

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

64-13-CA

GEORGE W. MARTIN

GEORGE W. MARTIN

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Martin v. R., 2015 NBCA 40

Martin c. R., 2015 NBCA 40

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell*
The Honourable Justice Green

CORAM :

l'honorable juge Richard
l'honorable juge Bell*
l'honorable juge Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:

May 9, 2013 (conviction)

July 9, 2013 (motion)

September 25, 2013 (sentencing)

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :

le 9 mai 2013 (déclaration de culpabilité)

le 9 juillet 2013 (motion)

le 25 septembre 2013 (détermination de la peine)

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2013 NBQB 321

Décision frappée d'appel :
2013 NBBR 321

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
September 9, 2014 and February 12, 2015

Appel entendu :
le 9 septembre 2014 et le 12 février 2015

Judgment rendered:
July 2, 2015

Jugement rendu :
le 2 juillet 2015

Reasons for judgment :
The Honourable Justice Richard

Motifs de jugement :
l'honorable juge Richard

Concurred in by:
The Honourable Justice Green

Souscrit aux motifs :
l'honorable juge Green

* The Honourable Justice Bell did not participate in
the second part of the hearing of the appeal or in
the decision of the Court.

* Le juge Bell n'a pas participé à la deuxième
partie de l'audition de l'appel ni à la décision de la
Cour.

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Daniel R. Jardine

Pour l'appelant :
Daniel R. Jardine

For the respondent:
Kathryn Gregory

Pour l'intimée :
Kathryn Gregory

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed, the conviction set aside and a new trial ordered.

L'appel est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

The following is the judgment delivered by

RICHARD, J.A.

I. Introduction

[1] On May 9, 2013, George W. Martin was convicted before a judge and jury of “willfully attempting to obstruct, pervert or defeat the course of justice”, the offence set out in s. 139(2) of the *Criminal Code of Canada*. He was sentenced to a custodial term of 16 months. Mr. Martin seeks to appeal that conviction on questions of mixed law and fact, and, in the alternative, asks for leave to appeal his sentence. Given the evidence on the record before me, I am satisfied there was a miscarriage of justice in this case that warrants a new trial. This matter is of too great importance to the appellant and community at large to sustain a verdict that may be tainted with unfairness or the appearance thereof. For the reasons that follow I would allow the appeal, set aside the conviction and order a new trial.

II. Background

A. *Procedural History*

[2] The facts leading to the charge under s. 139(2) of the *Criminal Code* are straightforward. Mr. Martin is a lawyer who practiced law in Miramichi, New Brunswick for 38 years prior to these events. Shortly after midnight on May 30, 2005, he received a phone call from one of his clients, Roger Wedge, who had just been arrested for possession of illegal tobacco. Following his conversation with his client, Mr. Martin called the client’s wife, Yolande Wedge, and is alleged to have counseled her to dispose of evidence that might be in the client’s home. The call was intercepted pursuant to a previously obtained authorization to intercept incoming and outgoing calls at the Wedge residence, and the recording of the conversation was used as evidence at Mr. Martin’s trial.

[3] At trial, Mr. Martin did not challenge the validity of the wiretap authorization. However, he argued the RCMP had not complied with its terms. He was acquitted on November 24, 2008, after a judge of the Court of Queen's Bench excluded the recording of the conversation, because he found the interception to have been a violation of Mr. Martin's right under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to be secure against unreasonable search and seizure (see *R. v. Martin*, [2008] N.B.J. No. 406 (Q.B.) (QL)). That decision was overturned by this Court, which, having found the judge had erred in excluding the intercepted communication, set aside the acquittal and ordered a new trial (see *R. v. Martin*, 2010 NBCA 41, 361 N.B.R. (2d) 251, leave to appeal to S.C.C. refused [2010] S.C.C.A. No. 302 (QL)).

[4] Mr. Martin elected to be tried by a judge and jury at the second trial, which was held from May 7, 2013, to May 9, 2013. Closing arguments finished around 2:31 p.m. on May 9, following which the judge gave his final instructions to the jury at about 2:41 p.m. Approximately an hour later, the jury was sequestered in the jury room. Court resumed at 5:05 p.m., as the jury wanted to hear the recorded conversation between Mr. Martin and Mrs. Wedge twice more. At 8:35 p.m., the jury returned with a verdict of guilty, and sentencing was subsequently scheduled.

[5] A few days after the verdict was rendered and the jury discharged, Mr. Martin and his counsel were advised of certain procedural irregularities that allegedly occurred during the jury deliberations. This led Mr. Martin to bring a motion before the trial judge requesting an inquiry into the alleged irregularities to determine whether there had been a miscarriage of justice; and, if there had been, seeking a mistrial on the grounds he was denied a fair and impartial trial. The judge allowed the motion in part. Although he held he had no jurisdiction to declare a mistrial, the trial judge nonetheless granted the request for an inquiry, stating: "it is in the best interests of justice that an evidentiary record to inform the Court of Appeal's deliberations be compiled". The resulting evidence forms part of the record for consideration on this appeal.

B. *Inquiry into Jury Deliberations*

[6] The inquiry held by the trial judge on July 25, 2013, created an extensive record. Only the judge examined members of the jury, though Crown and defence counsel were able to submit potential questions to the judge for his consideration. The defence brought forward a civilian witness, John W. Walsh, who was a spectator during the trial and had brought the potential irregularities to Mr. Martin's attention. The prosecutor conducted direct examinations of the sheriff's officers in whose charge the jury was placed on the day of deliberations. Defence counsel was given an opportunity to cross-examine those officers, and the prosecutor an opportunity to cross-examine Mr. Walsh.

[7] The defence sought to inquire into two aspects of impugned jury conduct: (1) whether a juror or jurors received and considered extrinsic information; and, (2) whether members of the jury carried on deliberations in the absence of the entire jury (*R. v. Martin*, 2013 NBQB 321, 409 N.B.R. (2d) 45, at para. 20). The judge addressed the scope of the inquiry to be conducted in his reasons on the motion, finding it to be within his discretion to determine. He described the exercise of that discretion as depending on "whether the conduct in question is intrinsic to the jury deliberations or involves extrinsic information or influences", a distinction that "rests on a determination of whether the rules regarding jury secrecy will be compromised" (para. 18). He concluded "that an inquiry into both aspects of the alleged juror conduct [...] would not offend the jury secrecy rule", and the inquiry proceeded on that basis (para. 26).

[8] The impugned jury conduct specifically related to two observations made by Mr. Walsh that allegedly occurred after the jury was sequestered: that one juror had been party to a telephone call while separated from the other jurors, and that the jury was in three different groups and engaged in conversation. With respect to this second observation, the trial judge identified the pertinent concern to be whether the jury had, at any time, conducted deliberations when all the jurors were not present. Mr. Walsh's observations are set out in an affidavit, the relevant portions of which state:

5. THAT, while the jury was sequestered, I was waiting for the verdict with a number of friends and supporters of George Martin, when I noticed a number of the jurors being escorted to a stairwell on the East side of the third floor of the courthouse. I believed that this stairwell led to an area just outside the ground floor of the courthouse, where court staff could eat their lunch and smoke cigarettes.

6. THAT, I also took the opportunity to have a cigarette at this time, as I knew that the jury would not return with their verdict while a number of them were outside the courthouse. I took the elevator to the main entrance of the courthouse, where I observed the foreman of the jury, [R.M.], walking from the parking lot of the West side of the building, talking on a cellular phone.

7. THAT [R.M.] was talking on the cellular phone from the time I lit my cigarette, until I finished it, which I estimate to be approximately 7 to 10 minutes. He appeared visibly upset while speaking on the phone, however I could not overhear what he was saying.

8. THAT, while [R.M.] was talking on his cellular phone, I could see the several of the other jury members speaking to one another and nodding their heads while I was standing outside, however I could not hear what was being said.

9. THAT when [R.M.] finished his telephone call he was walking up the steps to the main entrance to the courthouse when the sheriff stopped him and told him that he could not take the phone into the courthouse with him. [R.M.] and the sheriff walked back to the parking lot on the West side of the courthouse, however I could not see where they went, and I decided to return to the third floor of the court house at this time.

[...]

11. THAT I returned to the third floor of the courthouse and the jurors who had left to smoke had returned to the jury room, but [R.M.] was still outside. Several minutes later I observed [R.M.], accompanied by a sheriff, exit the main elevator and very hastily walk to the jury room. [R.M.] was "stone faced", visibly upset, and was walking

in an unusually fast pace when I observed him exiting the elevator and returning to the jury room.

12. THAT I am certain that the jurors were in three separate groups at one point after they were sequestered. Initially, some members remained in the jury room while a portion of the jurors exited the building to smoke. When [R.M.] was talking on his cellular phone, on the opposite side of the court house, a group of jurors were in the jury room, a separate group of jurors were on the exterior seating area on the East side of the court house grounds, and [R.M.] was talking on the cellular phone with a sheriff standing near him.

[9] Mr. Walsh repeated his observations in his testimony during direct examination:

Q. Great. And could you maybe just take us through that now and let us know what you observed on May the 9th, your own observations and just what you saw that particular day?

A. Sure, yeah. We – I was in the waiting area and when, I guess, six or seven, I think seven jurors were led down the stairway for a smoke break, and I observed them out the window in that area to the east of the building, the little smoking area. So I decided to go for a cigarette myself and at the front exit there's a little smoking area, so as I lit my cigarette I noticed two people walking from the parking area, one gentleman was a sheriff, the other gentleman was a juror and the juror was either texting or dialing his cell phone and he proceeded to – I, I lost view of him a bit behind the tree and I looked to my left again to look at those jurors and I couldn't believe what I was seeing, but anyway, he, the juror, was then talking on the phone and kind of walked and stopped and walked and stopped until he got to the front of the building. He was there for a few moments. I finished my cigarette, went –

[...]

A. As I got to the door myself the juror and the sheriff were coming to the top of the stairway. I was going to hold the door for him and the sheriff indicated to the juror that stop, you can't go in there with that cell phone or something to that affect, or you're not allowed, I think. So

I, I proceeded at the building, stopped at the desk at the front and made a comment to the sheriff there about, like what's that guy doing on the phone. Is he not a juror, a sequestered juror, that type of thing, and he kind of was as surprised as I was. And I noticed the juror and the sheriff kind of turned around, I thought they were going back to the parking lot, but I later found out that they didn't, and I proceeded upstairs.

Q. And when you, when you got upstairs that's basically – did you come up before juror number three, the one you're referring to him?

A. Yes, I did.

Q. Okay.

A. Yeah, I was at the top of the stairs for a moment looking down the hall and I, as I walked towards the elevator area, the juror and the sheriff got off the elevator and walked to the jury room.

Q. Okay, so, so were you in – you were inside the building and inside the hall, which is basically right out here?

A. Yes. Yes.

Q. When, when juror number three and the sheriff came back inside?

A. Exited the elevator, yes.

Q. Exited the elevator, and did you ma... did you observe where they both went after they exited the elevator?

A. To the jury room, I believe, yes.

Q. Okay. And while, while you had noticed juror number three outside on his phone while you were out smoking, did you have a view of the other jurors who were out there smoking?

A. I did.

Q. Okay and you were able to observe them from where you were standing?

A. Several of them. A couple were sitting down below the tree line, I couldn't really – the bushes, couldn't really – but two or three were kind of mingling around.

Q. Right. Okay. Alright now, do you have any idea, Mr. Walsh, around what time it was that you observed juror number three speaking on his cell phone?

A. After seven.

Q. Okay.

A. Between seven and seven-thirty, maybe.

Q. Alright. And do you recall, in your opinion I guess you'd have, you'd have to give it.

A. Yeah.

Q. How long this conversation or how long you observed juror number three speaking on the cell phone?

A. He seemed to speak longer than, than either dialing or texting for sure, but for the full length of my cigarette, so seven to ten minutes, I estimate it.

Q. Right. Okay and that's basically what you said?

A. Yes.

[...]

Q. Alright, just, maybe just one more question, and you said that it was some time a couple of days later or a week later that you went down to Mr. Martin's office?

A. I believe it was the fo... the following Tuesday or Wednesday.

Q. Right.

A. After thinking about it and talking to my son about it.

Q. That's right. You mentioned something about your son asking you a question about that.

A. Yeah, he said you should – yeah, he said is that allowed, that type of thing. I mean. I said I really don't know, so he said you should go tell somebody, so.

Q. Right.

A. Yeah. He's 14 years old.

[10] Mr. Walsh also provided commentary on a security video taken at the courthouse during the time of his observations. He identified seven members of the jury leaving the jury room and going downstairs to smoke at 7:36 p.m., himself going out for a cigarette at 7:40 p.m., and the seven jury members returning at 7:44 p.m. He further identified himself walking back inside the courthouse at 7:47 p.m., at which time he also noted juror number 3 stepping out of the elevator with a sheriff and returning to the jury room. On cross-examination, Crown counsel raised some questions concerning the 7-10 minutes Mr. Walsh had stated in his affidavit with respect to how long juror number 3 had been talking on his cell phone; however, it was undisputed that juror number 3 appears on the video with a cell phone in hand, and at one point appears to be talking on it while in the view of Mr. Walsh.

[11] The judge formed his questions for the jury members, with the assistance of counsel, primarily based on the two observations respecting impugned jury conduct in Mr. Walsh's affidavit. All of the jurors were asked the same series of questions, except for juror number 3, who was questioned more extensively about the phone call to which he was a party.

[12] Juror 3 testified he received a text message from his wife on May 9, 2013, before the jury deliberations started, which said he "needed to get a hold of her as soon as possible" because she "needed upstairs in my room which [he] had locked". He had not immediately called her and had left the cell phone in his truck. After the judge had given his instructions to the jury, and deliberations had started, juror 3, when "everyone went

for a break”, asked permission from one of the sheriff’s officers supervising the jury “to place a call to [his] wife as soon as possible because it’s urgent that I get to that phone call”. He was informed he would have to be escorted by a sheriff, at which point a sheriff officer did escort him to his truck so he could retrieve his phone and make the call. Juror 3 provided details respecting the phone call in response to the judge’s questions:

THE COURT: Okay. So you went with the sheriff?

A. Yes.

THE COURT: To the truck?

A. Yes.

THE COURT: You retrieved your phone?

A. Yes.

THE COURT: The sheriff stood within five feet of you, is that correct?

A. Five feet away from me.

THE COURT: And you called whom?

A. My wife.

THE COURT: And what did you say to her?

A. I said what is it so important that you need for me to call you. She turned around and said Brandon needs his steel-toed boots because he started a job in Fredericton, which is my son Brandon. He can start a job first thing in the morning but if he doesn’t get the boots, the steel-toed boots, which was up in my room, that he wouldn’t be able to start that job, and, Your Honour, he was on the verge of losing his car so he needed to get this job.

THE COURT: Okay. So -

A. So I made arrangements and all, but the arrangements were is to retrieve my keys that I had on me for that room. That’s all it was about. Because my steel-

toed boots were still in there – were in that - up in that room.

THE COURT: Okay.

A. And then at that point in time I looked at the sheriff and the sheriff was still looking at me and I'm still looking at him. He can hear every word I'm saying. I said I've got to try and find a way of getting my keys to my wife so my son can get the boots because he has to work and where he was working – we live here but he works in Perth-Andover. At that time the sheriff offered to take my key, if I wished to, if I wished to and on his way home because he passed through there he can hand it to my wife either at home or at work. But then there, then another discussion came about too, I said and if it's – I asked the sheriff if it's held over and we can't come to a judgment, which hotel will we be at so I can give you the keys to give to her so I can tell her to be at this hotel room, and that's all that was said.

THE COURT: Okay. So what arrangements were made for your wife to get the keys?

A. To go to the actual motel room or the hotel, sorry. The hotel so the sheriff can give her the keys.

THE COURT: Okay. Did you give the keys to the sheriff?

A. Not at that time, no.

THE COURT: Okay. So when you finished your conversation in the parking lot with your wife, the arrangement was what? That the sheriff would have the keys?

A. Yes, that he – she would have to retrieve the keys from the motel.

THE COURT: Okay. So the arrangement was that your wife was going to come by to the motel that you were staying?

A. That's right.

THE COURT: She was to do what? Contact you or contact the sheriff?

A. She would contact the sheriff.

THE COURT: Okay and the sheriff understood that was what was going to happen?

A. Yes, sir.

THE COURT: Okay. So did your wife in fact come to the motel?

A. No, sir. We didn't went up at the motel.

THE COURT: Right, okay. That's correct. So you had no conversation afterwards there were – I take it when you went hop... when you went home that evening you opened the door to the room, is that correct?

A. Yes, sir, I did.

[...]

THE COURT: And is it your evidence that the sheriff could overhear your conversation with your wife?

A. Yes, sir.

THE COURT: Okay. How long did the call last?

A. Five minutes maybe.

THE COURT: And how did you return to the jury room?

A. I walked in with the sheriff.

THE COURT: Which way did you come in?

A. Same way, up the hallway and into the room and sat down.

THE COURT: And you were with the same sheriff when you came back?

A. Yes, sir, I was.

THE COURT: Do you know what time you returned to the jury room?

A. No, sir, I don't. All I know is the placed call was only about five minutes and then right after I was finished I handed the cell phone to him and – oh, no, sorry, I – yeah, I handed the cell phone to him and went into the room and that was it.

THE COURT: Okay. And did you resume deliberations after you went into the room?

A. Yes, sir.

THE COURT: Were you advised to resume deliberations? Did anybody tell you to resume deliberat... deliberations?

A. No. We just went after there – after I arrived then we started talking about it again.

THE COURT: Okay. So when you first went out everybody was on a break?

A. Not everyone.

THE COURT: No. When you say that were some, some of the jurors outside having a cigarette?

A. That's my – there was several times where they were outside but yeah.

THE COURT: And when – and where were the non smoking jurors?

A. Oh, I don't know.

THE COURT: You don't know.

A. No, I was out too busy doing the phone call.

THE COURT: Okay. When you went back into the jury room did you discuss the contents of the telephone call with the other jurors?

A. Yes, I did. There was one other, I said – I mentioned it to one of the other jurors that I was happy that my son is going to be able to get back on his feet again because he got himself a nice job, and that was about it.

THE COURT: And that was the extent of what you -

A. Yeah, I was just proud of my son that he's going to be able to get back on his feet again.

THE COURT: Okay. Did you make more than one phone call?

A. No.

THE COURT: Did you send or receive any texts when you were in the parking lot with the cell phone?

A. No.

[13] Juror 3 also testified that he made the call from beside his truck, "between the rear door and another vehicle", in the main parking lot, and that he "stayed just leaning against [his] truck", facing the sheriff, for the duration of the call. It is unclear from the evidence why juror 3 waited until after deliberations had begun to place the phone call, given that he had received the text message from his wife around the lunch hour. The judge did not pursue this line of questioning so as to avoid "cross-examining a juror", and agreed with Crown counsel that "whether juror number three decided to wait is irrelevant".

[14] Several of the other jurors made noteworthy statements about the deliberations. The exercise of asking the same set of questions to the different jury members is illustrative of how memories of the same event can differ immensely, even less than two months later. The jurors were inconsistent even as to how many breaks they had, with some remembering one, some two, and one juror "three at most". There was also inconsistency regarding how many jurors went outside or stayed in during the breaks, with one juror (juror 9) testifying to everyone having gone outside.

[15] Four jurors testified to having stayed inside when the others went out for breaks, but were not clear as to whether a sheriff was in the jury room with them at that time. Juror 4 testified to there having been two sheriff's "helpers", at least one of which was in the jury room. Juror 5 recalled there might have been a "little guy" in the jury

room. She thought there had been two sheriffs, as they both had on sheriff uniforms, but in the end could not recall for certain whether a sheriff had been in the jury room with them or not. Juror 11 stated a sheriff had been in the room “part of the time”, but could not recall whether a sheriff was in the jury room with them when the others went outside. Juror 12 believed a sheriff remained in the room with them.

[16] The details with respect to whether juror 3 made a phone call or not, and, if he did, of what nature, are also somewhat unclear having regard to the jurors’ testimony alone. Juror 4 recalled juror 3 relating a phone conversation to the rest of the jurors. Recall that juror 3 testified as to discussing the contents of his phone call with one other juror: “I said – I mentioned it to one of the other jurors that I was happy that my son is going to be able to get back on his feet again because he got himself a nice job, and that was about it”. However, juror 4’s testimony on this point was as follows:

THE COURT: At any time did juror number three, who I believe was your foreman, discuss or advise you of the contents of a telephone conversation he had?

A. Yes.

THE COURT: Okay. What was said and when? Can you give me some of the circumstances of that?

A. I’m trying to remember exact words, but he said he was talking to either a brother-in-law or a relative of his in Ontario.

THE COURT: In Ontario?

A. If I remember correctly, I think it was Ontario he said.

THE COURT: And was this after the deliberations had started?

A. Yes. Yes, it was.

THE COURT: And do you recall what the, what the nature of the conversation that he – what did he tell you about the conversation?

A. Basically he was talking to this person in Ontario, and if I remember correctly, relating the series of what was happening here, as far as the jury's or actu... not the jury so much but the actual trial.

THE COURT: He was talking to a relative in Ontario and discussing what?

A. Parts of the trial as I remember correctly.

THE COURT: He was discussing parts of the trial with this person in –

A. Yeah, just relating, whether it was totally the trial or just trying to get some kind of background of where the trial would go or how he would adjust this trial or address this trial.

[...]

A. As far as I recollect, he basically was talking to somebody in Ontario, and if I remember correctly, he said it could have been one of his relatives. Now I can't remember the whole story because I just didn't pay that much attention to it. And he was talking to him and talking to some affect as to the go... the way the trial was progressing here. Now that's about as far as I can recollect and what he's talked about.

THE COURT: Was there anyone else present when he said this to you?

A. In the jury room?

THE COURT: Yes.

A. Yes, there was. Yep.

THE COURT: And this was said to you specifically or to everyone?

A. Just, just an open conversation.

THE COURT: Do you know if all the jurors heard it or?

A. That I can't comment on. I can only comment on me.

THE COURT: Do you have any idea when – what time of day this was?

A. Early afternoon or late morning?

THE COURT: So this would have been before you started your jury deliberations? If my recollection is correct sir, that I, I probably charged the jury somewhere – you probably went and started your deliberations around 3:00 in the afternoon?

A. Three, yep. Yep.

THE COURT: Was it before or after that?

A. I think it was before but I couldn't be absolutely positively sure, but I think it was before we actually – you gave us deliberations to go out and put us in charge.

THE COURT: And do you recall anything more about that conversation than what you've just related?

A. Not really. It was just an open con... very vague conversation that he's - just came out and said this for some reason. Like I said, I was (sic) paying a whole bunch of attention to it, so.

[Emphasis added]

[17] No other jurors recalled similar details, although juror 6 remembered someone asking one of the sheriffs if she or he could make a call home during one of the breaks, and juror 7 testified to juror 3 making a call, using a cell phone, from the jury room. Juror 7 stated that the call occurred after they had started deliberating but before supper, and there was a sheriff present in the room at the time. He believed juror 3 called his girlfriend, and he “just heard him say, listen, I'm probably not going to be home tonight. We might be staying”. Juror 10 did not recall any reference to a phone call, but did recall one of the other jurors requesting to go retrieve something from his vehicle, and that a sheriff had escorted that juror to do so.

[18] All of the jurors, including juror 3, testified that no deliberations occurred, to their knowledge, when all of the jurors were not present. Juror 2 added, “I believe we were told not to” in this regard.

[19] Lastly, the two sheriff’s officers who had been sworn to supervise the jury and ensure that their deliberations would be held in private, Sheriff’s Officers McDonald and Manuel, testified regarding their interactions with the jury. The senior of the two, Sheriff McDonald, testified first. According to him, the jury requested and was allowed two breaks during their deliberations so as to give some of the jurors an opportunity to go outside to smoke. The second break was requested shortly after the jurors had eaten supper, and included more jurors than the first break because some wanted to go outside to get some fresh air. Two sheriff’s officers, who had not been sworn, remained upstairs, outside of the jury room, with the jurors who did not want to go outside, while Sheriff McDonald escorted the rest downstairs. It was on the way downstairs that juror 3 made the request to him to make a phone call, which request he describes: “he asked me going down the stairs if he could use the phone to call his ex-wife because his son was leaving for out west to Fort McMurray in the morning, early in the morning at four, three or four in the morning because he had to get a plane out of Moncton, I believe, I’m no... if I’m not mistaken, and he had clothes at his house that his son needed but he – his – he couldn’t get the keys to him”.

[20] Importantly, Sheriff McDonald acknowledged that the process normally used for requests to contact a third party during a jury trial was not followed, as he “didn’t inform” the judge. He noted during his cross-examination that “in hindsight, [he] should have”. Further, during direct examination, his explanation of what it meant to be sworn and “take charge of the jury” illustrates he understood the jury was to be kept secluded:

Q. Alright and you did in fact take charge of the jury?

A. I did.

Q. What – so what does that mean in fact?

A. I have – well, what it means I have to follow what the judge – when I was sworn in with the justice, I swore to the justice that I'd look after the jury, keep them secluded, not let them talk to anybody, not, not anybody talk to them, make sure that they were secure in their of... in their room, make sure that they were fed and meals were brought to them whenever they were required, and any other needs that the jury requested.

The jury itself had been instructed on this point in the judge's charge prior to sequestration: "[o]nce you retire to your jury room to consider your verdict the law requires that you be kept separate and apart until you reach a verdict and what that means is separate and apart together".

[21] Instead of following what he knew was the proper process, subsequent to juror 3's request to make the phone call, Sheriff McDonald instructed Sheriff's Officer Manuel "to take juror number three down to his vehicle, go and stay, stay with him the whole time. Don't leave his side. Get his cell phone, let him make his call, and then proceed back exactly up to the jury room after he was finished with the cell phone call". After the smoke break, Sheriff McDonald returned to the jury room with his group first, following which Sheriff Manuel returned with juror 3. According to Sheriff McDonald, the latter had been separated from the group for about five minutes.

[22] As to whether the jury had engaged in deliberations when not all jurors were present, Sheriff McDonald testified that he had not heard any such discussion among the jurors he escorted outside. Before going downstairs for the first break, he gave the jurors certain instructions respecting deliberating while separated:

Q. Alright. Are they given instructions as to what they discuss when the break is ongoing?

A. I told them before, before we go downstairs nobody is to talk about the trial unless they're altogether at one with the whole 12. I said they could talk about the weather, talk about knitting, hockey games, anything other than the trial.

[23] He acknowledged on cross-examination that the two officers who were outside the jury room during the breaks would not have been able to hear what the jurors inside the room were talking about.

[24] Sheriff Manuel testified next, and corroborated what Sheriff McDonald had relayed regarding the events leading up to the phone call made by juror 3. He also provided there is no sheriff's policy, to his knowledge, whereby a sheriff's officer stays in the jury room with any remaining jurors when there is a break. Following the instruction to escort juror 3 to his truck, Sheriff Manuel left the building with juror 3 as some of the other jurors went outside with Sheriff McDonald. Sheriff Manuel and juror 3 proceeded to walk west toward the truck, where juror 3 retrieved his cell phone from the centre console. Sheriff Manuel testified to being arm's length away from juror 3 as the call was being made. Juror 3 first dialed his wife at home and then at work. Sheriff Manuel briefly summarized the conversation, essentially repeating the testimony by juror 3: "the whole point of the conversation was he wanted to give the keys to – he was trying to get the keys to his ex-wife to unlock the door for things for his son... it was all about how to get her to find a way to find somebody to come to the courthouse to get those keys. There was – that was basically the conversation". To Sheriff Manuel's recollection, juror 3 did not discuss the trial with his wife during the conversation.

[25] Although juror 3 testified to only having made one phone call, Sheriff Manuel stated that juror 3 also made another call, which lasted about 25 seconds, to his girlfriend as they walked back toward the courthouse from the truck. He believed the purpose of that phone call was also to try and find a way to get the keys to juror 3's wife. After this second conversation was finished, Sheriff Manuel took the phone from juror 3 before they went back inside the courthouse. On re-direct examination, Sheriff Manuel agreed with Crown counsel that the jury members would have gone through the same security measures as anyone else in the building, and thus a cell phone would have gone "beep, beep, beep on the system".

[26] Sheriff Manuel testified to having been in the room when Sheriff McDonald instructed the jury not to discuss the case unless all the jurors were present: “like as soon as they were sequestered, Art McDonald went in and myself, I was with him, and he told them that if they were ever to take a break or go for a cigarette to make sure that they – if they only – they can only talk about the trial when they’re altogether (sic)”.

[27] The trial judge concluded the inquiry by commenting that with regard to credibility findings he was in no better a position than the Court of Appeal, as nothing in the witness’ demeanour suggested he should find one way or another:

THE COURT: I had considered and this will form part of the transcripts so it’s on the record, I had considered whether I should make – in the event that there was issues of credibility, conflicts in evidence, whether I would be in a position, a better position than the Court of Appeal to make findings of credibility and whether I should comment on that. Having heard the witnesses today I saw nothing, quite frankly, in the demeanour of the witnesses that would give me any guidance one way or the other on terms of a finding of credibility. There may be issues with respect to the evidence itself in terms of timings and so on and what one witness said over another witness but that’s in the transcript. I certainly didn’t detect anything that would be considered demeanour, observations that I would make in the demeanour of the witness that would allow me to – would sway a credibility finding one way or the other. I’m not talking about the evidence itself. It’s just the demeanour of the witnesses. So at tha... at this point I don’t think there’s anything in terms of helpfulness or guidance I can offer the Court of Appeal in terms of my observations of the witnesses’ demeanour on the witness box and I’m going to leave it at that.

III. Issues on Appeal

[28] Mr. Martin raises several grounds of appeal, most of which allege he was denied the right to a fair and impartial trial, or the appearance thereof. In his submission, the grounds are summarized as follows:

- A) Pursuant to s. 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code of Canada*, the jury's verdict cannot stand on the basis the appellant suffered a miscarriage of justice as a result of procedural irregularities that were permitted to occur at his trial;
- B) That the trial judge erred in finding that, after the introduction of evidence that procedural errors occurred during the trial and juror deliberations, which gave rise to miscarriage of justice or appearance thereof, he did not have the jurisdiction to grant a mistrial after the jury had been discharged;
- C) That the trial judge imposed a sentence that was demonstrably unfit and unreasonable in the context of the facts of the case before him having regard to the fundamental purpose and objectives of sentencing contained in s. 718, and principles enunciated in s. 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code of Canada*, by placing undue emphasis on the concept of general deterrence in crafting his sentence, considering the jury's finding of guilt as an indication of the public interest, considering the appellant's status as a lawyer an aggravating factor at sentencing, and failing to give proper consideration to sentence reduction principles contained in *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, following the admission of evidence that was obtained in violation of the accused's *Charter* rights.

IV. Law and Analysis

A. *Miscarriage of Justice*

[29] Mr. Martin submits this Court has the power to allow the appeal, pursuant to s. 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*, on the basis that procedural irregularities at his trial caused a miscarriage of justice, or the appearance thereof. Section 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code* provides:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un

that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

[...]

[...]

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice[.]

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire[.]

[30] The powers of an appellate court in an appeal against a conviction contained in s. 686 of the *Criminal Code* include the power to dismiss an appeal notwithstanding certain errors, including errors of law. However, that power does not exist where there is a procedural error or irregularity that does not amount to an error of law, albeit a rare occurrence: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 18. If an error or irregularity of a procedural nature occurs at trial that does not amount to an error of law, the court of appeal must assess the appeal under s. 686(1)(a)(iii) and determine whether a miscarriage of justice has occurred, and no remedial provision can cure such an error or irregularity. If a miscarriage of justice is found, “the appeal must be allowed and either an acquittal entered or a new trial ordered” (para. 18).

[31] The error or irregularity alleged in the present case cannot amount to an error of law, because none of it can be attributed to the trial judge, and, as such, if the Court finds there was a miscarriage of justice, we cannot consider any of the remedial provisions of s. 686.

[32] *Khan* details the analysis to be undertaken under s. 686(1)(a)(iii). I adopt the helpful summary Rouleau J.A. set out in *R. v. Spiers*, 2012 ONCA 798, [2012] O.J. No. 5450 (QL):

Criminal Code, s. 686(1)(a)(iii) allows this court to set aside a conviction where we are of the opinion that “on any

ground there was a miscarriage of justice”. In *R. v. Khan*, LeBel J., at paras. 69-87 (in dissent, but not on this point) provided an extensive overview of the concept of a “miscarriage of justice”. He noted that there is no strict formula for determining whether a miscarriage of justice has taken place and that irregularities may take many unpredictable forms. The gravity of the irregularities and the impact of these on trial fairness and the appearance of fairness are to be evaluated on a case-by-case basis. An appearance of a miscarriage of justice requiring a new trial exists “if the irregularity would be such as to taint the administration of justice” in the eyes of a reasonable and objective observer. “We must look at whether a well-informed, reasonable person considering the whole of the circumstances would have perceived the trial as being unfair or as appearing to be so”: para. 73. Also see *R. v. Cameron* (1991) 2 O.R. (3d) 633 (Ont. C.A.). [para. 32]

[33] The Supreme Court of Canada, in *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, also picked up on the concurring opinion of LeBel J. in *Khan* when discussing the meaning of miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii):

In his concurring opinion in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, LeBel J. considered the scope of the miscarriages of justice contemplated by s. 686(1)(a)(iii). He concluded, at para. 69, that when considering whether an irregularity that occurred during a trial rises to the level of a miscarriage of justice, "[t]he essential question in that regard is whether the irregularity was severe enough to render the trial unfair or to create the appearance of unfairness."

In *R. v. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222, at para. 89, Cromwell J.A. provided a helpful summary of the two types of unfairness contemplated within the meaning of miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii):

... the courts have generally grouped miscarriages of justice under two headings. The first is concerned with whether the trial was fair in fact. A conviction entered after an unfair trial is in general a miscarriage of justice The second is concerned with the integrity of the administration of justice. A miscarriage of justice may be found where anything

happens in the course of a trial, including the appearance of unfairness, which is so serious that it shakes public confidence in the administration of justice [Citations omitted.]

[...]

Where no actual prejudice has been demonstrated, in order to warrant a new trial the appearance of unfairness must be pronounced, such that it would be a serious interference with the administration of justice and offend the community's sense of fair play and decency. In determining whether the conduct reaches the level of a miscarriage of justice, “[w]e must look at whether a well-informed, reasonable person considering the whole of the circumstances would have perceived the trial as being unfair or as appearing to be so” (*Khan*, per LeBel J., at para. 73). [paras. 50-51, 74]

[Emphasis added]

[34] In *R. v. Cameron*, [1991] O.J. No. 415 (Ont. C.A.) (QL), Labrosse J.A. emphasizes that actual prejudice to the accused need not be shown in every circumstance where there is alleged irregularity in jury deliberations. Reconciling prior caselaw that was arguably conflicting, he explains:

The reconciliation of these apparently conflicting approaches lies in identifying the concern raised by the offending circumstance. If, as in *Gilson* and *Labelle*, the offensive conduct is not such as to taint the administration of justice, then the concern is properly directed to whether actual prejudice was occasioned to the accused. Where the events in question are so serious as to affect the administration of justice, as they were in *Hertrich*, then the focus turns upon the justice system and the miscarriage of justice occurs whenever the confidence of the public in the system is shaken; that confidence is equally shaken by the appearance as by the fact of an unfair trial. [para. 22]

[35] Thus, a miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii) can occur in two ways: (1) there is actual prejudice to the accused; or, (2) the events in question are sufficiently serious to affect the administration of justice, whether by the fact or

appearance of an unfair trial. This case revolves around the second, since no actual prejudice to Mr. Martin has been demonstrated. The question is therefore whether the errors of the Sheriffs in fulfilling their oaths or the irregularities surrounding the jury deliberations are sufficient to shake public confidence in the system because the trial would appear to have been unfair.

[36] In Mr. Martin's submission, the procedural irregularities giving rise to a miscarriage of justice include: the breaks in jury sequestration, juror 3's unauthorized telephone calls to third parties, the unknown third party supervision of the jury, and bias and insufficient questioning on the part of the trial judge at the inquiry. I respectfully reject the last of these propositions. The judge's questioning of the jurors does not, in my view, suggest any bias or insufficiency.

[37] The Crown replies by submitting that "[i]t is no longer realistic to expect every criminal trial to be completely free from procedural irregularity", and relies on *R. v. Horne*, [1987] A.J. No. 440 (C.A.) (QL) to establish that "not every inappropriate communication with a sitting jury will result in a mistrial". Crown counsel goes on to argue that "each case turns on its own facts surrounding the improper jury conduct", and "[g]iven the facts in the case at Bar...appellate intervention is not warranted". I respectfully disagree.

[38] Several facts are clear from the record of the inquiry: two sheriff's officers were sworn in to be in charge of the jury; juror 3 made at least one phone call sometime after the jury was sequestered; a sheriff's officer accompanied juror 3 while the call was made; the judge was not informed of juror 3's request to contact a third party; and at one point, without the judge's permission, the jurors were split into three different groups: one group inside, one group outside with Sheriff McDonald smoking or getting fresh air, and juror 3 making a phone call near his truck in the presence of Sheriff Manuel. There is conflicting testimony as to how many phone calls juror 3 made, how long those calls lasted, the nature of those calls, whether a sheriff or sheriff's "helper" remained in the jury room with those jurors that stayed inside during breaks, and how many breaks there

were after the deliberations started. Other than the testimony of juror 7, the evidence was consistent that juror 3's phone was in his truck except for when he used it in Sheriff Manuel's presence. Aside from the plain fact that at some point the jurors were split into different groups, there is no evidence deliberations took place at any time when not all of the jurors were present.

[39] Upon reviewing the caselaw, it is clear that the circumstances in the present case do not constitute the most egregious example of irregularities that have taken place at a trial. For example, in *Cameron* the jury in a murder trial went to dinner in a private room of a local restaurant; besides the jury, also present were the two sworn court constables, three additional unsworn court constables, the court registrar, the court reporter, a sheriff's deputy, a sheriff's officer in charge of prisoner control and a uniformed city police constable who was a close first cousin of the victim in the murder case. In addition, after the jurors had retired to their hotel for the evening, before deliberations were continued in the morning, an unsworn court constable, who had been at dinner, invited one juror to have a drink with him at the hotel bar, which they did. The Ontario Court of Appeal found the conviction could not stand, as the appearance of unfairness was "incontrovertible" (para. 26). See also *R. v. Masuda*, [1953] B.C.J. No. 102 (B.C.C.A.) (QL), where a murder conviction was overturned on appeal because Crown witnesses had dined with the jury members.

[40] In *Rex v. Nash*, [1949] N.B.J. No. 7 (N.B.C.A.) (QL), a jury verdict convicting the accused of murder was set aside. In the case, the jury members spent several nights in a hotel as deliberations extended over several days. During that time, several jury members contacted family members on a pay phone while supervised by a sworn constable; one jury member was attended to by a physician; and the jury attended the showing of a film about a man to be hanged for his crimes, at which they mingled with the crowd. A new trial was ordered due to the improper separation of the jury.

[41] *R. v. Arsenault*, [1956] N.B.J. No. 3 (N.B.C.A.) (QL) provides an example of a less serious irregularity during deliberations. In that case, during a trial on a charge

of bank robbery, a clerk of the court entered the jury room during deliberations and answered a jury question on available verdicts. Even though the judge did not recall the jury after the incident to inquire into any possible influence, our Court determined no miscarriage of justice had resulted and the jury's verdict of acquittal was allowed to stand. For similar irregularities involving one instance of unauthorized contact with a sequestered jury, in both of which the jury verdicts stood on appeal, see *R. v. Gilson*, [1965] O.J. No. 1003 (Ont. C.A.) (QL); *R. v. Labelle*, [1981] O.J. No. 126 (Ont. C.A.) (QL).

[42] Falling somewhere in the middle of these cases in terms of seriousness of irregularity, the constellation of facts in the present case, in my view, results in an undeniable appearance of unfairness. Of particular concern are the unauthorized phone calls made by juror 3, the apparent presence of unsworn sheriff's officers or "helpers" in the jury room, and the unauthorized separation of the jury members on at least one occasion during their deliberations. Although in *Nash* Richards C.J. suggested the phone calls themselves did not warrant overturning the conviction, stating that "while they were irregular and improper it had been shown that during the several contacts by the jurors with other persons no reference had been made to the trial and the jury could not have been influenced by such contacts" (para. 23), there are additional facts in the present case, besides the phone calls made by juror 3, that create the miscarriage of justice, just as there were additional facts in *Nash*. Further, regardless of there being no evidence of actual prejudice to the accused, in that none of the evidence at the inquiry suggests there was any improper influence of the jury, like *Cameron*:

[...] incidents so blatantly irregular on the part of those placed in charge of a sequestered jury and on the part of those charged with the responsibility for the administration of justice cannot be excused. It is not enough to say that actual prejudice has not been demonstrated and that the jurors took an oath to bring a true verdict according to the evidence.

The inquiry established that no actual prejudice had been demonstrated, but it did little, if anything, with respect to the appearance of unfairness which in my view, is

incontrovertible. The conviction cannot be allowed to stand. [paras. 25-26]

[43] As indicated above, Mr. Martin has also raised an issue with respect to the trial judge's manner of questioning the jury members during the inquiry. Although it may have been preferable to question juror 3 after the other jurors to allow questions to be raised regarding their evidence, I echo the trial judge's comments with respect to the inquiry being a fact-finding exercise, the purpose of which was not to cross-examine the jury members. It is not possible or permissible to inquire into details surrounding the actual jury deliberations, and as such, records from inquiries of this nature will of necessity always be partially incomplete. The trial judge conducted the inquiry fairly and properly, and allegations to the contrary have not contributed to my finding that there was a miscarriage of justice in the present case.

B. *Other grounds of appeal*

[44] In light of the conclusion of a miscarriage of justice warranting a new trial, it is unnecessary to address the remaining grounds to dispose of the appeal. In addition, I need not address the request for leave to appeal sentence. However, I would make a comment with respect to a trial judge's jurisdiction to declare a mistrial in circumstances where evidence of procedural irregularities arises after the jury has returned a verdict and been discharged, but before sentencing. At the initial hearing of this appeal, we asked counsel for supplementary written submissions on this very issue, following receipt of which the hearing was continued. In the meantime, one of our colleagues was appointed to another court. Therefore, the hearing continued before only two judges, as allowed by s. 8(5) of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2.

[45] Mr. Martin has made a compelling argument that the trial judge retained the jurisdiction to order a mistrial in the circumstances of this case, and the respondent has countered with equal force. Considering the reduction in our number created by our colleague's departure and of the fact that it is not necessary for us to address the question in light of our conclusion, I think it best not to determine the issue at this time. I do note,

however, that his case is not like those of *R. v. Head*, [1986] 2 S.C.R. 684, [1986] S.C.J. No. 76 (QL) and *R. v. Burke*, 2002 SCC 55, [2002] 2 S.C.R. 857, which established the rule and the exception in cases where a jury's verdict may have been improperly recorded. This is not a case of an improperly recorded verdict, as in *Burke*, or of the failure to receive a full verdict as in *Head*, where the verdict on lesser offences was never communicated. Rather, this is a case of the failure of court authorities to take the proper precautions according to law and to the judge's instructions to ensure there would be no improprieties or appearance of improprieties. It is more akin to a situation where, after a verdict something in the nature of jury tampering was proven to have occurred. A most compelling argument can certainly be made that, in such situations, a trial judge should be able to declare a mistrial rather than pass sentence.

[46] Until the issue is settled, I certainly endorse the procedure the trial judge adopted in this case of building a record for the Court of Appeal.

V. Conclusion and Disposition

[47] In conclusion, in my view, the constellation of errors and irregularities of a procedural nature surrounding the jury's deliberations, none of which can be attributed to the trial judge or amount to an error of law, establishes there was a miscarriage of justice, in the sense that a well-informed, reasonable person considering the whole of the circumstances would conclude the process followed appears unfair. I would, therefore, allow the appeal, set aside the verdict and order a new trial.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Le 9 mai 2013, George W. Martin a été déclaré coupable devant un juge siégeant avec jury d'avoir [TRADUCTION] « volontairement tenté d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice », infraction décrite au par. 139(2) du *Code criminel* du Canada. Il a été condamné à une peine carcérale de 16 mois. M. Martin souhaite interjeter appel de sa déclaration de culpabilité en soulevant des questions mixtes de droit et de fait et, subsidiairement, il demande l'autorisation d'interjeter appel de sa sentence. Compte tenu de la preuve au dossier qui m'a été soumis, je suis convaincu qu'il y a eu, en l'espèce, erreur judiciaire justifiant la tenue d'un nouveau procès. La présente affaire est trop importante pour l'appelant et pour l'ensemble de la collectivité pour confirmer un verdict qui pourrait être teinté d'iniquité ou d'apparence d'iniquité. Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la déclaration de culpabilité et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

II. Contexte

A. *Historique procédural*

[2] Les faits qui ont mené à l'accusation pour l'acte criminel visé au paragraphe 139(2) du *Code criminel* sont simples. M. Martin est avocat et il a exercé le droit à Miramichi, au Nouveau-Brunswick, pendant les 38 années qui ont précédé les événements en cause. Peu après minuit, le 30 mai 2005, il a reçu un appel téléphonique d'un de ses clients, Roger Wedge, qui venait tout juste d'être mis en état d'arrestation pour possession de tabac illégal. À la suite de sa conversation avec ce client, M. Martin a téléphoné à l'épouse de celui-ci, Yolande Wedge, et il semblerait qu'il lui ait conseillé de faire disparaître tout élément de preuve qui pourrait se trouver dans la maison de son

client. L'appel a été intercepté par suite d'une autorisation préalable d'écoute électronique des appels faits à la maison des Wedge ou à partir de leur maison, et l'enregistrement de la conversation a été utilisé comme élément de preuve au procès de M. Martin.

[3] Au procès, M. Martin n'a pas contesté la validité de l'autorisation d'écoute électronique. Toutefois, il a prétendu que la GRC ne s'était pas conformée aux conditions de celle-ci. Il a été acquitté, le 24 novembre 2008, après qu'un juge de la Cour du Banc de la Reine eut exclu l'enregistrement de la conversation, ayant conclu que l'interception avait violé le droit conféré à M. Martin par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* à la protection contre les fouilles et les saisies abusives (voir *R. c. Martin*, [2008] A.N.-B. n° 406 (C.B.R.) (QL)). Cette décision a été infirmée par notre Cour qui, après avoir conclu que le juge avait commis une erreur en excluant la communication interceptée, a annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès (voir *R. c. Martin*, 2010 NBCA 41, 361 R.N.-B. (2^e) 251, autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée [2010] C.S.C.R. n° 302 (QL)).

[4] Au deuxième procès, qui a eu lieu du 7 mai 2013 au 9 mai 2013, M. Martin a choisi d'être jugé par un juge siégeant avec un jury. Les plaidoiries se sont terminées vers 14 h 31, le 9 mai, après quoi le juge a donné ses directives finales au jury vers 14 h 41. Environ une heure plus tard, le jury était séquestré dans la salle des jurés. L'audience a repris vers 17 h 5, étant donné que le jury voulait entendre l'enregistrement de la conversation entre M. Martin et M^{me} Wedge deux fois de plus. À 20 h 35, le jury a rendu un verdict de culpabilité et, en conséquence, une date a été fixée pour la détermination de la peine.

[5] Quelques jours après le prononcé du verdict et la libération du jury, M. Martin et son avocat ont été informés de certaines irrégularités procédurales qui se seraient produites durant les délibérations du jury. M. Martin a donc présenté une motion au juge du procès dans laquelle il demandait une enquête sur les irrégularités présumées afin de déterminer s'il y avait eu erreur judiciaire et, dans l'affirmative, la nullité du

procès pour cause de négation de son droit à un procès juste et impartial. Le juge a accueilli la motion en partie. Même s'il a conclu qu'il n'avait pas compétence pour prononcer la nullité du procès, le juge du procès a tout de même accueilli la demande d'enquête, en affirmant ce qui suit : [TRADUCTION] « [I]l est dans l'intérêt supérieur de la justice que les éléments de preuve pertinents soient réunis afin d'éclairer les délibérations de la Cour d'appel. » La preuve ainsi réunie fait partie du dossier soumis en appel.

B. *Enquête sur les délibérations du jury*

[6] L'enquête menée par le juge du procès, le 25 juillet 2013, a permis de créer un dossier volumineux. Seul le juge a interrogé des membres du jury, quoique le substitut du Procureur général et l'avocat de la défense aient été invités à soumettre des questions possibles au juge pour qu'il les prenne en considération. La défense a appelé un témoin civil, John W. Walsh, qui était spectateur au procès et qui avait signalé à M. Martin les irrégularités possibles. Le poursuivant a mené des interrogatoires principaux des officiers du shérif qui étaient chargés de la surveillance du jury le jour des délibérations. L'avocat de la défense a eu la possibilité de contre-interroger les officiers du shérif, et le poursuivant a eu la possibilité de contre-interroger M. Walsh.

[7] La défense soulevait des questions sur deux aspects de la conduite reprochée au jury : 1) Un juré ou plusieurs jurés avaient-ils reçu des informations extrinsèques et tenu compte de ces informations? 2) Des membres du jury avaient-ils mené des délibérations sans la présence de tout le jury (*R. c. Martin*, 2013 NBBR 321, 409 R.N.-B. (2^e) 45, par. 20) ? Dans ses motifs de jugement sur la motion, le juge a examiné la portée de l'enquête devant être menée et il a conclu qu'il avait le pouvoir discrétionnaire de déterminer celle-ci. Il a décrit l'exercice du pouvoir discrétionnaire comme dépendant [TRADUCTION] « de la question de savoir si le comportement reproché constitue un aspect intrinsèque des délibérations du jury ou concerne des informations ou influences extrinsèques », distinction pour laquelle, selon le juge, [TRADUCTION] « il faut déterminer si les règles concernant le secret des délibérations

du jury seront compromises » (par. 18). Il a conclu [TRADUCTION] « qu'une enquête sur les deux aspects de la conduite qui est reprochée aux jurés [...] ne porterait pas atteinte à la règle sur le secret des délibérations du jury » (par. 26), par conséquent, l'enquête s'est poursuivie sur ce fondement.

[8] La conduite reprochée au jury découlait précisément de deux observations faites par M. Walsh sur des événements qui se seraient produits après que le jury eut été séquestré : savoir qu'un juré aurait pris part à un appel téléphonique pendant qu'il était séparé des autres jurés et que le jury s'était retrouvé en trois groupes distincts pendant qu'il tenait des discussions. S'agissant de cette deuxième observation, le juge du procès a isolé comme inquiétude pertinente la question de savoir si le jury avait, à quelque moment que ce soit, mené des délibérations pendant que tous les membres du jury n'étaient pas présents. Les observations de M. Walsh sont énoncées dans un affidavit, dont voici les parties pertinentes :

[TRADUCTION]

5. Pendant que le jury était séquestré, j'attendais le verdict en compagnie de quelques amis et partisans de George Martin, lorsque j'ai remarqué qu'un certain nombre de jurés étaient escortés jusqu'à un puits d'escalier situé du côté est, au troisième étage du palais de justice. Je crois que l'escalier menait à un endroit situé à l'extérieur, juste à côté du rez-de-chaussée du palais de justice, où les employés de la cour pouvaient prendre leur casse-croûte et fumer des cigarettes.

6. J'ai moi aussi profité de l'occasion pour fumer une cigarette, puisque je savais que le jury ne viendrait pas rendre son verdict pendant que certains de ses membres se trouvaient à l'extérieur du palais de justice. J'ai pris l'ascenseur jusqu'à l'entrée principale du palais de justice, où j'ai vu le président du jury, [R.M.], qui revenait à pied du parc de stationnement situé du côté ouest de l'immeuble et qui parlait dans un téléphone cellulaire.

7. [R.M.] a parlé au téléphone à partir du moment où j'ai allumé ma cigarette jusqu'au moment où je l'ai terminée, soit, selon mon estimation, pendant 7 à 10 minutes environ.

Il semblait visiblement contrarié pendant qu'il parlait au téléphone, mais je n'ai pas pu entendre ce qu'il disait.

8. Pendant que [R.M.] parlait au téléphone, j'ai pu voir plusieurs des autres jurés en train de se parler et de hocher la tête pendant que je me tenais debout à l'extérieur, mais je n'ai pas pu entendre ce qui se disait.

9. Après que [R.M.] a terminé son appel téléphonique, il était en train de gravir les marches qui mènent à l'entrée principale du palais de justice lorsque le shérif l'a interpellé et lui a dit qu'il ne pouvait pas apporter le téléphone à l'intérieur du palais de justice. [R.M.] et le shérif sont retournés à pied au parc de stationnement situé du côté ouest du palais de justice; toutefois, je n'ai pas pu voir où ils sont allés et j'ai alors décidé de remonter au troisième étage du palais de justice.

[...]

11. Je suis retourné au troisième étage du palais de justice et les jurés qui étaient sortis pour fumer étaient revenus dans la salle des jurés, mais [R.M.] était toujours à l'extérieur. Plusieurs minutes plus tard, j'ai vu [R.M.], en compagnie d'un shérif, sortir de l'ascenseur principal et gagner précipitamment la salle des jurés. [R.M.] avait un [TRADUCTION] « visage de marbre », était visiblement contrarié et marchait d'un pas inhabituellement rapide lorsque je l'ai vu sortir de l'ascenseur et retourner dans la salle des jurés.

12. Je suis certain que les jurés se sont séparés en trois groupes distincts à un certain moment après avoir été séquestrés. Au début, certains jurés sont restés dans la salle des jurés pendant que d'autres sont sortis de l'immeuble pour fumer. Pendant que [R.M.] parlait dans son téléphone cellulaire, du côté opposé du palais de justice, un groupe de jurés se trouvait dans la salle des jurés, un groupe distinct se trouvait à l'extérieur, près des places assises situées du côté est de l'enceinte du palais de justice et [R.M.] parlait au téléphone accompagné d'un shérif qui se tenait près de lui.

[9] Pendant l'interrogatoire principal, M. Walsh a répété ses observations :

[TRADUCTION]

Q. Parfait. Et pourriez-vous peut-être juste nous rappeler ces événements et nous faire savoir ce que vous avez observé le 9 mai, nous donner vos propres observations et simplement nous dire ce que vous avez vu ce jour-là?

R. Bien sûr. Nous – j'étais dans l'aire d'attente lorsque, je suppose, six ou sept, je pense sept jurés ont été conduits vers l'escalier pour descendre fumer et j'ai pu les observer par la fenêtre dans ce secteur à l'est de l'immeuble, le petit secteur réservé aux fumeurs. Alors j'ai décidé d'aller fumer une cigarette moi aussi, et à la sortie d'en avant il y a un petit secteur réservé aux fumeurs, alors j'ai allumé ma cigarette et j'ai vu deux personnes qui revenaient à pied de l'aire de stationnement. Un des messieurs était un shérif, et l'autre, un juré qui, soit envoyait un texte, soit composait un numéro sur son téléphone cellulaire et il a – je, je l'ai perdu de vue un peu car il se trouvait derrière un arbre et j'ai regardé à ma gauche encore une fois pour observer les jurés et je n'arrivais pas à en croire mes yeux, mais, quoi qu'il en soit, lui, le juré, parlait alors au téléphone et il marchait, puis s'arrêtait, et il a continué de faire ainsi jusqu'à ce qu'il se trouve à l'avant de l'édifice. Il est resté là quelques instants. J'ai terminé ma cigarette, puis je suis allé –

[...]

R. Lorsque je suis arrivé devant la porte, le juré et le shérif arrivaient en haut de l'escalier. J'allais tenir la porte pour lui et le shérif a indiqué au juré de s'arrêter, lui disant qu'il ne pouvait entrer là avec ce téléphone cellulaire, ou quelque chose du genre, ce n'est pas permis, je crois. Alors je suis entré dans l'édifice, je me suis arrêté au pupitre à l'accueil et j'ai fait remarquer au shérif qui se trouvait là, je lui ai dit : « Mais qu'est-ce que ce gars fait à parler au téléphone? N'est-il pas un juré, un juré séquestré? » ou quelque chose du genre, et il était tout aussi surpris que moi. Puis j'ai remarqué que le juré et le shérif se sont retournés tous les deux; j'ai alors pensé qu'ils se dirigeaient à nouveau vers l'aire de stationnement, mais j'ai plus tard compris que ce n'était pas le cas et j'ai pris l'escalier.

Q. Et lorsque vous, et arrivé en haut, en fait, êtes-vous arrivé en haut avant le juré numéro trois, celui dont vous parlez?

R. Oui, en effet.

Q. Très bien.

R. Ouais, j'étais en haut de l'escalier un certain temps et je regardais vers le fond du couloir et, comme je me dirigeais vers la zone des ascenseurs, le juré et le shérif sont sortis de l'ascenseur et se sont dirigés vers la salle des jurés.

Q. D'accord, donc, étiez-vous – vous étiez à l'intérieur de l'édifice et dans le couloir, ce qui est essentiellement juste là-bas?

R. Oui. Oui.

Q. Lorsque, lorsque le juré numéro trois et le shérif sont rentrés?

R. Sont sortis de l'ascenseur, oui.

Q. Sont sortis de l'ascenseur, et avez-vous ... avez-vous observé où ils sont allés tous les deux lorsqu'ils sont sortis de l'ascenseur?

R. Ils se sont dirigés vers la salle des jurés, je crois, oui.

Q. Très bien. Et pendant que vous regardiez le juré numéro trois dehors qui parlait au téléphone, lorsque vous étiez dehors en train de fumer, pouviez-vous observer les autres jurés qui étaient dehors en train de fumer aussi?

R. Oui, en effet.

Q. D'accord. Et avez-vous pu les observer de l'endroit où vous vous teniez debout?

R. Plusieurs d'entre eux. Certains étaient assis et se trouvaient plus bas que le sommet des arbres, donc je ne pouvais pas vraiment – les arbustes, je ne pouvais pas

vraiment – mais deux ou trois se tenaient généralement dans le secteur.

Q. D'accord. D'accord. Maintenant, avez-vous une idée, M. Walsh, de l'heure à laquelle vous avez observé le juré numéro trois parler dans son téléphone cellulaire?

R. C'était après dix-neuf heures.

Q. Très bien.

R. Entre dix-neuf heures et dix-neuf heures trente peut-être.

Q. D'accord. Est-ce que vous vous souvenez, selon votre opinion, je suppose que ce serait forcément votre opinion.

R. Ouais.

Q. Combien de temps a duré cette conversation ou combien de temps avez-vous observé le juré numéro trois parler dans son téléphone cellulaire?

R. Il semblait parler plus longtemps que simplement le fait de composer un numéro ou d'envoyer un texte, c'est certain, mais je dirais pour toute la durée de ma cigarette, donc sept à dix minutes, selon mon estimation.

Q. D'accord. Et c'est ce que vous avez essentiellement dit?

R. Oui.

[...]

Q. Bon, j'aurais peut-être seulement une autre question. Vous avez dit que c'est après un certain temps, quelques jours plus tard, ou peut-être une semaine plus tard que vous vous êtes rendu au bureau de M. Martin?

R. Je pense que c'était le ... le mardi ou le mercredi suivant.

Q. D'accord.

R. Après avoir réfléchi à cette affaire et en avoir discuté avec mon fils.

Q. C'est vrai. Vous avez mentionné que votre fils vous avait posé une question à ce sujet.

R. Ouais, il a dit que je devrais – ouais, il a dit : « C'est permis cela? » Ce genre de chose, je veux dire. J'ai dit que je ne savais vraiment pas et il a dit que je devrais en parler à quelqu'un, donc voilà.

Q. D'accord.

R. Ouais. Il a 14 ans.

[10] M. Walsh a également fourni des commentaires sur une bande vidéo du système de surveillance du palais de justice couvrant la période des événements qu'il avait observés. Il a identifié sept membres du jury qui quittaient la salle des jurés et qui descendaient l'escalier pour aller fumer à 19 h 36. Lui-même est allé fumer une cigarette à 19 h 40 et les sept membres du jury sont revenus de leur pause à 19 h 44. Il s'est identifié lui-même sur la bande vidéo lorsqu'il revenait à pied à l'intérieur du palais de justice à 19 h 47, heure à laquelle il a aussi observé le juré numéro trois qui sortait de l'ascenseur avec un shérif pour regagner la salle des jurés. Durant le contre-interrogatoire, le poursuivant a soulevé certaines questions concernant la période de 7 à 10 minutes indiquée par M. Walsh dans son affidavit comme la durée de la conversation au téléphone cellulaire du juré numéro 3. Toutefois, il n'a pas été contesté que le juré numéro 3 apparaît dans la bande vidéo, cellulaire en main, et qu'à un moment donné il semble parler au téléphone pendant que M. Walsh peut l'observer.

[11] Aidé des avocats, le juge a formulé ses questions destinées aux membres du jury en se basant surtout sur les deux observations concernant la conduite reprochée au jury soulevées dans l'affidavit de M. Walsh. La même série de questions a été posée à tous les jurés, sauf le juré numéro 3, qui a été interrogé plus à fond concernant l'appel téléphonique auquel il a pris part.

[12] Le juré numéro 3 a témoigné qu'il avait reçu un message texte de son épouse, le 9 mai 2013, avant le début des délibérations du jury, l'informant qu'il [TRADUCTION] « [devait] communiquer avec elle le plus tôt possible » parce qu'elle devait [TADUCTION] « aller dans sa chambre en haut, [qu'il] avait fermée à clé ». Il ne l'avait pas appelée immédiatement parce qu'il avait laissé son téléphone cellulaire dans son camion. Après que le juge eut donné ses directives au jury et que les délibérations eurent commencé, le juré numéro 3, lorsque [TRADUCTION] « tout le monde est allé à la pause », a demandé à un des officiers du shérif qui assuraient la surveillance du jury la permission [TRADUCTION] « de téléphoner à [son] épouse le plus tôt possible parce que [c'était] urgent qu'il fasse cet appel. » On l'a informé qu'il lui faudrait être accompagné d'un shérif, et c'est alors qu'un officier du shérif l'a accompagné jusqu'à son camion pour qu'il puisse récupérer son téléphone et faire son appel. Le juré numéro 3 a fourni des détails concernant l'appel téléphonique, en réponse à certaines questions du juge :

[TRADUCTION]

LA COUR : D'accord. Donc vous êtes allé avec le shérif?

R. Oui.

LA COUR : Au camion?

R. Oui.

LA COUR : Vous avez récupéré votre téléphone?

R. Oui.

LA COUR : Le shérif était debout à moins de cinq pieds de vous. C'est exact?

R. À cinq pieds de moi.

LA COUR : Et vous avez appelé qui?

R. Mon épouse.

LA COUR : Et qu'est-ce que vous lui avez dit?

R. Je lui ai demandé ce qui était si important que je devais l'appeler. Elle m'a répondu que Brandon avait besoin de ses bottes à embout d'acier parce qu'il allait commencer à travailler à Fredericton, mon fils Brandon. Il pouvait commencer à travailler dès le lendemain matin, mais s'il ne pouvait avoir les bottes à embout d'acier, qui se trouvaient dans ma chambre, il ne pourrait pas commencer à travailler, et, Votre Honneur, il était sur le point de perdre sa voiture, donc il avait besoin de cet emploi.

LA COUR : D'accord. Donc -

R. Donc j'ai fait des arrangements et tout cela, mais les arrangements consistaient à récupérer mes clés, que j'avais avec moi, pour ouvrir la porte de cette chambre. C'est tout ce dont il s'agissait. Parce que mes bottes à embout d'acier étaient toujours dans – dans cette chambre.

LA COUR : D'accord.

R. Alors, à ce moment-là, j'ai regardé le shérif, et le shérif continuait de me regarder et moi je le regardais. Il entend tout ce que je dis. J'ai dit je dois trouver un moyen de faire parvenir mes clés à mon épouse de sorte que mon fils puisse avoir accès aux bottes parce qu'il doit travailler et, l'endroit où il travaille, nous vivons ici, mais il travaille à Perth-Andover. À ce moment-là, le shérif a offert de prendre ma clé, si je voulais bien la lui remettre, il pourrait, en s'en retournant chez lui, parce qu'il passait à cet endroit, il pourrait remettre la clé à mon épouse, soit à la maison ou au travail. Mais alors, nous avons discuté d'une autre chose et j'ai dit – j'ai demandé au shérif, s'il y a impasse et que nous n'arrivons pas à un jugement, à quel hôtel resterons-nous, afin que je puisse lui remettre les clés pour qu'il les donne à mon épouse et que je puisse dire à mon épouse de venir à cette chambre d'hôtel, et c'est tout ce dont nous avons discuté.

LA COUR : D'accord. Donc quels arrangements ont été pris afin que votre épouse puisse avoir les clés?

R. Elle devait se rendre à la chambre de motel ou à l'hôtel, excusez, l'hôtel plutôt. À l'hôtel pour que le shérif puisse lui donner les clés.

LA COUR : D'accord. Avez-vous remis les clés au shérif?

R. Pas à ce moment-là, non.

LA COUR : D'accord. Donc, lorsque vous avez terminé votre conversation avec votre épouse, dans le parc de stationnement, quel arrangement avez-vous pris? Que le shérif aurait les clés?

R. Oui, qu'il – elle allait devoir récupérer les clés au motel.

LA COUR : D'accord. Donc l'arrangement était que votre épouse irait au motel où vous restiez?

R. C'est exact.

LA COUR : Elle allait faire quoi? Communiquer avec vous ou communiquer avec le shérif?

R. Elle devait communiquer avec le shérif.

LA COUR : D'accord, et le shérif comprenait bien ce qui allait se produire?

R. Oui, Monsieur.

LA COUR : D'accord. Donc, votre épouse s'est-elle effectivement rendue au motel?

R. Non Monsieur. Nous ne sommes pas allés au motel.

LA COUR : C'est vrai, d'accord. C'est exact. Donc vous n'avez eu aucune conversation par la suite – je suppose lorsque vous êtes allé ... lorsque vous êtes allé chez vous ce soir-là, vous avez ouvert la porte de cette pièce, est-ce que c'est bien cela?

R. Oui, Monsieur, c'est ce que j'ai fait.

[...]

LA COUR : Et est-ce que vous affirmez que le shérif pouvait entendre la conversation que vous avez eue avec votre épouse?

R. Oui, Monsieur.

LA COUR : D'accord. Combien de temps a duré l'appel?

R. Cinq minutes peut-être.

LA COUR : Et comment êtes-vous revenu à la salle des jurés?

R. Je suis rentré accompagné du shérif.

LA COUR : Vous êtes entré par où?

R. Je suis revenu de la même manière, le long du couloir et dans la salle des jurés, puis je me suis assis.

LA COUR : Étiez-vous accompagné du même shérif lorsque vous êtes revenu?

R. Oui, Monsieur, je l'étais.

LA COUR : Savez-vous à quelle heure vous êtes rentré dans la salle des jurés?

R. Non, Monsieur, je ne le sais pas. Tout ce que je sais, c'est que l'appel a duré environ cinq minutes et que tout de suite après, je lui ai remis le téléphone cellulaire et – oh non, pardon, j'ai – ouais, je lui ai remis le téléphone cellulaire et je suis allé dans la salle des jurés et c'est tout.

LA COUR : D'accord. Et avez-vous repris les délibérations lorsque vous êtes revenu dans la salle?

R. Oui, Monsieur.

LA COUR : Est-ce qu'on vous a dit de reprendre les délibérations? Est-ce que quelqu'un vous a dit de reprendre les [...] délibérations?

R. Non. Nous avons simplement, après que je suis revenu, nous avons recommencé à parler de l'affaire.

LA COUR : D'accord. Donc lorsque vous êtes sorti la première fois tout le monde prenait une pause?

R. Pas tout le monde.

LA COUR : Non. Lorsque vous dites qu'il y avait certains, certains jurés dehors qui fumaient une cigarette?

R. C'est mon – ils sont allés dehors à plusieurs reprises, mais ouais.

LA COUR : Et lorsque – et où se trouvaient les jurés non-fumeurs?

R. Oh, je ne sais pas.

LA COUR : Vous ne savez pas.

R. Non, j'étais dehors trop occupé à faire mon appel téléphonique.

LA COUR : D'accord. Lorsque vous êtes revenu dans la salle des jurés, avez-vous discuté du contenu de l'appel téléphonique avec les autres jurés?

R. Oui, en effet. Il y avait un autre, j'ai dit – j'ai mentionné l'appel à un autre juré en lui disant que j'étais heureux que mon fils allait pouvoir se reprendre en main parce qu'il venait de décrocher un bon emploi, et c'est à peu près tout.

LA COUR : Et c'est tout ce que vous avez –

R. Ouais, j'étais fier de mon fils, du fait qu'il allait pouvoir reprendre sa vie en main.

LA COUR : D'accord. Avez-vous fait plus d'un appel téléphonique?

R. Non.

LA COUR : Avez-vous envoyé ou reçu des messages textes lorsque vous étiez dans le terrain de stationnement et que vous aviez votre téléphone cellulaire?

R. Non.

[13] Le juré numéro 3 a témoigné également qu'il avait fait l'appel téléphonique debout à côté de son camion, [TRADUCTION] « entre la porte arrière et un

autre véhicule », dans le terrain de stationnement principal et qu'il était [TRADUCTION] « resté simplement appuyé contre [son] camion », en face du shérif, pendant la durée de l'appel. Il n'est pas clair, à partir de la preuve, pourquoi le juré numéro 3 a attendu que les délibérations commencent pour effectuer l'appel téléphonique, étant donné qu'il avait reçu le message texte de son épouse vers l'heure du lunch. Le juge n'a pas poursuivi son interrogation à ce sujet afin d'éviter de [TRADUCTION] « contre-interroger un juré », et il a convenu avec le poursuivant que [TRADUCTION] « la question de savoir si le juré numéro 3 avait décidé d'attendre [n'était] pas pertinente ».

[14] Plusieurs autres jurés ont fait des déclarations intéressantes au sujet des délibérations. L'exercice consistant à poser la même série de questions aux différents membres du jury révèle à quel point le souvenir d'un même événement peut varier très considérablement d'une personne à l'autre, même moins de deux mois plus tard. Les jurés ont fourni des réponses contradictoires même au sujet du nombre de pauses qu'ils ont prises, certains jurés se rappelant d'avoir pris une pause, d'autres deux, et un juré affirmant qu'ils avaient pris [TRADUCTION] « trois pauses tout au plus ». Des réponses contradictoires ont aussi été fournies à la question de savoir combien de jurés étaient allés dehors ou combien étaient demeurés dans la salle pendant les pauses, un des jurés (le juré numéro 9) témoignant que tous étaient allés dehors.

[15] Quatre jurés ont témoigné être demeurés à l'intérieur lorsque les autres sont allés dehors prendre la pause, mais ils n'ont pu préciser si un shérif était demeuré dans la salle des jurés avec eux à ce moment-là. Le juré numéro 4 a témoigné qu'il y avait deux [TRADUCTION] « aides » du shérif, dont un au moins était demeuré dans la salle des jurés. La jurée numéro 5 se rappelait qu'il pouvait y avoir eu un [TRADUCTION] « petit monsieur » dans la salle des jurés. Elle pensait qu'il y avait eu deux shérifs, puisque les deux portaient l'uniforme de shérif, mais au bout du compte elle ne pouvait se rappeler avec certitude si un shérif était demeuré dans la salle des jurés avec eux ou non. Le juré numéro 11 a indiqué qu'un shérif avait été dans la salle des jurés [TRADUCTION] « pendant une partie du temps », mais ne pouvait se rappeler si un

shérif était présent dans la salle des jurés avec eux lorsque les autres étaient allés dehors. Le juré numéro 12 croyait qu'un shérif était demeuré dans la salle avec eux.

[16] Les détails sur la question de savoir si le juré numéro 3 a fait un appel téléphonique ou non, et dans l'affirmative, de savoir quelle était la nature de cet appel, sont quelque peu vagues également, compte tenu des seuls témoignages des jurés. Le juré numéro 4 se rappelait que le juré numéro 3 avait fait part aux autres jurés d'une conversation téléphonique qu'il avait eue. Rappelons que le juré numéro 3 a témoigné avoir discuté du contenu de son appel téléphonique avec un autre juré : [TRADUCTION] « [J']ai dit – j'ai mentionné l'appel à un autre juré en lui disant que j'étais heureux que mon fils allait pouvoir se reprendre en main parce qu'il venait de décrocher un bon emploi, et c'est à peu près tout. » Cela dit, voici le témoignage du juré numéro 4 sur ce point :

[TRADUCTION]

LA COUR : Le juré numéro 3, qui aurait été le président du jury je pense, a-t-il discuté avec vous, à quelque moment que ce soit, ou vous a-t-il informé du contenu d'une conversation téléphonique qu'il avait eue?

R. Oui.

LA COUR : D'accord. Qu'est-ce qui a été dit et à quel moment? Pouvez-vous expliquer certaines des circonstances de cette conversation?

R. J'essaie de me rappeler les mots exacts, mais il a dit qu'il avait discuté soit avec un beau-frère ou un parent qui se trouvait en Ontario.

LA COUR : En Ontario?

R. Si je me souviens bien, je pense qu'il a mentionné l'Ontario.

LA COUR : Et est-ce que cela s'est produit après que les délibérations eurent commencé?

R. Oui. Oui, c'est bien le cas.

LA COUR : Et est-ce que vous vous rappelez la nature de la conversation qu'il a – qu'est-ce qu'il vous a dit au sujet de la conversation?

R. Essentiellement, il parlait à cette personne qui se trouvait en Ontario et, si je me rappelle bien, il lui a relaté la série d'événements qui se produisaient ici, concernant le jury ou ... pas tellement le jury mais le procès comme tel.

LA COUR : Il parlait à un proche parent de l'Ontario et discutait de quoi?

R. De certaines parties du procès, si je me souviens bien.

LA COUR : Il discutait de certaines parties du procès avec cette personne en –

R. Ouais, juste concernant, la question de savoir s'il s'agissait de tout le procès ou seulement d'obtenir une idée de ce qui pourrait arriver au procès ou de la manière qu'il ajusterait ou aborderait ce procès.

[...]

R. Autant que je puisse me rappeler, il discutait essentiellement avec quelqu'un de l'Ontario et, si je me souviens bien, il a dit que cette personne pouvait être un proche parent. Maintenant, je ne me rappelle pas de toute l'histoire parce que je n'y ai pas prêté trop attention. Et il parlait à cette personne et discutait dans une certaine mesure de la façon dont ... la façon dont le procès se déroulait. Maintenant, c'est l'étendue de mon souvenir et c'est ce dont il a parlé.

LA COUR : Quelqu'un d'autre était-il présent lorsqu'il vous a dit cela?

R. Dans la salle des jurés?

LA COUR : Oui.

R. Oui, d'autres étaient présents. Ouais.

LA COUR : Et c'est à vous spécifiquement qu'il parlait ou à tout le monde?

R. C'était juste une conversation ouverte.

LA COUR : Savez-vous si tous les jurés ont entendu cela?

R. Je ne saurais le dire. Je peux seulement commenter sur ce que moi j'ai entendu.

LA COUR : Avez-vous une idée du moment où cela s'est produit durant la journée?

R. C'était en début d'après-midi ou en fin de matinée?

LA COUR : Donc cela se serait produit avant que le jury entame ses délibérations? Si je me souviens bien, Monsieur, j'ai probablement donné mes directives au jury vers – vous avez probablement commencé vos délibérations vers 15 h?

R. Quinze heures, ouais, c'est cela. Ouais.

LA COUR : Est-ce que l'événement s'est produit avant ou après?

R. Je pense que ça s'est produit avant, mais je n'en suis pas absolument certain, mais je pense que c'était avant que nous allions effectivement – que vous nous avez donné la charge de délibérer.

LA COUR : Et est-ce que vous vous souvenez d'autres choses au sujet de la conversation que vous venez de décrire?

R. Pas vraiment. Il s'agissait simplement d'une conversation ouverte, très vague, selon laquelle il avait – il a simplement dit cela spontanément pour une raison quelconque. Comme j'ai dit, j'y portais beaucoup d'attention [*sic*], donc voilà.

[Je souligne.]

[17] Aucun autre juré ne se souvenait de détails semblables, quoique le juré numéro 6 se rappelait que quelqu'un avait demandé à un des shérifs s'il pouvait ou si elle pouvait faire un appel téléphonique à sa maison pendant une des pauses, et le juré

numéro 7 a témoigné que le juré numéro 3 avait effectué un appel, au moyen d'un téléphone cellulaire, dans la salle des jurés. Le juré numéro 7 a indiqué que l'appel téléphonique avait eu lieu après que les jurés eurent commencé leurs délibérations, mais avant le souper, et qu'il y avait un shérif dans la salle des jurés à ce moment-là. Il croyait que le juré numéro 3 avait téléphoné sa copine et il l'a simplement [TRADUCTION] « entendu dire : “Écoute, je ne viendrai probablement pas à la maison ce soir. Il se peut que nous restions.” » Le juré numéro 10 ne se rappelait aucunement d'un appel téléphonique, mais il se rappelait qu'un des autres jurés avait demandé d'aller chercher quelque chose dans son véhicule et qu'un shérif l'avait accompagné à cette fin.

[18] Tous les jurés, y compris le juré numéro 3, ont témoigné qu'aucune délibération n'avait eu lieu, à leur connaissance, lorsque certains jurés n'étaient pas présents. Le juré numéro 2 a ajouté : [TRADUCTION] « Je crois qu'on nous a dit de ne pas le faire. »

[19] Enfin, les deux officiers du shérif qui avaient prêté serment pour assurer la surveillance du jury et veiller à ce que leurs délibérations se déroulent en privé, les officiers McDonald et Manuel, ont témoigné au sujet de leurs interactions avec le jury. Le plus expérimenté des deux shérifs, le shérif McDonald, a témoigné en premier. Selon lui, le jury a demandé et a obtenu la permission de prendre deux pauses pendant ses délibérations, de sorte à pouvoir accorder à certains des jurés la possibilité d'aller dehors fumer. On a demandé la deuxième pause peu après que les jurés eurent soupé, et un plus grand nombre de jurés sont allés dehors cette fois-ci, parce que certains voulaient prendre un peu d'air. Deux officiers du shérif, qui n'avaient pas prêté serment, sont demeurés à l'étage, à l'extérieur de la salle des jurés, avec les jurés qui ne voulaient pas aller dehors, tandis que le shérif McDonald a accompagné le reste des jurés au rez-de-chaussée. C'est en descendant au rez-de-chaussée que le juré numéro 3 lui a demandé de faire un appel téléphonique, demande que le shérif a décrite ainsi : [TRADUCTION] « [I]l m'a demandé, en descendant, s'il pouvait utiliser son téléphone afin d'appeler son ex-épouse parce que son fils allait partir dans l'Ouest, à Fort McMurray, tôt en matinée vers quatre, trois ou quatre heures, parce qu'il devait prendre l'avion à Moncton, je crois, je ne suis

pas ... si je ne m'abuse, il avait des vêtements chez lui dont son fils avait besoin, mais il – son – il ne pouvait lui faire parvenir les clés ».

[20] Fait important, le shérif McDonald a reconnu que la procédure normalement utilisée dans le cas de demandes de communication avec une tierce partie pendant un procès avec jury n'avait pas été suivie, puisqu'il [TRADUCTION] « [n']avait pas informé » le juge. Il a dit pendant son contre-interrogatoire qu'[TRADUCTION] « avec le recul, [il aurait] dû le faire ». De plus, l'explication qu'il a fournie durant l'interrogatoire principal de ce que cela veut dire de prêter serment et d'[TRADUCTION] « assumer la responsabilité du jury » montre bien qu'il comprenait que le jury devait demeurer séquestré. Voici ce qu'il a dit :

[TRADUCTION]

Q. Bon, et vous avez effectivement assumé la responsabilité du jury?

R. Oui, c'est moi qui l'ai assumée.

Q. Alors – qu'est-ce que cela veut dire en effet?

R. J'ai – eh bien, cela veut dire que je dois suivre ce que le juge – lorsque j'ai prêté serment devant le juge, j'ai juré devant le juge que je m'occuperais du jury, que je veillerais à ce qu'il demeure séquestré, que je ne laisserais les jurés parler à personne et ne laisserais personne leur parler, que je veillerais à ce qu'ils soient en sécurité dans leur... dans leur salle, que je veillerais à ce qu'ils soient nourris et que les repas leur soient apportés lorsqu'on les demanderait et que je veillerais à ce qu'on réponde à tous leurs autres besoins.

Le jury lui-même avait reçu une directive sur ce point avant sa séquestration lorsque le juge lui a dit, dans son exposé : [TRADUCTION] « [u]ne fois que vous serez dans la salle des jurés pour déterminer votre verdict, la loi exige que vous soyez tenus à l'écart, séparés de toute autre personne jusqu'à ce que vous ayez atteint un verdict, et cela signifie que vous êtes ensemble, mais tenus à l'écart ».

[21] Au lieu de suivre ce qu'il savait être la procédure appropriée, après que le juré numéro 3 lui eut demandé de téléphoner, le shérif McDonald a dit au shérif Manuel : [TRADUCTION] « amène le juré numéro 3 à son véhicule, vas-y et reste avec lui tout le temps. Ne le quitte jamais, récupère son téléphone cellulaire, laisse-le faire son appel, puis revient directement à la salle des jurés dès qu'il aura terminé son appel sur son téléphone cellulaire ». Après la pause-cigarette, le shérif McDonald est revenu le premier à la salle des jurés avec son groupe, suivi du shérif Manuel avec le juré numéro 3. Selon le shérif McDonald, ce dernier s'était trouvé séparé du groupe pendant environ cinq minutes.

[22] Sur la question de savoir si le jury avait délibéré en l'absence de certains jurés, le shérif McDonald a témoigné qu'il n'avait entendu aucune discussion de la sorte entre les jurés qu'il avait accompagnés dehors. Avant de descendre pour la première pause, il avait donné aux jurés certaines directives concernant la tenue de délibérations pendant qu'ils se trouvaient séparés :

[TRADUCTION]

Q. D'accord. Est-ce qu'on leur donne des directives sur ce qu'ils peuvent discuter pendant une pause?

R. Je leur ai dit, avant de descendre, que personne ne devait discuter du procès à moins qu'ils soient tous réunis, l'ensemble des 12. Je leur ai dit qu'ils pouvaient parler de la météo, du tricot, des parties de hockey, de tout sauf du procès.

[23] En contre-interrogatoire, il a reconnu que les deux officiers du shérif qui se trouvaient à l'extérieur de la salle des jurés pendant les pauses n'auraient pas été en mesure d'entendre ce que discutaient les jurés à l'intérieur de la salle.

[24] Le shérif Manuel a témoigné ensuite et il a corroboré ce que le shérif McDonald avait dit concernant les événements menant à l'appel téléphonique effectué par le juré numéro 3. Il a également affirmé qu'il n'existe pas, à sa connaissance, de politique des shérifs prescrivant qu'un officier du shérif demeure dans la salle des jurés

avec les jurés qui y restent lors d'une pause. Après avoir reçu la directive d'accompagner le juré numéro 3 jusqu'à son camion, le shérif Manuel a quitté l'édifice avec le juré numéro 3 en même temps que d'autres jurés allaient dehors avec le shérif McDonald. Le shérif Manuel et le juré numéro 3 ont marché vers l'ouest jusqu'au camion, où le juré numéro 3 a récupéré son téléphone cellulaire de la console centrale du véhicule. Le shérif Manuel a témoigné qu'il se trouvait à une distance d'environ un mètre du juré numéro 3 lorsque l'appel a été effectué. Le juré numéro 3 a d'abord composé le numéro de son épouse à la maison, puis son numéro au travail. Le shérif Manuel a résumé brièvement la conversation, en répétant essentiellement le témoignage du juré numéro 3 : [TRADUCTION] « [L]e but entier de la conversation était qu'il voulait remettre ses clés – il tentait de trouver un moyen de remettre les clés à son ex-épouse afin qu'elle puisse déverrouiller la porte pour que son fils puisse obtenir certaines choses ... il s'agissait de lui trouver un moyen pour que quelqu'un vienne au palais de justice afin de récupérer ces clés. C'était cela l'essentiel de la conversation ». Selon le souvenir dont avait le shérif Manuel de la conversation, le juré numéro 3 n'a pas discuté du procès avec son épouse.

[25] Même si le juré numéro 3 a témoigné qu'il avait fait un seul appel téléphonique, le shérif Manuel a dit qu'il en avait fait un autre, qui avait duré environ 25 secondes, à sa copine pendant que lui et le juré numéro 3 se dirigeaient à pied du camion vers le palais de justice. Il croyait que le but de cet appel téléphonique était encore de trouver un moyen de faire parvenir les clés à l'épouse du juré numéro 3. Après cette deuxième conversation, le shérif Manuel a récupéré le téléphone du juré numéro 3 avant que les deux rentrent à l'intérieur du palais de justice. En réinterrogatoire, le shérif Manuel a convenu avec le poursuivant que les membres du jury se seraient soumis aux mêmes mesures de sécurité que toute autre personne se trouvant dans l'édifice et que, par conséquent, un téléphone cellulaire aurait [TRADUCTION] « déclenché le système ».

[26] Le shérif Manuel a témoigné qu'il se trouvait dans la salle lorsque le shérif McDonald a donné la directive au jury de ne pas discuter de l'affaire à moins que tous les jurés soient présents. Voici ce qu'il a dit : [TRADUCTION] « Dès qu'ils ont été

séquestrés, Art McDonald et moi-même sommes rentrés dans la salle, je l'accompagnais, et il leur a dit que s'ils devaient prendre une pause ou aller fumer une cigarette, ils devaient s'assurer – si seulement ils – ils pouvaient seulement parler du procès lorsqu'ils se trouvaient tous réunis ».

[27] Le juge du procès a terminé l'enquête en faisant remarquer que, s'agissant des conclusions au sujet de la crédibilité, il n'était pas mieux placé que la Cour d'appel, puisque rien dans le comportement des témoins ne lui indiquait qu'il devait tirer une conclusion plus qu'une autre :

[TRADUCTION]

LA COUR : Je m'étais penché sur la question de savoir, et cela fait partie des transcriptions donc c'est dans le dossier, j'avais examiné la question de savoir si je devais – dans l'éventualité où il y aurait des questions de crédibilité, des témoignages contradictoires – si j'étais mieux placé, dans une meilleure position que la Cour d'appel, pour tirer des conclusions en matière de crédibilité et si je devais faire des observations à ce sujet. Ayant aujourd'hui entendu les témoins, je n'ai rien constaté, bien franchement, dans le comportement des témoins qui me fournirait des balises, d'une manière ou d'une autre, pour tirer des conclusions en matière de crédibilité. Il pourrait y avoir des questions au sujet de la preuve en tant que telle, en ce qui concerne les moments précisés et ainsi de suite, et ce qu'un témoin a pu dire par rapport à un autre, mais tout cela se trouve dans la transcription. Je n'ai certainement rien décelé qui puisse être considéré comme un comportement particulier, je ne vois pas ce que je pourrais faire comme observation concernant le comportement d'un témoin qui me permettrait – qui me ferait pencher vers une conclusion concernant la crédibilité plus que vers une autre. Je ne parle pas de la preuve en tant que telle. Il s'agit simplement du comportement des témoins. Donc, à ce... à ce stade, je ne vois pas ce que je pourrais offrir à la Cour d'appel qui puisse être utile ou qui puisse servir d'orientation en termes d'observations que je pourrais faire au sujet du comportement des témoins à la barre et je m'arrêterai là.

III. Questions soulevées en appel

[28] M. Martin soulève plusieurs moyens d'appel qui, pour la plupart, allèguent qu'il a été porté atteinte à son droit à un procès juste et impartial ou qu'il y a eu apparence d'atteinte à ce droit. Dans son mémoire, les moyens sont résumés comme suit :

- A) En application du ss-al. 686(1)a)(iii) du *Code criminel* du Canada, le verdict rendu par le jury ne peut être confirmé parce que l'appelant a été victime d'une erreur judiciaire en raison des irrégularités procédurales qui ont été permises durant le procès.
- B) Le juge du procès a commis une erreur en tirant comme conclusion, après la présentation d'une preuve faisant état d'erreurs procédurales survenues pendant le procès et les délibérations des jurés, erreurs qui se sont soldées en une erreur judiciaire ou en l'apparence de celle-ci, qu'il n'avait pas compétence pour prononcer la nullité du procès après la libération du jury.
- C) Le juge du procès a prononcé une sentence qui était manifestement inappropriée et déraisonnable, compte tenu des faits de l'affaire dont il était saisi et du but et des objectifs fondamentaux de la détermination de la peine énoncés à l'art. 718, ainsi que des principes énoncés à l'art. 718.1 et à l'art. 718.2 du *Code criminel* du Canada, en accordant une importance indue au concept de la dissuasion générale lors de la détermination de la peine, en considérant le verdict de culpabilité du jury comme une indication de l'intérêt public, en considérant la profession d'avocat de l'appelant comme un facteur aggravant dans la détermination de la peine, et enfin, en omettant de tenir compte comme il se devait de le faire des principes d'atténuation de la peine énoncés dans l'arrêt *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, à la suite de l'admission d'une preuve obtenue en violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte*.

IV. Analyse et droit

B. *Erreur judiciaire*

[29] M. Martin soutient que notre Cour a le pouvoir d'accueillir l'appel, en application du ss-al. 686(1)a)(iii) du *Code criminel*, du fait que des irrégularités procédurales se sont produites au procès et ont entraîné une erreur judiciaire ou l'apparence de celle-ci. Le sous-alinéa 686(1)a)(iii) du *Code criminel* prévoit ce qui suit :

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

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

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

[...]

[...]

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice[.]

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire[.]

[30] S'agissant de l'appel d'une déclaration de culpabilité, les pouvoirs d'une cour d'appel énoncés à l'art. 686 du *Code criminel* englobent le pouvoir de rejeter l'appel malgré certaines erreurs, notamment des erreurs de droit. Toutefois, ce pouvoir n'existe pas lorsqu'une erreur procédurale ou une irrégularité qui ne constitue pas une erreur de droit survient, quoique cela arrive rarement : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 18. Si une erreur ou irrégularité de procédure survient au procès mais n'est pas assimilable à une erreur de droit, la cour d'appel doit évaluer l'appel interjeté sous le régime du ss-al. 686(1)a)(iii) et déterminer s'il y a eu erreur judiciaire. Dans l'affirmative, aucune disposition ne peut corriger une telle erreur ou irrégularité. Si la cour conclut à une erreur judiciaire, elle doit « accueillir l'appel, soit en rendant un verdict d'acquittement, soit en ordonnant la tenue d'un nouveau procès » (par. 18).

[31] L'erreur ou l'irrégularité alléguée en l'espèce ne peut être assimilable à une erreur de droit, parce qu'elle ne peut être attribuée au juge du procès et, partant, si la Cour conclut à une erreur judiciaire, elle ne peut appliquer les dispositions réparatrices de l'article 686.

[32] L'arrêt *Khan* explique en détail l'analyse qui doit être entreprise en application du ss-al. 686(1)a)(iii). Je souscris au résumé utile fourni par le juge d'appel Rouleau dans l'arrêt *R. c. Spiers*, 2012 ONCA 798, [2012] O.J. No. 5450 (QL) :

[TRADUCTION]

Le sous-alinéa 686(1)a)(iii) du *Code criminel* permet à notre Cour d'écarter une déclaration de culpabilité lorsqu'elle est d'avis que « pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire ». Dans l'arrêt *R. c. Khan*, le juge LeBel (qui était dissident, mais pas sur ce point) a fait, aux par. 69 à 87, une analyse approfondie du concept de « l'erreur judiciaire ». Il a fait remarquer qu'il n'existe aucune formule rigoureuse pour déterminer s'il y a eu erreur judiciaire et que les irrégularités peuvent prendre de nombreuses formes imprévisibles. La gravité des irrégularités et leur incidence sur l'équité du procès et l'apparence d'équité doivent être évaluées au cas par cas. Une apparence d'erreur judiciaire entraînant la tenue d'un nouveau procès existe « si l'irrégularité est telle qu'elle déconsidère l'administration de la justice » aux yeux d'un observateur raisonnable et objectif. « Nous devons nous demander si une personne raisonnable et bien renseignée qui tiendrait compte de l'ensemble des circonstances aurait eu la perception que le procès était ou paraissait inéquitable » : par. 73. Voir aussi *R. c. Cameron* (1991), 2 O.R. (3d) 633 (C.A. Ont.). [Par. 32]

[33] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828, a repris l'opinion concordante exprimée par le juge LeBel dans l'arrêt *Khan* lorsqu'il examinait le sens du terme erreur judiciaire employé au ss-al. 686(1)a)(iii) :

Dans l'opinion concordante qu'il a rédigée dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, le juge LeBel s'est interrogé sur la nature des erreurs judiciaires visées au

sous-al. 686(1)a)(iii). Il a conclu, au par. 69, que lorsqu'on se demande si une irrégularité survenue au cours d'un procès constitue une erreur judiciaire, « [l]a question essentielle à trancher à cet égard consiste à savoir si l'irrégularité était grave au point de rendre le procès inéquitable ou de créer une apparence d'iniquité. »

Dans *R. c. Wolkins*, 2005 NSCA 2, 229 N.S.R. (2d) 222, par. 89, le juge Cromwell a fait un résumé utile des deux types d'iniquité visés par le terme « erreur judiciaire » au sous-al. 686(1)a)(iii) :

[TRADUCTION]

... les tribunaux regroupent généralement les erreurs judiciaires sous deux catégories. La première concerne les cas portant sur la question de savoir si le procès a dans les faits été équitable. Le prononcé d'une déclaration de culpabilité au terme d'un procès inéquitable constitue en général une erreur judiciaire [...] La deuxième concerne les cas touchant à l'intégrité de l'administration de la justice. Il est possible de conclure à l'existence d'une erreur judiciaire lorsque survient, au cours d'un procès, une situation – y compris une apparence d'iniquité – qui est grave au point d'ébranler la confiance de la population dans l'administration de la justice... [Références omises.]

[...]

Dans les cas où aucun préjudice concret n'a été démontré, pour que la tenue d'un nouveau procès soit justifiée, il faut être en présence d'une apparence marquée d'iniquité, qui constituerait une ingérence grave dans l'administration de la justice et porterait atteinte au sens du franc-jeu et de la décence de la communauté. Pour déterminer si le comportement reproché constitue une erreur judiciaire, « [n]ous devons nous demander si une personne raisonnable et bien renseignée qui tiendrait compte de l'ensemble des circonstances aurait eu la perception que le procès était ou paraissait inéquitable » : *Khan*, le juge LeBel, par. 73. [Par. 50, 51 et 74]

[Je souligne.]

[34] Dans l'arrêt *R. c. Cameron*, [1991] O.J. No. 415 (C.A. Ont.) (QL), le juge d'appel Labrosse a insisté sur le fait qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que l'accusé a subi un préjudice concret dans toutes les circonstances où l'on reproche une irrégularité dans les délibérations du jury. Afin de concilier des décisions jurisprudentielles antérieures qui, semble-t-il, étaient contradictoires, il a fourni l'explication suivante :

[TRADUCTION]

Pour arriver à concilier ces analyses qui, semble-t-il, sont contradictoires, il faut isoler l'inquiétude soulevée par la circonstance reprochée. Si, comme dans les arrêts *Gilson* et *Labelle*, la conduite reprochée n'est pas de nature à pouvoir déconsidérer l'administration de la justice, alors il s'agit effectivement de déterminer si un préjudice concret a été causé à l'accusé. Lorsque les événements en cause sont graves au point de déconsidérer l'administration de la justice, comme c'était le cas dans l'arrêt *Hertrich*, alors l'attention doit se tourner vers le système de justice, et il y a erreur judiciaire chaque fois que la confiance du public dans le système est ébranlée; cette confiance est tout aussi ébranlée par l'apparence d'un procès inéquitable que par son existence dans les faits. [Par. 22]

[35] Ainsi, sous le régime du ss-al. 686(1)a)(iii), une erreur judiciaire peut se produire de deux manières : 1) un préjudice concret est causé à l'accusé; 2) les événements en cause sont suffisamment graves pour porter atteinte à l'intégrité de l'administration de la justice, qu'il y ait eu un procès inéquitable dans les faits ou apparence de procès inéquitable. La présente affaire relève de la seconde manière, puisqu'il n'a pas été établi que M. Martin a subi un préjudice réel. La question est donc celle de savoir si les erreurs des shérifs dans l'accomplissement sous serment de leurs fonctions ou si les irrégularités qui se seraient produites dans le cadre des délibérations du jury sont suffisantes pour ébranler la confiance du public dans le système parce qu'il y aurait apparence de procès inéquitable.

[36] Dans ses observations, M. Martin cite, parmi les irrégularités procédurales qui auraient donné lieu à une erreur judiciaire, les suivantes : les interruptions dans la séquestration du jury, les appels téléphoniques à des tierces parties effectués par le juré

numéro 3, lesquels n'étaient pas autorisés, la surveillance du jury, assurée par une tierce partie inconnue, et enfin, la partialité du juge du procès à l'enquête et les questions insuffisantes qu'il a posées à cette occasion. Avec égards, je rejette cette dernière prétention. À mon avis, les questions posées aux jurés par le juge ne dénotent aucune partialité ou insuffisance.

[37] Le poursuivant réplique à ces prétentions en faisant valoir qu'il [TRADUCTION] « n'est plus réaliste de s'attendre à ce que tous les procès au criminel soient complètement exempts de toute irrégularité procédurale », et il invoque à cet égard l'arrêt *R. c. Horne*, [1987] A.J. No. 440 (C.A.) (QL), afin d'établir que [TRADUCTION] « ce ne sont pas toutes les communications inappropriées avec un jury siégeant à un procès qui entraîneront la nullité d'un procès ». Le poursuivant ajoute que [TRADUCTION] « chaque affaire dépend de ses propres faits relatifs à la conduite inappropriée d'un jury », et que [TRADUCTION] « compte tenu des faits en l'espèce [...] l'intervention de la Cour d'appel n'est pas justifiée ». Avec égards, je ne suis pas de cet avis.

[38] Plusieurs faits sont clairs d'après le dossier de l'enquête : deux officiers du shérif ont prêté serment pour assumer la responsabilité du jury; le juré numéro 3 a effectué au moins un appel téléphonique à un certain moment après la séquestration du jury; un officier du shérif a accompagné le juré numéro 3 pendant qu'il faisait son appel; le juge n'a pas été informé de la demande faite par le juré numéro 3 de communiquer avec une tierce partie; à un moment donné, sans la permission du juge, les jurés ont été séparés en trois groupes distincts : un groupe se trouvait à l'intérieur, un groupe était dehors avec le shérif McDonald et fumait ou prenait un peu d'air, et enfin, le juré numéro 3 effectuait un appel téléphonique près de son camion en la présence du shérif Manuel. Il y a des témoignages contradictoires concernant le nombre d'appels téléphoniques effectués par le juré numéro 3, concernant la durée et la nature de ces appels, et sur la question de savoir si un shérif ou un « aide » du shérif est demeuré dans la salle des jurés avec les jurés qui étaient restés à l'intérieur pendant les pauses, ainsi que sur le nombre de pauses qui ont été prises après le début des délibérations. Mis à part le témoignage du

juré numéro 7, la preuve est cohérente sur le fait que le téléphone du juré numéro 3 se trouvait dans son camion sauf lorsqu'il l'a utilisé en la présence du shérif Manuel. Outre le fait évident qu'à un moment donné les jurés ont été séparés en groupes distincts, aucun élément de preuve n'indique que des délibérations ont eu lieu, à quelque moment que ce soit, lorsque tous les membres du jury n'étaient pas présents.

[39] Un examen de la jurisprudence montre clairement que les circonstances de la présente affaire ne constituent pas l'exemple le plus grave d'irrégularités qui se seraient produites au cours d'un procès. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Cameron*, le jury était allé souper dans une salle privée d'un restaurant local pendant un procès pour meurtre. En plus du jury, deux constables de la cour qui avait prêté serment étaient présents, ainsi que trois autres constables qui n'avaient pas prêté serment, le registraire de la cour, le sténographe judiciaire, un shérif adjoint, un officier du shérif chargé de la surveillance des prisonniers et un agent de la police municipale en uniforme qui était un proche premier cousin de la victime dans cette affaire de meurtre. Par surcroît, une fois les jurés de retour à leur hôtel pour la soirée, avant que les délibérations se poursuivent le lendemain matin, un constable de la cour qui n'avait pas prêté serment et qui avait participé au souper a invité un des jurés à prendre un verre avec lui au bar de l'hôtel, et le juré a accepté l'invitation. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la déclaration de culpabilité ne pouvait être confirmée, étant donné que l'apparence d'iniquité était [TRADUCTION] « incontestable » (par. 26). Voir aussi *R. c. Masuda*, [1953] B.C.J. No. 102 (C.A.C.-B.) (QL), où une déclaration de culpabilité pour meurtre a été infirmée en appel parce que des témoins à charge avaient dîné avec des membres du jury.

[40] Dans l'arrêt *Rex c. Nash*, [1949] A.N.-B. n° 7 (C.A.N.-B.) (QL), la Cour a annulé un verdict de culpabilité rendu par un jury contre une personne accusée de meurtre. Dans cette affaire, les membres du jury avaient passé plusieurs nuits à l'hôtel, les délibérations s'étant prolongées sur plusieurs jours. Pendant ce temps, plusieurs membres du jury avaient communiqué avec des membres de leur famille au moyen d'un téléphone payant sous la surveillance d'un constable qui avait prêté serment; un juré avait été soigné par un médecin; et enfin, le jury était allé voir un film au sujet d'un homme

condamné à la pendaison pour ses crimes, et durant le film il s'était mêlé au groupe des spectateurs. Un nouveau procès avait été ordonné pour cause de séparation inappropriée des membres du jury.

[41] L'arrêt *R. c. Arsenault*, [1956] A.N.-B. n° 3 (C.A.N.-B.) (QL), est un exemple moins grave de cas d'irrégularités pendant des délibérations. Dans cette affaire, au cours d'un procès pour accusation de vol qualifié d'une banque, un greffier de la cour était entré dans la salle des jurés pendant les délibérations et avait répondu à une question du jury concernant les verdicts possibles. Même si le juge n'avait pas rappelé le jury après l'incident afin de s'enquérir sur toute influence possible, notre Cour a conclu qu'il n'y avait pas eu erreur judiciaire et elle a confirmé le verdict d'acquiescement rendu par le jury. Pour obtenir d'autres exemples d'irrégularités semblables relatives à une communication non autorisée avec un jury séquestre, les verdicts rendus par le jury ayant été confirmés en appel dans les deux cas, voir *R. c. Gilson*, [1965] O.J. No. 1003 (C.A. Ont.) (QL), et *R. c. Labelle*, [1981] O.J. No. 126 (C.A. Ont.) (QL).

[42] La présente affaire tombe à mi-chemin à peu près en termes de gravité de l'irrégularité, la myriade de faits en l'espèce se soldant, à mon avis, en une apparence indéniable d'iniquité. Les appels téléphoniques non autorisés effectués par le juré numéro 3 sont un sujet de préoccupation particulière, ainsi que la présence, dans la salle des jurés, d'officiers du shérif ou d'« aides » qui n'avaient pas prêté serment et la séparation non autorisée de membres du jury à au moins une occasion pendant leurs délibérations. Même si, dans l'arrêt *Nash*, le juge en chef Richards a indiqué que les appels téléphoniques en tant que tels ne justifiaient pas l'infirmité de la déclaration de culpabilité, en affirmant que [TRADUCTION] « tout en étant inappropriés et irréguliers, il a été établi que durant les divers contacts des jurés avec d'autres personnes, aucune mention n'avait été faite du procès et que le jury n'avait pas pu être influencé par ces contacts » (par. 23), en l'espèce, il y a d'autres faits, à part les appels téléphoniques effectués par le juré numéro 3, qui créent l'erreur judiciaire, tout comme c'était le cas dans l'arrêt *Nash*. Par ailleurs, même s'il n'y a aucune preuve de préjudice concret qui

aurait été causé à l'accusé, en ce sens qu'aucune preuve recueillie à l'enquête n'indique que le jury aurait subi une influence induue, tout comme dans l'arrêt *Cameron* :

[TRADUCTION]

[...] des incidents qui constituent des irrégularités à ce point flagrantes de la part de ceux qui devaient assumer la responsabilité du jury séquestré et de la part de ceux qui étaient chargés de l'administration de la justice ne sauraient être excusés. Il ne suffit pas de dire qu'aucun préjudice réel n'a été démontré et que les jurés ont déclaré sous serment qu'ils rendraient un verdict exact conforme aux témoignages.

L'enquête n'a établi aucun préjudice réel, mais elle a peu fait ou n'a rien fait du tout pour régler la question de l'apparence d'iniquité qui, à mon avis, est incontestable. La déclaration de culpabilité ne peut être confirmée. [Par. 25 et 26]

[43] Comme je l'ai indiqué ci-dessus, M. Martin a aussi soulevé une question au sujet de la façon dont le juge du procès a interrogé les membres du jury pendant l'enquête. Quoiqu'il eût peut-être été préférable d'interroger le juré numéro 3 après avoir interrogé les autres jurés, de manière à pouvoir poser des questions au sujet de la preuve de ces derniers, je souscris aux observations du juge du procès lorsqu'il affirme que l'enquête est un exercice de découverte des faits, dont le but n'est pas de contre-interroger les membres du jury. Il n'est ni possible ni permis d'enquêter sur les détails des délibérations réelles du jury et, en conséquence, les dossiers des enquêtes de cette nature seront forcément toujours incomplets en partie. Le juge du procès a mené l'enquête de façon juste et appropriée et les allégations à l'effet contraire n'ont pas influencé ma conclusion selon laquelle il y a eu erreur judiciaire dans la présente affaire.

B. *Autres moyens d'appel*

[44] Étant donné ma conclusion selon laquelle il y a eu erreur judiciaire justifiant la tenue d'un nouveau procès, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres moyens d'appel pour trancher l'appel. De plus, je n'ai pas à me pencher sur la demande

d'autorisation d'interjeter appel de la sentence. Toutefois, j'aurais certaines observations à faire au sujet de la compétence du juge du procès de déclarer la nullité du procès dans des circonstances où la preuve d'irrégularités procédurales survient après que le jury a rendu un verdict et a été libéré, mais avant la détermination de la peine. Au début de l'audition du présent appel, nous avons demandé aux avocats de nous présenter des observations écrites supplémentaires sur cette question même, après quoi l'audition s'est poursuivie. Entre-temps, un de nos confrères a été nommé à une autre cour. En conséquence, l'audition de l'affaire s'est poursuivie devant deux juges seulement, ce que permet le par. 8(5) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2.

[45] M. Martin a présenté un argument convaincant sur le fait que le juge du procès conservait la compétence pour ordonner la nullité du procès dans les circonstances de l'espèce, et l'intimée a répondu de façon tout aussi convaincante. Compte tenu de la réduction de notre formation par suite du départ de notre confrère et du fait qu'il n'est pas nécessaire que nous examinions cette question, étant donné notre conclusion, je crois qu'il est préférable de ne pas trancher cette question à ce stade. Je ferais remarquer, toutefois, que la présente affaire ne ressemble pas à celle de *R. c. Head*, [1986] 2 R.C.S. 684, [1986] A.C.S. n° 76 (QL), ni à celle de *R. c. Burke*, 2002 CSC 55, [2002] 2 R.C.S. 857, qui a établi la règle et l'exception pour les cas où un verdict rendu par le jury aurait pu être mal inscrit. Il ne s'agit pas d'une affaire de verdict mal inscrit, comme c'était le cas dans l'arrêt *Burke*, ou d'un cas de défaut de recevoir le verdict complet, comme c'était le cas dans l'arrêt *Head*, où le verdict sur les infractions moindres n'avait jamais été communiqué. Il s'agit plutôt, en l'espèce, du défaut des autorités judiciaires de prendre les précautions appropriées selon la loi et selon les directives du juge afin qu'aucune irrégularité ou apparence d'irrégularité ne survienne. L'affaire se rapproche davantage d'une situation où, après un verdict, il est établi qu'une forme quelconque de subornation du jury a eu lieu. Il va sans dire que dans des situations de ce genre, un argument très convaincant pourrait être fait selon lequel un juge de procès devrait être en mesure de déclarer la nullité du procès plutôt que de prononcer la sentence.

[46] En attendant que cette question soit réglée, je souscris certainement à la procédure suivie par le juge du procès en l'espèce, soit celle d'avoir monté un dossier pour la Cour d'appel.

V. Conclusion et dispositif

[47] Pour conclure, je suis d'avis que la myriade d'erreurs et d'irrégularités de nature procédurale qui ont entouré les délibérations du jury, dont aucune n'est attribuable au juge du procès ou assimilable à une erreur de droit, établit qu'il y a eu erreur judiciaire, en ce sens qu'une personne raisonnable et bien informée qui examinerait l'ensemble des circonstances conclurait que la procédure suivie semble inéquitable. En conséquence, j'accueillerais l'appel, j'annulerais le verdict et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.