

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

138-22-CA

DAVID WAYNE ADAMS

DAVID WAYNE ADAMS

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

RESPONDENT

INTIMÉ

Adams v. R., 2024 NBCA 33

Adams c. R., 2024 NBCA 33

CORAM:

The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice French  
The Honourable Justice LeBlanc

CORAM :

l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge French  
l'honorable juge LeBlanc

Appeal from a decision of the Court of King's  
Bench:  
August 3, 2022 (conviction)

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :  
le 3 août 2022 (déclaration de culpabilité)

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
2022 NBQB 150

Décision frappée d'appel :  
2022 NBBR 150

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appeal heard:  
November 29, 2023

Appel entendu :  
le 29 novembre 2023

Judgment rendered:  
February 22, 2024

Jugement rendu :  
le 22 février 2024

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Quigg

Concurred in by:  
The Honourable Justice French  
The Honourable Justice LeBlanc

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge French  
l'honorable juge LeBlanc

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Ben Reentovich

For the respondent:  
Patrick McGuinty and  
Joanne Park

THE COURT

The motion for fresh evidence is allowed, but Mr. Adams' request for leave to have a s. 11(b) application heard for the first time on appeal is dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :  
Ben Reentovich

Pour l'intimé :  
Patrick McGuinty et  
Joanne Park

LA COUR

La motion en présentation d'une nouvelle preuve est accueillie, mais la demande d'autorisation de M. Adams en vue de faire entendre une demande fondée sur l'al. 11b) pour la première fois en appel est rejetée.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

[1] In *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, the Supreme Court developed an analytical framework for the application of the right to be tried within a reasonable time (s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*). The Supreme Court established a ceiling giving rise to a presumption of unreasonable delay: 18 months for trials in provincial courts and 30 months for trials in superior courts.

[2] In *R. v. J.F.*, 2022 SCC 17, [2022] S.C.J. No. 17 (QL), the Supreme Court ruled on the elements that must be met to raise a new constitutional question for the first time on appeal. The majority of the Supreme Court ruled:

Where an argument is raised for the first time on appeal, the appeal court must determine whether the situation is an exceptional one in which the exercise of its discretion is warranted, having regard to all of the circumstances. For this purpose, the court must consider, among other things, “the state of the record, fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by this [c]ourt, its suitability for decision and the broader interests of the administration of justice” (*Guindon*, at para. 20). What is meant by “state of the record” is that there must be sufficient evidence in the record for the court to decide the issue (see *Phillips*, at para. 19; *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (Ont. C.A.), at para. 36). In every case, an appeal court’s “discretion to hear and decide new issues should only be exercised exceptionally and never unless the challenger shows that doing so causes no prejudice to the parties” (*Guindon*, at para. 23; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, at para. 33; *Phillips*, at para. 14; *Ontario (Labour)*, at para. 20; *G. (L.)*, at para. 43).

It is therefore only exceptionally that an infringement of the right to be tried within a reasonable time can be raised by an accused for the first time on appeal. The outcome of an

unreasonable delay application brought following an order for a new trial must now be considered. [paras. 41-42]

[3] This appeal is focussed on whether leave should be granted to Mr. Adams to raise a breach of his s. 11(b) *Charter* right for the first time on appeal and, if leave is granted, whether his s. 11(b) *Charter* right to be tried within a reasonable time was violated. This is his sole ground of appeal from conviction. For the reasons given below, I would not grant leave.

I. Facts

A. *The Charges and Trial*

[4] On November 1, 2018, David Adams was charged with one count of fraud over \$5,000 pursuant to s. 380(1)(a) of the *Criminal Code* and one count of theft over \$5,000 pursuant to s. 334(a) of the *Criminal Code*. These charges are based on Mr. Adams' conduct between November 1, 2016, and June 30, 2017, when he defrauded and stole from his place of employment, MotoSport Plus NB Inc., in Saint John.

[5] At Mr. Adams' first appearance in January 2019, he requested an adjournment to retain legal counsel. After a number of adjournments, and despite the fact Mr. Adams had not retained counsel, in July 2019, a trial was set for June 1, 2020 – June 5, 2020.

[6] After a series of delays, the trial in the Court of Queen's Bench (as it was then known) concluded on July 11, 2022. Mr. Adams was found guilty of both counts and was sentenced to nine months' incarceration.

B. *Delay Caused by the Pandemic*

[7] The onset of the COVID-19 pandemic necessitated the trial to be moved to November 16, 2020 – November 20, 2020. This is a five month and 16-day delay caused

by the pandemic. Both parties agree that delay caused by COVID-19 is a discrete event and should not be included in the *Jordan* calculation.

C. *Delay Caused by the late filing of the Rowbotham Application*

(1) The Crown Brings the Rowbotham Application to the Appellant's Attention

[8] At a pre-trial conference on September 23, 2020, the trial judge again asked Mr. Adams if he was able to get a lawyer. Mr. Adams responded that he was interested in getting one, but he “just can’t afford one.” The Crown raised the possibility that Mr. Adams could file a *Rowbotham* application for state-funded counsel. Mr. Adams stated his intention to explore this as an option. Given the trial was less than two months away, the trial judge advised Mr. Adams he should do this “as fast as [he] can.”

(2) The Delay in Filing the Rowbotham Application

[9] At a pre-trial conference on October 16, 2020, Mr. Adams informed the court that he commenced the process of appealing his denial of legal aid, which is a prerequisite for hearing a *Rowbotham* application. In considering the amount of time a *Rowbotham* application might take, Crown counsel told the court that he and Mr. Adams thought “these trial dates just may not be realistic.” The judge asked whether that was from the Crown’s perspective or Mr. Adams’ perspective. Both confirmed it was from Mr. Adams’ perspective. The Crown confirmed that they were “prepared to proceed to trial November 16.”

[10] On October 26, 2020, Mr. Adams confirmed to the judge he still had not filed his *Rowbotham* application because the time to appeal his denial of Legal Aid had expired. The Crown suggested that Mr. Adams re-apply to Legal Aid and immediately file an appeal of a rejection for the purposes of being able to file the *Rowbotham* application. At this pre-trial conference, the judge explicitly informed Mr. Adams that

“the law provides that you have to have a speedy trial and we’ve gotta get this moving forward.”

[11] On November 10, 2020, Mr. Adams informed the judge his appeal to Legal Aid had been denied and his *Rowbotham* application had been filed. The hearing for the *Rowbotham* application was set for December 2, 2020, and state-funded counsel was granted on December 3rd, 2020. This required the November 16, 2020 – November 20, 2020, trial to be adjourned.

D. *The New Trial Dates Following the Rowbotham Delay*

[12] On March 19, 2021, Mr. Adams appeared with his state-funded counsel, Mr. Peters, and acknowledged that a *Jordan* argument would be weak. At a pre-trial conference on March 26, 2021, the trial dates of August 16, 2021 – August 20, 2021, were proposed, but the Crown was unavailable. The trial was ultimately set for October 18, 2021 – October 22, 2021.

[13] The trial commenced on October 18, 2021, and an additional four days between November 12, 2021 – November 19, 2021, were required due to underestimation of time.

(1) The Charter Application Based on Abuse of Process

[14] On November 26, 2021, Mr. Adams filed a *Charter* application based on abuse of process. On December 20, 2021, the judge determined that there was no legal or factual basis for the *Charter* application, and it was summarily dismissed.

(2) The Anticipated End of Trial and the Actual End of Trial

[15] Timelines for post-trial briefs and oral arguments were agreed to which set the anticipated end of trial to be February 23, 2022. Mr. Adams’ state-funded counsel

subsequently wrote to the court to advise he has a neurological disorder and could not continue. David Lutz, K.C. took over as Mr. Adams' state-funded counsel and the actual end of trial, because of this delay, was July 11, 2022. Both parties agree that delay caused by the illness of defence counsel is a discrete event and should not be included in the *Jordan* calculation.

II. Grounds of Appeal

[16] This appeal raises three issues:

1. Can Mr. Adams file new evidence by way of affidavit in connection with his application under para. 11(b) of the *Charter*?
2. Should this Court grant leave to appeal on a constitutional issue raised for the first time, due to ineffective counsel?
3. If so, have Mr. Adams' rights under para. 11(b) of the *Charter* been infringed?

A. *Issue 1: Should leave be granted for Mr. Adams to raise a breach of his s. 11(b) Charter right for the first time on appeal?*

[17] I would permit Mr. Adams to file evidence in support of his request. Also filed were affidavits by his lawyers. As a result, we are left with two issues.

(1) Granting leave is a threshold issue

[18] The issue of whether leave should be granted to raise a breach of s. 11(b) of the *Charter* for the first time on appeal is a threshold issue. If there is no legal basis to grant leave, the appeal should be dismissed even if there is support for a finding that Mr. Adams' right was violated.

(2) Raising a new constitutional issue on appeal

[19] In *R. v. J.F.*, the Supreme Court outlines five factors a court must consider when determining if it should exercise its discretion to grant leave to raise a new issue on appeal:

[T]he court must consider, among other things, “the state of the record, fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by this [c]ourt, its suitability for decision and the broader interests of the administration of justice” (*Guindon*, at para. 20). [...] [para. 41]

[20] The *J.F.* factors must be considered with the understanding that new issues should only be raised on appeal in truly exceptional circumstances. Generally, it is “discouraged [to raise new issues on appeal] in criminal matters, because the best interests of justice require finality in the adjudication of such matters at trial” (para. 38). As the Supreme Court notes in *Jordan*, “first instance judges are uniquely positioned to gauge the legitimacy of defence actions” (para. 65).

[21] The Supreme Court also states a court should never exercise its discretion to hear new issues on appeal unless “the challenger shows that doing so causes no prejudice to the parties” (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, para. 23).

[22] Therefore, to determine if leave should be granted to hear a new constitutional issue on appeal, two steps must be met:

1. Do the *J.F.* factors and the circumstances of Mr. Adams’ case rise to the rare level of “exceptional”?
2. Has Mr. Adams satisfied his burden of showing that if leave is granted, there will be no resulting prejudice to either party?



(3) Analysis of the Five *J.F.* Factors

(i) *State of the record*

[23] In *J.F.*, the Supreme Court elaborates on what a court should look to when considering the state of the record. Wagner C.J.C. states, “[w]hat is meant by ‘state of the record’ is that there must be sufficient evidence in the record for the court to decide the issue.”

[24] As submitted in Mr. Adams’ brief, the transcripts of the trial outline the various causes of the delay. The Crown states in its written submission the “[t]he record also reveals that the Court and Crown consistently made every effort to mitigate against delay [...]” While the transcripts do reflect this statement, for the purpose of the “state of the record” factor, this could bolster Mr. Adams’ position because it indicates the transcripts are extensive enough for the Court to decide the issue.

[25] Since the substantive aspects of this appeal are focused on delay pursuant to the *Jordan* framework, the transcripts contain sufficient evidence for an appeal court to determine the issue. This factor is in favour of the Court granting leave to hear the issue on appeal.

(ii) *Fairness to all parties*

[26] Raising a s. 11(b) *Charter* issue for the first time on appeal engages fairness issues to the Crown in this case. Throughout the trial, the Crown was operating under the assumption that delay was not a relevant issue, and now Mr. Adams has raised it as a ground of appeal.

[27] At a pre-trial conference on March 26, 2021, counsel for Mr. Adams stated that a *Jordan* argument would be weak. During the same pre-trial conference, Crown counsel discussed potential trial dates and said, “[...] I can reschedule if need be but given that there may be no *Jordan* concern, maybe this fall is better.”

[28] This raises a fairness issue because the Crown was acting on representations made by counsel for Mr. Adams that *Jordan* would not be raised. Without these representations, the Crown might have acted more urgently to avoid any unnecessary delays.

[29] Due to the resulting unfairness toward the Crown, this factor indicates that leave should not be granted.

(iii) *Importance of having the issue resolved*

[30] The right to a trial within a reasonable time is set out in the *Charter*. It is therefore extremely important to respect and resolve alleged infringements of this right. Mr. Adams submits that “[i]f the Court chooses not to hear this application, then it undermines the importance of this procedural right.”

[31] However, the importance of having this *Charter* issue resolved should be balanced with the fact that Mr. Adams was given the opportunity at trial to make a full answer and defence. He did not raise a breach of s. 11(b) at trial because both of his counsel thought a *Jordan* argument would be weak and unsubstantiated. If leave is not granted, it would not necessarily undermine the importance of this right, instead it reinforces the importance of raising all potential defences at trial.

(iv) *Suitability of the court to hear the issue*

[32] Generally, all legal issues should be raised for the first time at trial. However, given that this issue is purely about delay, the transcripts could provide a sufficient basis to hear the issue. This contrasts with other cases where the opportunity for cross-examination and witness testimony would play a more crucial role in determining the issue. The impact of this factor in the *J.F.* analysis is neutral.

(v) *Broader interests of the administration of justice*

[33] The broader interests of the administration of justice call for *Charter* rights to be respected and adjudicated. It is also in the interest of the administration of justice for accused individuals to follow the proper procedure for raising issues. Accused should raise defences at a trial because trial judges are better equipped to deal with them and it is a better use of judicial resources. Given that these interests compete, this factor has a neutral effect in the *J.F.* analysis.

(4) Holistic evaluation of *J.F.* factors and Mr. Adams' circumstances

[34] The *J.F.* factors should be used to determine whether a situation is “an exceptional one in which the exercise of discretion is warranted, having regard to all the circumstances.” The factors should not be “balanced” to determine the outcome. Instead, they should be used for the purpose of holistically determining whether Mr. Adams' circumstances raise to the rare level of “exceptional”.

[35] In my view, when considering the *J.F.* factors holistically, they do not favour granting leave for the s. 11(b) issue to be raised for the first time on appeal. While the state of the record could be sufficient for the Court to determine the issue, the other factors and the circumstances of the case do not rise to the level of “exceptional”.

[36] This is not a situation that would cause unfairness to Mr. Adams if the Court does not grant leave. He alleges unfairness because of his counsel's “inability or unwillingness” to raise s. 11(b) at trial. The fact that his state-funded counsel changed part-way through the process due to illness could be perceived as a reason that this was not raised and caused unfairness. However, his second lawyer, Mr. Lutz, made the choice not to raise s. 11(b). If unfairness were to arise, it would be toward the Crown as it was given the impression that *Jordan* delay was not an issue.

[37] While the resolution of *Charter* issues is of great importance in the Canadian legal system, this needs to be balanced with the necessity to use the proper

forum in raising the issues. Mr. Adams did not experience any exceptional circumstances at trial which would justify deviating from the normal procedure of requiring defendants to raise all issues at the trial level.

[38] When considered holistically, the *J.F.* factors do not lead to the conclusion Mr. Adams' circumstances meet the level of "exceptional" as contemplated by the Supreme Court.

(5) Mr. Adams' burden to show no prejudice to the parties

[39] In *J.F.*, the Supreme Court affirms that an appeal court should not exercise their discretion to hear a new issue on appeal unless "the challenger shows that doing so causes no prejudice to the parties."

[40] In *Guindon v. Canada*, the Supreme Court permitted a constitutional issue to be heard for the first time on appeal because there was "no indication that the attorney general has suffered prejudice by having the question [...] decided" (para. 35). This was because the Attorney General would not have adduced different evidence at trial had they been aware of the constitutional issue.

[41] Although the Crown does not indicate it would have adduced different evidence at trial had it had been aware of the potential of the s. 11(b) *Charter* issue, it is possible it would have. For example, one of the main points of contention in this appeal is why it took Mr. Adams so long to file the *Rowbotham* application. It would have been in the Crown's interest to include more evidence at trial as to why Mr. Adams was delinquent in filing this application.

[42] Regardless of this, the Supreme Court is clear that the burden is on Mr. Adams to show that no prejudice would arise to parties. He did not directly comment on a lack of prejudice toward the Crown, and therefore has not satisfied his burden. In my view, the Court should not exercise its discretion to hear this issue.

(6) Conclusion on whether leave should be granted

[43] Based on the above reasoning, Mr. Adams should not be granted leave to raise the s. 11(b) issue for the first time on appeal. The *J.F.* factors and the circumstances of his case do not rise to the rare level of “exceptional”. Additionally, even if it did, he has not satisfied his burden that no resulting prejudice would arise if leave is granted.

B. *Issue 2: Whether Mr. Adams’s s. 11(b) Charter right has been breached*

[44] While it is not necessary to address this issue, it is very apparent that even if we had found this to be an exceptional case, granted leave and decided to undertake a *Jordan* analysis to determine whether the trial exceeded the presumptive ceiling of 30 months, Mr. Adams would not have been successful.

[45] The delay caused by the COVID-19 pandemic, as Mr. Adam concedes, and illness of defence counsel are discrete events and should not be included in the *Jordan* calculation. In my view, the delay caused by the late filing of the *Rowbotham* application should be considered defence delay because of the direct (in)actions of Mr. Adams in filing the application. The circumstances of the case do not justify apportioning the delay between the parties.

[46] Additionally, Mr. Adams has failed to meet his burden of proving that the delay, which is below the presumptive ceiling, is nonetheless unreasonable. Therefore, the relevant period of delay is 26 months and 13 days which is below the 30-month ceiling for trials at the Court of King’s Bench. Mr. Adams had numerous opportunities to raise the issue of delay. The trial judge and the Crown were certainly alive to the right to a speedy trial and raised the topic on many occasions during the various court appearances.

III. Disposition

[47] For the above reasons, I would allow the motion for fresh evidence but dismiss Mr. Adams' request for leave to have a s. 11(b) application heard for the first time on appeal.

LA JUGE QUIGG

[1] Dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, la Cour suprême a élaboré un cadre d'analyse pour l'application du droit de subir son procès dans un délai raisonnable (al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour suprême a fixé un plafond au-delà duquel le délai est présumé déraisonnable, à savoir 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale et 30 mois pour les affaires instruites devant une cour supérieure.

[2] Dans l'arrêt *R. c. J.F.*, 2022 CSC 17, [2022] A.C.S. n° 17 (QL), la Cour suprême a statué sur les éléments qui doivent être réunis pour soulever une nouvelle question constitutionnelle pour la première fois en appel. La majorité de la Cour suprême a conclu ainsi :

Lorsqu'un moyen est présenté pour la première fois en appel, le tribunal d'appel doit déterminer s'il s'agit d'une situation exceptionnelle qui, au vu de l'ensemble des circonstances, justifie l'utilisation de son pouvoir discrétionnaire. Pour ce faire, il doit notamment considérer « la teneur du dossier, l'équité envers toutes les parties, l'importance que la question soit résolue par [le tribunal], le fait que l'affaire se prête ou non à une décision et les intérêts de l'administration de la justice en général » (*Guindon*, par. 20). Par « teneur du dossier », on entend la présence au dossier d'une preuve suffisante pour permettre au tribunal de trancher la question (voir *Phillips*, par. 19; *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (C.A. Ont.), par. 36). Dans tous les cas, une cour d'appel « ne doit exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'examiner puis de trancher une question nouvelle qu'à titre exceptionnel et jamais sans que le plaideur ne démontre que les parties n'en subiront pas un préjudice » (*Guindon*, par. 23; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, par. 33; *Phillips*, par. 14; *Ontario (Labour)*, par. 20; *G (L.)*, par. 43).

C'est donc seulement à titre exceptionnel que l'accusé peut soulever pour la première fois en appel la violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Il faut maintenant se pencher sur le sort d'une demande pour cause de délais déraisonnables présentée après le prononcé d'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès. [par. 41 et 42]

[3] Le présent appel vise principalement la question de savoir s'il y a lieu d'accorder l'autorisation à M. Adams de soulever une violation du droit qui lui est garanti par l'al. 11b) de la *Charte* pour la première fois en appel et, dans l'éventualité où l'autorisation est accordée, si ce droit de subir son procès dans un délai raisonnable a été violé. Il s'agit de son seul moyen d'appel de la déclaration de culpabilité. Pour les motifs exposés ci-dessous, je n'accorderais pas cette autorisation.

I. Faits

A. *Les accusations et le procès*

[4] Le 1<sup>er</sup> novembre 2018, David Adams a été accusé d'un chef de fraude d'une valeur de plus de 5 000 \$, infraction prévue à l'al. 380(1)a) du *Code criminel*, et d'un chef de vol d'une valeur de plus de 5 000 \$, infraction prévue à l'al. 334a) du *Code criminel*. Ces accusations sont fondées sur la conduite que M. Adams a adoptée entre le 1<sup>er</sup> novembre 2016 et le 30 juin 2017, lorsqu'il a fraudé et volé son employeur, MotoSport Plus NB Inc., à Saint John.

[5] À sa première comparution, en janvier 2019, M. Adams a demandé un ajournement afin de retenir les services d'un avocat. Après un certain nombre d'ajournements, et malgré le fait que M. Adams n'avait pas retenu les services d'un avocat, le procès a été fixé, en juillet 2019, aux dates du 1<sup>er</sup> au 5 juin 2020.

[6] Après une série de délais, le procès devant la Cour du Banc de la Reine (tel était alors son nom) a pris fin le 11 juillet 2022. M. Adams a été déclaré coupable des deux chefs d'accusation et condamné à une peine d'emprisonnement de neuf mois.



B. *Délai attribuable à la pandémie*

[7] Le début de la pandémie de la COVID-19 a exigé que le procès soit reporté à la période du 16 au 20 novembre 2020. Il s'agit d'un délai de cinq mois et 16 jours attribuable à la pandémie. Les deux parties conviennent que le délai attribuable à la pandémie de la COVID-19 est un événement distinct et ne devrait pas être inclus dans le calcul prescrit par l'arrêt *Jordan*.

C. *Délai attribuable au dépôt tardif de la demande de type Rowbotham*

(1) Le ministère public porte la demande de type *Rowbotham* à l'attention de l'appelant

[8] Lors d'une conférence préparatoire tenue le 23 septembre 2020, le juge du procès a demandé encore une fois à M. Adams s'il avait réussi à trouver un avocat. M. Adams a répondu qu'il souhaitait en retenir un, mais qu'il [TRADUCTION] « ne pouvait tout simplement pas se le permettre ». Le ministère public a soulevé la possibilité que M. Adams puisse déposer une demande de type *Rowbotham* en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État. M. Adams a déclaré son intention d'explorer cette option. Étant donné que le procès devait avoir lieu moins de deux mois plus tard, le juge du procès a conseillé à M. Adams de le faire [TRADUCTION] « aussi vite que possible ».

(2) Le délai à déposer la demande de type *Rowbotham*

[9] Lors d'une conférence préparatoire tenue le 16 octobre 2020, M. Adams a informé la Cour qu'il avait entamé le processus d'appel du refus de lui accorder l'aide juridique, ce qui est une condition préalable à l'audition d'une demande de type *Rowbotham*. En examinant le temps qu'une demande de type *Rowbotham* pourrait prendre, l'avocat du ministère public a dit à la Cour que M. Adams et lui pensaient que [TRADUCTION] « ces dates d'audience pouvaient tout simplement ne pas être

réalistes ». Le juge a demandé si tel était le cas du point de vue du ministère public ou de celui de M. Adams. Les deux ont confirmé que c'était le cas pour M. Adams. Le ministère public a confirmé qu'il était [TRADUCTION] « prêt à procéder à l'instruction le 16 novembre ».

[10] Le 26 octobre 2020, M. Adams a confirmé au juge qu'il n'avait toujours pas déposé la demande de type *Rowbotham* parce que le délai qui lui était imparti pour interjeter appel de son refus de l'aide juridique était échu. Le ministère public a suggéré à M. Adams de présenter une nouvelle demande d'aide juridique et de porter appel immédiatement du refus afin de pouvoir déposer la demande de type *Rowbotham*. À cette conférence préparatoire, le juge a expressément informé M. Adams que [TRADUCTION] « le droit prévoit que vous devez subir votre procès rapidement et nous devons faire avancer les choses ».

[11] Le 10 novembre 2020, M. Adams a informé le juge que son appel à l'aide juridique avait été rejeté et que sa demande de type *Rowbotham* avait été déposée. L'audition de la demande de type *Rowbotham* était fixée au 2 décembre 2020, et sa demande en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État a été accueillie le 3 décembre 2020. Ainsi, le procès qui devait avoir lieu du 16 au 20 novembre 2020 a dû être reporté.

D. *Les nouvelles dates de procès à la suite du délai lié à la demande de type Rowbotham*

[12] Le 19 mars 2021, M. Adams a comparu accompagné de son avocat rémunéré par l'État, M<sup>e</sup> Peters, et a reconnu qu'un argument fondé sur l'arrêt *Jordan* serait faible. Lors d'une conférence préparatoire tenue le 26 mars 2021, les dates du 16 au 20 août 2021 ont été proposées pour la tenue du procès, mais le ministère public n'était pas disponible. Le procès a finalement été fixé aux dates du 18 au 22 octobre 2021.

[13] Le procès a commencé le 18 octobre 2021, et il aura fallu quatre jours de plus, du 12 au 19 novembre 2021, en raison d'une sous-estimation du temps nécessaire.

(1) La demande fondée sur la *Charte* alléguant un abus de procédure

[14] Le 26 novembre 2021, M. Adams a déposé une demande fondée sur la *Charte* par laquelle il alléguait un abus de procédure. Le 20 décembre 2021, le juge a décidé que la demande fondée sur la *Charte* n'avait aucun fondement juridique ou factuel et l'a rejetée sommairement.

(2) La fin prévue du procès et la fin réelle du procès

[15] Des échéanciers ont été convenus pour la présentation des mémoires et des observations orales postérieurs au procès, lesquels ont fixé la date prévue de la fin du procès au 23 février 2022. L'avocat rémunéré par l'État de M. Adams a par la suite écrit à la Cour pour indiquer qu'il souffrait d'un trouble neurologique et ne pouvait pas poursuivre. David Lutz, c.r., a pris la relève en tant qu'avocat rémunéré par l'État de M. Adams, et, en raison de ce retard, le procès a en réalité pris fin le 11 juillet 2022. Les deux parties conviennent que le retard attribuable à la maladie de l'avocat de la défense est un événement distinct qui ne devrait pas être inclus dans le calcul prescrit par l'arrêt *Jordan*.

II. Moyens d'appel

[16] Le présent appel soulève trois questions :

1. M. Adams peut-il déposer de nouveaux éléments de preuve par voie d'affidavit en lien avec sa demande fondée sur l'al. 11b) de la *Charte*?
2. Notre Cour devrait-elle autoriser un appel fondé sur une question constitutionnelle soulevée pour la première fois en raison de la représentation inefficace d'un avocat?

3. Dans l'affirmative, y a-t-il eu violation des droits garantis à M. Adams par l'al. 11b) de la *Charte*?

A. *Question n° 1 : Y a-t-il lieu d'autoriser M. Adams à soulever une violation du droit qui lui est garanti par l'al. 11b) de la Charte pour la première fois en appel?*

[17] Je permettrais à M. Adams de déposer des éléments de preuve à l'appui de sa demande. Des affidavits de ses avocats ont aussi été déposés. Par conséquent, il nous reste deux questions à trancher.

(1) La question de l'autorisation est une question préliminaire

[18] La question de savoir s'il y a lieu d'accorder l'autorisation de soulever une violation de l'al. 11b) de la *Charte* pour la première fois en appel est une question préliminaire. En l'absence de fondement juridique justifiant d'accorder l'autorisation, l'appel devrait être rejeté même si certains éléments appuient la conclusion selon laquelle le droit de M. Adams a été violé.

(2) Le fait de soulever une nouvelle question constitutionnelle en appel

[19] Dans l'arrêt *R. c. J.F.*, la Cour suprême souligne cinq facteurs qu'un tribunal doit examiner lorsqu'il détermine s'il y a lieu d'exercer son pouvoir discrétionnaire afin d'autoriser qu'une nouvelle question soit soulevée en appel :

[Le tribunal] doit notamment considérer « la teneur du dossier, l'équité envers toutes les parties, l'importance que la question soit résolue par [le tribunal], le fait que l'affaire se prête ou non à une décision et les intérêts de l'administration de la justice en général » (*Guindon*, par. 20). [...] [par. 41]

[20] Les facteurs exposés dans l'arrêt *J.F.* doivent être examinés étant entendu que de nouvelles questions ne devraient être soulevées en appel que dans des circonstances réellement exceptionnelles. Il est généralement « découragé [de soulever de nouvelles questions en appel] dans les affaires criminelles, car l'intérêt supérieur de la justice commande que ces affaires soient tranchées de façon définitive en première instance » (par. 38). Comme le souligne la Cour suprême dans l'arrêt *Jordan*, « les juges de première instance sont particulièrement bien placés pour juger de la légitimité des agissements de la défense » (par. 65).

[21] La Cour suprême affirme aussi qu'un tribunal ne devrait jamais exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre de nouvelles questions en appel, sauf si « le plaideur ne démontre que les parties n'en subiront pas un préjudice » (*Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 23).

[22] Par conséquent, pour décider s'il y a lieu d'autoriser qu'une nouvelle question de nature constitutionnelle soit entendue en appel, il faut répondre par l'affirmative aux deux questions suivantes :

1. Les facteurs prévus dans l'arrêt *J.F.* et les circonstances de l'affaire de M. Adams atteignent-ils le seuil rarement atteint d'une situation « exceptionnelle »?
2. M. Adams s'est-il acquitté du fardeau lui incombant de démontrer que, si l'autorisation lui était accordée, aucune partie n'en subirait un préjudice?

(3) Analyse des cinq facteurs énoncés dans l'arrêt *J.F.*

(i) *La teneur du dossier*

[23] Dans l'arrêt *J.F.*, la Cour suprême explique ce qu'un tribunal doit examiner lorsqu'il se penche sur la teneur du dossier. Le juge en chef Wagner déclare ce qui suit : « Par "teneur du dossier", on entend la présence au dossier d'une preuve suffisante pour permettre au tribunal de trancher la question. »

[24] Comme le soutient M. Adams dans son mémoire, les transcriptions du procès exposent les différentes causes du délai. Le ministère public affirme dans son mémoire que [TRADUCTION] « [l]e dossier révèle en outre que la Cour et le ministère public ont fait leur possible pour limiter le délai [...] » Bien que cette affirmation soit en effet reflétée dans les transcriptions, celle-ci pourrait, pour l'application du facteur de la « teneur du dossier », étayer la position de M. Adams, car elle indique que les transcriptions sont suffisamment longues pour que la Cour puisse trancher la question.

[25] Étant donné que les aspects portant sur le fond du présent appel sont axés sur le délai visé par le cadre d'analyse qui se dégage de l'arrêt *Jordan*, les transcriptions contiennent suffisamment d'éléments de preuve pour qu'un tribunal d'appel puisse trancher la question. Ce facteur milite en faveur de l'autorisation, par la Cour, d'entendre la question en appel.

(ii) *L'équité envers toutes les parties*

[26] Soulever une question fondée sur l'al. 11b) de la *Charte* pour la première fois en appel suscite des questions d'équité envers le ministère public en l'espèce. Pendant tout le procès, le ministère public faisait valoir sa thèse selon l'hypothèse que la question du délai ne se posait pas, et M. Adams la soulève maintenant comme moyen d'appel.

[27] Lors d'une conférence préparatoire qui a eu lieu le 26 mars 2021, l'avocat de M. Adams a déclaré qu'un argument fondé sur l'arrêt *Jordan* serait faible. Au cours de la même conférence préparatoire, l'avocat du ministère public a discuté des dates de procès possibles et a déclaré : « [...] Je peux prévoir une autre date au besoin, mais étant donné qu'il se peut qu'il n'y ait aucune préoccupation du genre visé dans l'arrêt *Jordan*, peut-être que l'automne serait préférable. »

[28] Cela soulève une question d'équité parce que le ministère public agissait sur la foi d'assertions faites par l'avocat de M. Adams selon lesquelles l'arrêt *Jordan* ne serait pas invoqué. Sans ces assertions, le ministère public aurait peut-être agi de manière plus urgente pour éviter tout délai inutile.

[29] En raison de l'injustice envers le ministère public qui en résulterait, il découle de l'application de ce facteur que l'autorisation ne devrait pas être accordée.

(iii) *L'importance que la question soit résolue*

[30] Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est prévu par la *Charte*. Il est par conséquent extrêmement important de respecter ce droit et d'en résoudre les violations présumées. M. Adams soutient que [TRADUCTION] « [s]i la Cour choisissait de ne pas entendre cette demande, cela aurait pour effet de miner l'importance de ce droit procédural ».

[31] Toutefois, il faut mettre en équilibre l'importance de faire résoudre cette question fondée sur la *Charte* et le fait qu'on a accordé à M. Adams la possibilité, au procès, de présenter une défense pleine et entière. Il n'a pas soulevé de violation de l'al. 11b) au procès parce que ses deux avocats étaient d'avis qu'un argument fondé sur l'arrêt *Jordan* serait faible et non fondé. Un refus d'accorder l'autorisation ne minerait pas nécessairement l'importance de ce droit; il aurait plutôt pour effet de renforcer l'importance de soulever tous les moyens de défense possibles au procès.

(iv) *Le fait que la question se prête à une décision de la Cour*

[32] En général, toutes les questions de droit doivent être soulevées pour la première fois pendant le procès. Toutefois, étant donné que cette question porte uniquement sur les délais, les transcriptions pourraient fournir un fondement suffisant pour l'entendre. Cela contraste avec d'autres causes où la possibilité de contre-interroger des témoins ou d'entendre leurs témoignages jouerait un rôle plus essentiel dans la résolution de la question. L'incidence de ce facteur dans l'analyse fondée sur l'arrêt *J.F.* est neutre.

(v) *Les intérêts de l'administration de la justice en général*

[33] Les intérêts de l'administration de la justice en général exigent que les droits garantis par la *Charte* soient respectés et qu'une décision soit rendue à leur égard. Il est aussi dans l'intérêt de l'administration de la justice que les accusés suivent la procédure applicable quand ils soulèvent des questions. Les accusés devraient soulever leurs moyens de défense au procès parce que les juges de première instance sont mieux équipés pour en traiter et qu'il s'agit d'une meilleure utilisation des ressources judiciaires. Étant donné que ces intérêts sont en concurrence, ce facteur a un effet neutre dans l'analyse fondée sur l'arrêt *J.F.*

(4) Évaluation globale des facteurs qui se dégagent de l'arrêt *J.F.* et des circonstances de M. Adams

[34] Les facteurs énoncés dans l'arrêt *J.F.* devraient servir à déterminer s'il s'agit d'une situation « exceptionnelle qui, au vu de l'ensemble des circonstances, justifie l'utilisation [du] pouvoir discrétionnaire ». Il ne faut pas « soupeser » les facteurs afin de déterminer le résultat. Il faut plutôt se servir des facteurs afin de déterminer, de manière globale, si la situation de M. Adams atteint le seuil rarement atteint d'« exceptionnelle ».



[35] À mon avis, en examinant les facteurs énoncés dans l'arrêt *J.F.* dans leur ensemble, ceux-ci ne militent pas en faveur de l'octroi d'une autorisation de soulever la question fondée sur l'al. 11b) pour la première fois en appel. Même si la teneur du dossier pourrait suffire pour permettre à la Cour de trancher la question, les autres facteurs et les circonstances de l'affaire n'atteignent pas le seuil d'une situation « exceptionnelle ».

[36] Il ne s'agit pas d'une situation où M. Adams subirait une injustice si la Cour ne lui accordait pas l'autorisation. Il allègue avoir subi une injustice du fait de [TRADUCTION] « l'incapacité ou [du] manque de volonté » de son avocat d'invoquer l'al. 11b) au procès. Le fait que son avocat rémunéré par l'État a changé en cours de route en raison d'une maladie pourrait être perçu comme une raison expliquant pourquoi cet alinéa n'a pas été soulevé et qu'une injustice en aurait résulté. Toutefois, son second avocat, M<sup>e</sup> Lutz, a pris la décision de ne pas invoquer l'al. 11b). Si une injustice devait survenir, c'est le ministère public qui la subirait, car on lui avait donné l'impression que la question du délai visée dans l'arrêt *Jordan* n'était pas en cause.

[37] Bien que le règlement de questions fondées sur la *Charte* soit d'une grande importance dans le système juridique canadien, il faut le mettre en équilibre avec le besoin de soulever ces questions devant le tribunal approprié. M. Adams n'a pas subi de circonstances exceptionnelles au procès qui justifieraient que l'on s'écarte de la procédure ordinaire exigeant que les défendeurs soulèvent toutes les questions au procès.

[38] Examinés dans leur ensemble, les facteurs énoncés dans l'arrêt *J.F.* ne mènent pas à la conclusion selon laquelle les circonstances de M. Adams atteignent le seuil d'une situation « exceptionnelle » envisagé par la Cour suprême.

(5) Le fardeau incombant à M. Adams de montrer que les parties n'ont subi aucun préjudice

[39] Dans l'arrêt *J.F.*, la Cour suprême confirme qu'un tribunal d'appel devrait s'abstenir d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre une nouvelle question en

appel, à moins que « le plaideur ne démontre que les parties n'en subiront pas un préjudice ».

[40] Dans l'arrêt *Guindon c. Canada*, la Cour suprême a permis qu'une question de nature constitutionnelle soit entendue pour la première fois en appel. Elle a indiqué ce qui suit : « Rien n'indique que l'un ou l'autre des procureurs généraux a subi un préjudice du fait que la Cour de l'impôt s'est prononcée [...] » (par. 35). Il en était ainsi parce que le procureur général n'aurait pas présenté une preuve différente au procès s'il avait été mis au courant de la question constitutionnelle.

[41] Même si le ministère public ne prétend pas qu'il aurait présenté une preuve différente au procès s'il avait été mis au courant de la possibilité qu'une question fondée sur l'al. 11b) soit soulevée, il est possible qu'il l'aurait fait. Par exemple, l'un des principaux points de discordance dans le présent appel a trait à la question de savoir pourquoi il a fallu à M. Adams aussi longtemps pour déposer sa demande de type *Rowbotham*. Il aurait été dans l'intérêt du ministère public de présenter plus d'éléments de preuve au procès pour établir que M. Adams avait été négligent dans la manière qu'il a déposée cette demande.

[42] Malgré cela, la Cour suprême indique clairement qu'il incombe à M. Adams de démontrer que les parties ne subiraient aucun préjudice. Il n'a pas fait d'observations portant précisément sur l'absence de préjudice causé au ministère public. À mon avis, la Cour devrait s'abstenir d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre la question.

(6) Conclusion sur la question de savoir si l'autorisation devrait être accordée

[43] D'après le raisonnement présenté ci-dessus, M. Adams ne devrait pas se voir accorder l'autorisation de soulever la question fondée sur l'al. 11b) pour la première fois en appel. Les facteurs qui se dégagent de l'arrêt *J.F.* et les circonstances de sa cause n'atteignent pas le seuil rarement atteint d'une situation « exceptionnelle ». De plus,

même s'ils l'atteignaient, il ne s'est pas acquitté de son fardeau de démontrer qu'aucun préjudice ne résulterait de l'autorisation.

B. *Question n° 2 : Y a-t-il eu violation du droit garanti à M. Adams par l'al. 11b) de la Charte?*

[44] Même s'il n'est pas nécessaire d'aborder cette question, il est très évident que, même si nous avons conclu qu'il s'agissait d'un cas exceptionnel, accordé l'autorisation et décidé d'entreprendre une analyse fondée sur l'arrêt *Jordan* en vue de déterminer si le procès avait dépassé le plafond présumé de 30 mois, M. Adams n'aurait pas obtenu gain de cause.

[45] Le délai attribuable à la pandémie de la COVID-19, comme le concède M. Adams, et la maladie de l'avocat de la défense sont des événements distincts qui devraient être exclus du calcul réalisé selon les prescriptions de l'arrêt *Jordan*. À mon avis, le délai attribuable au dépôt tardif de la demande de type *Rowbotham* devrait être considéré comme un délai imputable à la défense en raison des agissements (ou de l'inaction) de M. Adams relativement au dépôt de la demande. Les circonstances de l'affaire ne justifient pas la répartition du délai entre les parties.

[46] De plus, M. Adams n'a pas réussi à s'acquitter de son fardeau de prouver que le délai, qui n'atteint pas le plafond présumé, est néanmoins déraisonnable. Par conséquent, la durée pertinente du délai est de 26 mois et 13 jours, ce qui se situe en deçà du plafond présumé de 30 mois s'appliquant aux procès tenus à la Cour du Banc du Roi. M. Adams a eu de nombreuses occasions de soulever la question du délai. Le juge du procès et le ministère public étaient certainement conscients du droit d'être jugé promptement et ont soulevé la question à de nombreuses reprises au cours des diverses comparutions.

III. Dispositif

[47] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais la motion en présentation d'une nouvelle preuve, mais je rejetterais la demande de M. Adams en autorisation de présenter une demande fondée sur l'al. 11b) pour la première fois en appel.