.B., concordait avec la thèse selon laquelle M. Nagle n'avait pas [TRADUCTION] « eu l'intention » de fermer la porte sur la main d'A.B., et cette dernière a affirmé que cela avait semblé [TRADUCTION] « accidentel » et que M. Nagle ne l'avait pas fait [TRADUCTION] « par exprès ». Dans son mémoire, l'avocat du ministère public fait valoir que, bien que ce témoignage traite de la question de savoir si M. Nagle avait claqué la porte intentionnellement, il ne traite pas de la question de savoir s'il l'avait fait de façon insouciant. L'avocat du ministère public soutient que la preuve a établi qu'A.B. avait ouvert la porte dans un petit espace restreint et que, alors qu'elle était en train de quitter les lieux, M. Nagle avait dévalé les escaliers et claqué la porte sur sa main. Il fait valoir que la preuve pourrait permettre d'inférer que M. Nagle était subjectivement conscient que le fait de claquer la porte risquait de causer des voies de fait à A.B., mais qu'il a décidé tout de même de claquer la porte, en dépit de ce risque. Il affirme en outre que, s'il ne s'agit peut-être pas d'une inférence que notre Cour aurait tirée, il s'agit néanmoins d'une inférence qu'il était loisible à la juge de tirer.

[24] En appel, la question consiste à déterminer si l'inférence énoncée par l'avocat du ministère public est une inférence qu'aucun jury ayant reçu des directives

appropriées n'aurait pu raisonnablement tirer, ce qui rendrait la déclaration de culpabilité déraisonnable. M. Nagle a témoigné qu'il n'avait pas vu la main d'A.B. sur le cadre de porte et A.B. a elle-même témoigné que non seulement elle ne croyait pas que M. Nagle avait eu l'intention de lui claquer la porte sur la main, mais qu'elle n'était pas certaine non plus qu'il avait vu sa main sur le cadre de porte. Compte tenu de l'ensemble du dossier de preuve dont disposait la juge, la seule conclusion que nous pouvons tirer est qu'il n'était pas loisible à la juge d'inférer que M. Nagle avait fait preuve d'insouciance et que la déclaration de culpabilité contre M. Nagle fondée sur l'al. 267b) du *Code* en lien avec l'incident du 19 mars 2022 était déraisonnable.

[25] C'est pour ces raisons que nous avons accueilli l'appel de M. Nagle, annulé la déclaration de culpabilité et inscrit un acquittement relativement à ce chef d'accusation.

*C. Renversement du fardeau de la preuve*

[26] La prétention de M. Nagle selon laquelle la juge a inversé le fardeau de la preuve s'appuie sur une conclusion de la juge qu'elle a formulée ainsi :

[TRADUCTION]

[...] Bien que M. Nagle ait présenté à la Cour un autre récit des événements, celui-ci n'est ni vraisemblable, ni crédible, ni fiable. Par conséquent, bien qu'il demeure possible que les événements se soient déroulés, aux deux dates, différemment de ce qui a été présenté par le ministère public, ni le témoignage de M. Nagle pris isolément ni aucun élément de preuve présenté par M. Nagle pour son compte ne m'a pas convaincue qu'il s'agissait d'une possibilité raisonnable. Je dois donc prononcer des déclarations de culpabilité. [...] [Soulignement ajouté; cahier d'appel, p. 35]

[27] L'avocat du ministère public trouve convaincant l'argument de M. Nagle et reconnaît le caractère problématique des observations de la juge, qui vont à l'encontre du principe fondamental de la présomption d'innocence. Il reconnaît en outre avoir eu de la difficulté à élaborer une réponse à ce moyen d'appel et prie la Cour de donner à la

décision de la juge une interprétation fonctionnelle et contextuelle (voir *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] A.C.S. n° 20 (QL), par. 5 et 69). Sans minimiser les craintes quant aux observations de la juge, l'avocat du ministère public peine à accepter la thèse selon laquelle la juge ne comprenait réellement pas le fardeau de la preuve applicable en droit criminel.

[28] Le droit exige des tribunaux d'appel qu'ils interprètent les jugements rendus par les juges de première instance de manière fonctionnelle et contextuelle, tout en gardant à l'esprit la notion voulant que les juges de première instance sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours (voir *R. c. G.F.*, par. 74). L'avocat du ministère public attire l'attention de la Cour sur d'autres parties de la décision qui laissent entendre que la juge comprenait bien le fardeau de la preuve applicable.

[29] La teneur des observations de la juge indique une certaine incertitude quant à l'ordre des événements survenus entre les parties. Malgré cette ambiguïté, elle a conclu que M. Nagle était coupable, car il n'avait soulevé aucun doute raisonnable. Ces observations pourraient être interprétées comme signifiant qu'il incombait à M. Nagle d'établir son innocence.

[30] Si cette interprétation s'avérait exacte, elle représenterait une méprise profondément troublante quant à un principe fondamental du droit criminel canadien : s'agissant du fardeau de la preuve, il n'incombe pas à l'accusé d'établir son innocence, mais à la poursuite d'établir la culpabilité de l'accusé. Bien que la remarque exige davantage qu'une simple reconnaissance, comme nous avons accueilli l'appel pour d'autres motifs, nous ne nous y attarderons pas davantage.

#### D. *Erreurs de fait manifestes et dominantes*

[31] M. Nagle fait valoir que la juge a commis plusieurs erreurs de fait manifestes et dominantes relativement aux incidents des 19 et 20 mars 2022. L'avocat du ministère public admet que la juge a commis des erreurs de fait manifestes, mais soutient que celles-ci n'étaient pas dominantes.

[32] Pour qu'une erreur soit [TRADUCTION] « manifeste », elle doit être [TRADUCTION] « tout à fait évidente »; une erreur [TRADUCTION] « dominante » est une erreur qui est [TRADUCTION] « suffisamment importante pour vicier la conclusion de fait contestée » (voir *J.N.C. c. R.*, 2013 NBCA 59, [2013] A.N.-B. n° 315 (QL), par. 15, citant *Waxman c. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.); *Doiron c. R.*, 2020 NBCA 31, [2020] A.N.-B. n° 93 (QL), par. 62). Si une erreur manifeste est relevée, la Cour doit ensuite déterminer s'il s'agit d'une erreur dominante. S'il ne s'agit pas d'une erreur dominante, elle ne se verra accorder que peu de poids dans l'analyse effectuée en appel. À l'inverse, si la Cour juge qu'il s'agit d'une erreur dominante, cette conclusion entachera la décision de la juridiction inférieure à un point tel que l'intervention de la Cour d'appel sera nécessaire. Une erreur manifeste sera dominante si elle compromet irrémédiablement la conclusion de fait contestée, à tel point que le fait [TRADUCTION] « ne saurait être confirmé étant donné cette erreur » (voir *J.N.C. c. R.*, par. 15, *R. c. Doiron*, par. 62). L'erreur de fait ou la mauvaise interprétation de la preuve ne justifiera une intervention en appel que si elle est susceptible d'avoir influé sur l'issue de l'affaire (voir *R. c. Smith*, 2021 CSC 16, [2021] A.C.S. n° 16 (QL), par. 2).

[33] Selon un principe bien établi du contrôle en appel, il convient de faire montre de déférence envers les juges de première instance pour ce qui est des conclusions de fait et de crédibilité. Il en est ainsi parce que ces juges ont l'avantage de voir et d'entendre les témoins au procès (voir *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 25). Cette déférence n'aura plus lieu d'être si les conclusions du juge du procès par rapport aux faits ou à la crédibilité sont le résultat d'une ou de plusieurs erreurs manifestes et dominantes.

[34] Comme les erreurs portent sur les déclarations de culpabilité de séquestration illégale et de voies de fait causant des lésions corporelles découlant des incidents de mars 2022, et puisque nous avons accueilli l'appel de M. Nagle à l'égard de ces infractions, annulé ces déclarations de culpabilité et acquitté M. Nagle, nous ne nous attarderons pas davantage aux erreurs de la juge à cet égard, sauf pour confirmer qu'elle a bel et bien commis des erreurs manifestes dans ses conclusions relatives aux faits et à la crédibilité.

E. *Erreurs entraînant un déni de justice*

[35] M. Nagle fait valoir que, tout au long du procès, la juge a commis plusieurs erreurs relatives à la procédure et à la preuve qui ont entraîné un déni de justice.

(1) Le contre-interrogatoire d'A.B. portant sur son casier judiciaire

[36] L'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, reproduit à l'annexe A ci-jointe, permet à l'avocat de contre-interroger un témoin sur ses condamnations antérieures. En outre, un accusé peut faire la preuve de la propension d'une victime à la violence si cela est pertinent à l'égard d'un fait litigieux, par exemple si l'accusé invoque la légitime défense.

[37] Au procès, pendant le contre-interrogatoire d'A.B., l'avocat de la défense a voulu l'interroger sur ses antécédents criminels, en lui posant d'abord une question au sujet de voies de fait à l'endroit d'un agent de police. L'avocat du ministère public au procès a formulé une objection, déclarant que tout aspect du casier judiciaire d'A.B. ne revêtirait aucune pertinence, sauf en ce qui concerne les infractions comportant un élément de supercherie ou d'outrage au tribunal [TRADUCTION] « ou autre chose du genre ». Rappelons le témoignage de M. Nagle au sujet de l'incident d'août 2020 selon lequel A.B. l'avait agressé physiquement après avoir vu une publication sur sa page Facebook. L'avocat de la défense a tenté d'expliquer à la juge les raisons pour lesquelles il souhaitait faire la preuve des actes de violence physique commis par A.B. dans le passé, mentionnant précisément l'affirmation d'A.B. selon laquelle M. Nagle avait commis des voies de fait à son endroit sans raison en août 2020 et le fait qu'elle nie que ce fût elle qui avait commis des voies de fait à l'endroit de M. Nagle ce soir-là. Singulièrement, la juge a écourté l'explication de l'avocat de la défense et conclu que la déclaration de culpabilité antérieure d'A.B. pour voies de fait relevait du [TRADUCTION] « raisonnement fondé sur la propension » et n'était pas pertinente relativement aux chefs d'accusation en cause. L'avocat de la défense a donc limité ses questions à l'accusation de méfait public se trouvant au casier d'A.B., dont elle ne se souvenait pas et qu'elle a nié avoir commis. Signalons que, dans sa confusion, A.B. a

brèvement témoigné au sujet de sa déclaration de culpabilité de voies de fait contre un agent de la paix, mais la décision de la juge l'aurait empêchée de tenir compte des réponses d'A.B. au sujet de cette déclaration de culpabilité ou de s'appuyer sur celles-ci.

[38] L'avocat du ministère public admet – et nous sommes du même avis – que la juge a commis une erreur en restreignant le contre-interrogatoire d'A.B. mené par l'avocat de la défense. Dans sa décision, non seulement la juge n'a pas tenu compte de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, mais elle n'a pas non plus pris en compte le fait que M. Nagle avait le droit de présenter la preuve de la propension d'A.B. à la violence, et a omis de le reconnaître, selon les principes de droit exposés dans la décision *Regina c. Scopelliti*, [1981] O.J. No. 3157 (QL) (voir aussi *Kitchen c. R.*, 2020 NBCA 69, [2020] A.N.-B. n° 247 (QL), par. 23; *Rossignol c. R.*, 2005 NBCA 11, 280 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 312). L'erreur commise par la juge comporte deux volets : (1) l'avocat de la défense n'avait pas à obtenir la permission de la juge pour contre-interroger A.B. sur son casier judiciaire; (2) la juge a omis de reconnaître que le comportement violent antérieur d'A.B. était pertinent quant à une question en litige au procès, et donc admissible. La décision de la juge est encore plus préoccupante si l'on considère qu'elle était la juge du procès dans l'affaire *Kitchen c. R.*, dans laquelle notre Cour a conclu qu'il s'agissait d'une erreur de droit de ne pas permettre à l'avocat de la défense de contre-interroger la victime sur sa propension à la violence.

[39] La disposition réparatrice énoncée au ss-al. 686(1)b(iii) du *Code* permet à un tribunal d'appel de rejeter l'appel d'une déclaration de culpabilité lorsqu'« aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit ». L'avocat du ministère public soutient et souligne qu'il ne demande pas l'application de la disposition réparatrice. Il admet plutôt, et nous en convenons, que l'erreur de la juge n'est pas mineure. Elle a empêché M. Nagle de présenter une preuve admissible qui était susceptible d'appuyer et de corroborer sa défense. La disposition réparatrice ne peut être invoquée que lorsque « l'erreur est inoffensive ou négligeable ou lorsque la preuve est à ce point accablante qu'une déclaration de culpabilité était inévitable » (voir *R. c. Samaniego*, 2022 CSC 9, [2022] A.C.S. n° 9 (QL), par. 65). En l'espèce, la preuve n'était pas accablante. De plus, la restriction au contre-interrogatoire de l'avocat de la défense n'était ni inoffensive ni

négligeable. Nous sommes d'avis que l'erreur de la juge a donné lieu à un déni de justice, et c'est sur ce fondement que nous annulons la déclaration de culpabilité pour voies de fait causant des lésions corporelles qui seraient survenues en août 2020 et ordonnons la tenue d'un nouveau procès relativement à ce chef d'accusation.

(2) La compréhension erronée par la juge de la preuve par oui-dire

[40] M. Nagle soulève la question de la compréhension erronée par la juge de la preuve par oui-dire, tout en reconnaissant que cette question n'a pas vraiment d'incidence sur l'issue de son appel.

[41] À diverses occasions au cours du procès, l'avocat du ministère public s'est opposé au témoignage de M. Nagle au motif qu'il constituait du oui-dire, notamment au cours de son interrogatoire principal sur les incidents de mars 2022 et d'août 2020. À une occasion, l'avocat de la défense a souscrit à l'objection soulevée par l'avocat du ministère public et la juge a simplement dit qu'elle ne tiendrait pas compte de cet élément de preuve au sujet de l'incident de mars 2022. Un scénario semblable s'est déroulé durant l'interrogatoire principal de M. Nagle sur l'incident d'août 2020, mais l'avocat de la défense n'a pas concédé l'objection. La juge n'a pas statué sur la question du oui-dire, mais a simplement déclaré que la preuve n'était pas pertinente. Nous avons déjà décidé, dans nos motifs sur le moyen d'appel afférent à la restriction du contre-interrogatoire d'A.B. par M. Nagle portant sur son casier judiciaire, que la preuve était pertinente.

[42] Nous convenons que cette question n'a pas vraiment d'incidence sur l'issue de l'appel de M. Nagle; nous ajoutons toutefois que le dossier dont dispose la Cour révèle que la juge comprend mal le concept de preuve par oui-dire. La preuve par oui-dire consiste en une déclaration extrajudiciaire présentée pour établir la véracité de son contenu; elle est présumée inadmissible. La règle d'exclusion générale reconnaît la difficulté pour le juge des faits d'apprécier le poids à donner, s'il y a lieu, à la déclaration d'une personne qui n'a été ni vue ni entendue et qui n'a pas eu à subir un contre-interrogatoire. Les caractéristiques déterminantes du oui-dire sont : (1) le fait que la déclaration soit présentée pour établir la véracité de son contenu; et (2) l'impossibilité de



contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration (voir *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787).

[43] Dans un cas, la preuve n'était pas présentée pour établir la véracité de son contenu, mais plutôt pour faire un compte-rendu de la situation, et elle n'était ni inadmissible ni non pertinente. Dans l'autre cas, la preuve était présentée à un moment où A.B. avait déjà témoigné. Nous ne voulons pas spéculer sur les raisons pour lesquelles l'avocat de la défense n'a pas demandé à A.B., lors du contre-interrogatoire de cette dernière, pourquoi elle avait dit à la police que sa blessure à la main découlait d'un accident, mais la tentative de M. Nagle de témoigner sur la façon dont A.B. avait présenté sa main à la police constituait une violation de la règle énoncée dans *Browne c. Dunn* (1893), 6 R. 67 (Ch. des Lords).

[44] Comme cette question n'a pas vraiment d'incidence sur l'issue de l'appel de M. Nagle, nous nous contenterons de dire que les juges de première instance ont l'obligation d'examiner minutieusement l'admissibilité de la preuve, et ce même si aucune partie ne formule d'objection à cet égard. Pour pouvoir s'acquitter de la lourde tâche qui lui incombe d'agir comme gardien de la preuve, le juge de première instance doit bien comprendre les règles de preuve.

(3) Intervention inappropriée de la juge

[45] M. Nagle fait valoir que la juge est intervenue de façon inappropriée en l'interrogeant comme si elle procédait à un contre-interrogatoire. L'avocat du ministère public ne souscrit pas à la description que fait M. Nagle de l'intervention de la juge.

[46] Au cours d'un échange entre M. Nagle et la juge au sujet de l'incident de mars 2022, la juge a posé des questions sur l'endroit où se trouvait M. Nagle par rapport à celui où se trouvait A.B. dans la porte ou près de celle-ci. Alors que M. Nagle essayait de répondre à la question, la juge l'a interrompu et a déclaré : [TRADUCTION] « Donc, vous ne savez pas où vous étiez? » Plus tard au cours du même échange, la juge a interrompu M. Nagle alors qu'il donnait une réponse et a déclaré : [TRADUCTION] « [C]e n'est pas

la raison pour laquelle vous avez fermé la porte. La raison – vous êtes en train de modifier votre témoignage maintenant, monsieur. »

[47] Notre Cour, dans l'arrêt *Gahan c. R.*, 2014 NBCA 18, 418 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 104, s'est intéressée au rôle du juge lorsqu'il pose des questions aux témoins :

Il est bien établi en droit qu'un juge a [TRADUCTION] « non seulement le droit, mais aussi le devoir d'interroger un témoin afin d'élucider une réponse obscure ou pour s'assurer qu'un témoin a bien compris une question, et même de corriger une omission de l'avocat en posant des questions qui, à son avis, auraient dû être posées pour expliquer ou faire ressortir certains points pertinents » : *R. c. Darlyn*, [1946] B.C.J. No. 94 (C.A.) (QL), le juge d'appel Bird, au par. 31, cité avec approbation dans *Brouillard dit Chatel c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, [1985] A.C.S. n° 3 (QL), au par. 21.

Il est aussi accepté que la nature et l'étendue de la participation d'un juge dans l'interrogatoire d'un témoin est une question qui relève de son pouvoir discrétionnaire : *ibid.*, *Boucher c. Doiron*, 2000 NBCA 18, 230 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 247, au par. 17, et *Pelletier c. St-Onge*, 2001 NBCA 22, 236 A.N.-B. (2<sup>e</sup>) 128, au par. 9, ces deux décisions rendues par le juge Drapeau (tel était alors son titre). Évidemment, le pouvoir discrétionnaire doit être exercé de manière judiciaire dans le cadre de la fonction du juge, qui consiste à [TRADUCTION] « tenir en équilibre la balance de la justice entre le ministère public et l'accusé » : *Darlyn*, au par. 31 et *Brouillard dit Chatel*, au par. 21.

Bien entendu, si un juge descendait pour ainsi dire de son banc afin d'assumer le rôle d'avocat à un point tel qu'une personne raisonnable estimerait que l'accusé n'a pas eu un procès équitable, il faudrait ordonner un nouveau procès, et ce, même si le verdict n'est pas déraisonnable au vu de la preuve, et même si le juge n'a pas commis d'erreur de droit ou de fait : *Brouillard dit Chatel, R. c. Palosaari*, 2004 BCCA 595, [2004] B.C.J. No. 2429 (QL), et *R. c. Konelsky*, [1989] A.J. No. 615 (C.A.) (QL). L'apparence d'équité est d'une importance aussi fondamentale que l'équité elle-même. [Soulignement ajouté; par. 33 à 35]

[48] Quoique les questions de la juge étaient incisives, elles n'étaient pas inappropriées compte tenu de la totalité de son échange avec M. Nagle. L'une des questions qu'elle lui a posées était de nature exploratoire et portait sur la configuration de son appartement. S'il est vrai qu'elle aurait dû être plus diplomate et moins agressive en interrogeant M. Nagle, nous ne sommes pas en mesure de conclure qu'elle est allée trop loin. Selon nous, un examen objectif de ses interventions révèle qu'elle cherchait à préciser le témoignage de M. Nagle plutôt qu'à l'attaquer ou le discréditer.

(4) Recours inadmissible aux témoignages justificatifs

[49] À la fin du témoignage d'A.B., l'avocat du ministère public lui a demandé pourquoi elle avait choisi de [TRADUCTION] « se soumettre à tout le processus à ce moment-ci », ce à quoi A.B. a répondu, en partie, [TRADUCTION] « parce que je veux que la vérité se sache » et « je veux admettre que nos agissements n'étaient pas corrects [...] »

[50] Dans les motifs de sa décision, la juge a énoncé expressément cette question et cette réponse. L'avocat de M. Nagle fait valoir que le renvoi explicite à cet échange inapproprié, dans la partie de sa décision où elle statue sur la crédibilité d'A.B., a compromis davantage l'équité du procès en l'espèce.

[51] Bien que ni la question posée à A.B. ni sa réponse ne soient pertinentes, rien n'indique que la juge a utilisé cet élément de preuve pour étayer la crédibilité d'A.B. Nous souscrivons à la prétention que la question n'aurait pas dû être posée, mais notre examen du dossier indique que cela n'a pas eu d'incidence sur l'issue du procès.

[52] Les juges de première instance jouent un rôle crucial comme gardiens de la preuve; il leur incombe d'intervenir lorsqu'un témoin se fait poser des questions manifestement inappropriées, même en l'absence d'objection de la part de l'avocat de la partie adverse.

F. *Confusion des appréciations de la crédibilité*

[53] Comme il est indiqué ci-dessus, M. Nagle a été accusé de quatre infractions énoncées dans deux dénonciations. D'entrée de jeu, la juge a demandé aux avocats s'il devait y avoir des procès distincts. L'avocat de la défense a répondu qu'il s'était préparé pour deux procès, et l'avocat du ministère public n'a pas présenté de motion en jonction des procès. La juge a alors informé l'avocat que [TRADUCTION] « l'administration de la justice dicterait certainement » d'entendre la preuve de la façon la plus efficace qui soit, et que si sa seule objection concernait la crainte que les deux procès se confondent, forte de ses cinq ans d'expérience, elle serait en mesure de ne pas mélanger [TRADUCTION] « ce qui a trait à une date et à une autre ».

[54] M. Nagle porte aujourd'hui en appel la décision de la juge de tenir un seul procès, affirmant qu'il y avait un risque qu'elle utilise le témoignage de M. Nagle sur l'une des dépositions pour miner sa crédibilité par rapport à l'autre. Il affirme que cette crainte s'est bel et bien concrétisée, puisque les motifs de la décision de la juge n'indiquent aucune analyse claire de son témoignage relativement aux infractions qui se seraient produites en mars 2022 comparativement à celle qui serait survenue en août 2020.

[55] La juge disposait du pouvoir discrétionnaire de tenir un procès conjoint. L'avocat du ministère public fait valoir que, lorsqu'un lien factuel et juridique suffisant existe entre les dénonciations, il est permis de tenir un procès conjoint (voir *R. c. Sciascia*, 2017 CSC 57, [2017] 2 R.C.S. 539, le juge Moldaver, par. 1). Bien que la décision rendue dans l'affaire *Sciascia* s'applique à la réunion d'accusations relatives à des infractions provinciales et d'accusations relatives à des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire prévues au *Code* (ou, vraisemblablement, dans d'autres lois fédérales), la Cour a clairement affirmé qu'il était permis et souhaitable de tenir un procès conjoint lorsqu'un lien factuel évident existait entre les accusations relatives à des infractions provinciales et celles relatives à des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et que cela

sert les intérêts de la justice (voir aussi *R. c. Clunas*, [1992] 1 R.C.S. 595, [1992] A.C.S. n° 17 (QL)).

[56] Dans l'affaire *R. c. P.E.C.*, 2005 CSC 19, [2005] 1 R.C.S. 290, la Cour suprême était saisie d'un appel sur la question de savoir si la juge du procès avait commis une erreur en omettant de se prononcer sur la preuve ayant trait à chaque chef d'accusation séparément quand elle a examiné la preuve relative à d'autres chefs d'accusation lors de son appréciation de la crédibilité de l'appelant relativement à un ensemble donné de chefs d'accusation. S'exprimant au nom de la Cour, la juge Charron a affirmé ceci :

Le verdict sur chaque chef d'accusation doit évidemment se fonder sur la preuve admissible à l'égard de ce chef d'accusation; dans l'évaluation de la crédibilité de chaque témoin, y compris l'appelant, la juge du procès pouvait cependant tenir compte de l'ensemble de la déposition de ce témoin. [...] [Soulignement ajouté; par. 1]

Voir aussi *R. c. M.R.S.*, 2020 ONCA 667, [2020] O.J. No. 4577 (QL), par. 64; *R. c. J.M.B.*, 2019 MBCA 14, [2019] M.J. No. 31 (QL), par. 31; *R. c. Nduwayo*, 2008 BCCA 255, [2008] B.C.J. No. 1132 (QL), par. 10).

[57] La crainte exprimée par M. Nagle selon laquelle la juge [TRADUCTION] « n'a indiqué aucune analyse claire de son témoignage relativement aux infractions qui se seraient produites en mars 2022 comparativement à celles qui seraient survenues en août 2020 » ne tient pas compte du fait que, dans son appréciation de la crédibilité de M. Nagle, la juge pouvait tenir compte de l'ensemble de son témoignage sans qu'il ne lui soit nécessaire d'effectuer une analyse détaillée de son témoignage concernant chacun des chefs d'accusation.

[58] Ce moyen d'appel, tel qu'il est formulé par M. Nagle, est rejeté. Le rejet du présent moyen ne diminue en rien les nombreuses erreurs commises par la juge, dont certaines touchent ses conclusions relatives aux faits et à la crédibilité, qui ont contraint la Cour à annuler les déclarations de culpabilité comme nous l'indiquons ci-dessus.

G. *Interdiction de publication*

[59] Avant le procès, la juge a prononcé une interdiction de publication en vertu de l'art. 486.5 du *Code*, reproduit à l'annexe A ci-jointe, selon laquelle la publication de tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité de la victime est interdite, en incitant l'avocat du ministère public au procès à en faire la demande. Même s'il reconnaît que l'interdiction de publication n'a eu aucune incidence sur ses déclarations de culpabilité, M. Nagle porte en appel l'ordonnance d'interdiction de publication au motif que l'avocat du ministère public ne l'a pas avisé qu'il solliciterait l'interdiction.

[60] Le régime prévu à l'art. 486.5 du *Code* prévoit les étapes concrètes qui doivent être suivies pour que soit ordonnée une interdiction de publication, la plus évidente étant une demande écrite. L'avocat du ministère public reconnaît que la disposition en matière d'avis n'a pas été respectée, mais soutient que ce moyen d'appel ne revêt aucune pertinence.

[61] Nous convenons que le non-respect de la disposition en matière d'avis n'a pas porté atteinte aux intérêts de M. Nagle lors du procès. Cela dit, nous saisissons cette occasion pour rappeler aux juges de première instance qu'une interdiction de publication est l'exception et non la règle. Le législateur a décidé que, pour certaines infractions prévues au *Code* qui sont de nature hautement personnelle ou pour les témoins qui sont très vulnérables, il est approprié de prononcer une interdiction de publication. Le principe de la publicité des débats judiciaires limite par ailleurs les restrictions à la publication, et la plupart des infractions criminelles ne devraient pas donner lieu à une interdiction de publication. Ce moyen d'appel est rejeté.

V. Dispositif

[62] Pour les motifs énoncés ci-dessus, à la fin de l'audition de l'appel de M. Nagle, nous avons accueilli l'appel de M. Nagle, annulé les déclarations de culpabilité relatives aux incidents du 20 mars 2022 fondées sur l'al. 267b) et le par. 279(2) du *Code*,

et inscrit des verdicts d'acquiescement relativement à ces chefs d'accusation. La déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 733.1(1)a) du *Code* a été confirmée. De plus, la déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 267b) du *Code* qui se rapporte à l'incident du 24 août 2020 a été annulée et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée.

[63] Comme nous pensons que la publication des présents motifs pourrait permettre de prévenir de futures erreurs du type de celles dont il est ici question, nous invoquons le par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, et ordonnons que la décision soit publiée d'abord dans la langue anglaise, puis dans les meilleurs délais, dans la langue française.

**APPENDIX A / ANNEXE A**

*Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5*

*Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5*

**Examination as to previous convictions**

**Interrogatoire sur condamnations antérieures**

**12 (1)** A witness may be questioned as to whether the witness has been convicted of any offence, excluding any offence designated as a contravention under the *Contraventions Act*, but including such an offence where the conviction was entered after a trial on an indictment.

**12 (1)** Un témoin peut être interrogé sur la question de savoir s'il a déjà été déclaré coupable d'une infraction autre qu'une infraction qualifiée de contravention en vertu de la *Loi sur les contraventions*, mais incluant une telle infraction si elle aboutit à une déclaration de culpabilité par mise en accusation.

**Proof of previous convictions**

**Preuve de condamnations antérieures**

**(1.1)** If the witness either denies the fact or refuses to answer, the opposite party may prove the conviction.

**(1.1)** Si le témoin nie le fait ou refuse de répondre, la partie adverse peut prouver cette déclaration de culpabilité.

*Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46*

*Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46*

**Order restricting publication — victims and witnesses**

**Ordonnance limitant la publication — victimes et témoins**

**486.5 (1)** Unless an order is made under section 486.4, on application of the prosecutor in respect of a victim or a witness, or on application of a victim or a witness, a judge or justice may make an order directing that any information that could identify the victim or witness shall not be published in any document or broadcast or transmitted in any way if the judge or justice is of the opinion that the order is in the interest of the proper administration of justice.

**486.5 (1)** Sauf dans les cas où une ordonnance est rendue en vertu de l'article 486.4, le juge ou le juge de paix peut, sur demande du poursuivant à l'égard d'une victime ou d'un témoin ou sur demande de la victime ou d'un témoin, rendre une ordonnance interdisant la publication ou la diffusion de quelque façon que ce soit de tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité de la victime ou du témoin, s'il est d'avis que cela est dans l'intérêt de la bonne administration de la justice.