COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

86-15-CA

JAMES IAN GARDINER

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Gardiner v. R., 2016 NBCA 27

CORAM:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Provincial Court:
July 16, 2015 (conviction)
September 17, 2015 (sentence)

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 11, 2016

Judgment rendered:
June 2, 2016

Counsel at hearing:

James Ian Gardiner appeared in person

For the respondent:
Jean-Guy Savoie

JAMES IAN GARDINER

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Gardiner c. R., 2016 NBCA 27

CORAM :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 16 juillet 2015 (déclaration de culpabilité)
le 17 septembre 2015 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 11 mai 2016

Jugement rendu :
le 2 juin 2016

Avocats à l'audience :

James Ian Gardiner a comparu en personne

Pour l'intimée :
Jean-Guy Savoie

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed.

LA COUR

L’appel de la déclaration de culpabilité est rejeté.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] James Ian Gardiner appeals his conviction on a charge of having broken into a building and committing theft therein (s. 348 (1) of the *Criminal Code*). The conviction was pronounced in the Provincial Court after a trial in which Mr. Gardiner was represented by a senior and experienced lawyer. Mr. Gardiner's grounds of appeal all challenge the effectiveness of his trial counsel. He alleges his lawyer did not follow instructions, recommended a plea to another charge, presented an overall inadequate defence and did not cross-examine certain witnesses.

[2] Grounds of appeal based on the ineffectiveness of legal representation have been the subject of several decisions of our Court, which has gone so far as to adopt a protocol for appeals involving such allegations. In one of the latest decisions, *Robichaud v. R.*, 2014 NBCA 1, 415 N.B.R. (2d) 218, Larlee J.A., for the Court, reviewed the principles arising from the jurisprudence:

> *R. v. G.D.B* sets out a two-step process to be followed in an ineffectiveness claim: there is a performance component and a prejudice component. For an appeal to succeed, it must be established: (1) counsel's conduct or omissions amounted to incompetence; and (2) the incompetence resulted in a miscarriage of justice (para. 26). In *R. v. Gardiner*, 2010 NBCA 46, 362 N.B.R. (2d) 179, this Court found counsel ineffectively defended Mr. Gardiner, not because of tactical decisions, but because he incompetently dealt with the rule in *Browne v. Dunn*, and that was a sufficient basis to allow the appeal. Richard, J.A., for a unanimous panel, summarizes the law:
>
>> It is incontestable that, in the modern Canadian criminal justice system, a person who chooses to be represented by a lawyer has the right to the "effective assistance" of that counsel. This proposition goes to the very heart of the adversarial system upon which our criminal justice system is founded. It is a principle the Supreme Court of

> Canada recognized in *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, as a principle of fundamental justice that is "derived from the evolution of the common law, s. 650(3) of the *Criminal Code* of Canada, and ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*" (para. 24). It follows, therefore, that in some circumstances, the ineffective assistance of counsel at trial may form the basis for appellate intervention. However, the standard is high.
>
> To be successful in an appeal based on an ineffectiveness claim, an appellant must establish that his counsel's "acts or omissions constituted incompetence" (the performance component) and that "a miscarriage of justice resulted" (the prejudice component). Appellate interference is only justified when both components have been established. [...]
>
> [...]
>
> [...] [I]n the course of a trial, defence counsel is called upon to make a number of strategic judgment calls, and judges should not lightly "second guess the tactical decisions of counsel" (see *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] S.C.J. No. 20 (QL), at para. 37). As the Supreme Court said, "[i]n an adversarial system of criminal trials, trial judges must, barring exceptional circumstances, defer to the tactical decisions of counsel" and there is "a 'strong presumption' that defence counsel are competent in advancing the interests of their clients" (para. 36). Appellate judges are likewise duty bound to apply that deferential approach. [paras. 1, 2 and 10]

In approving this statement of the law, Drapeau, C.J.N.B. in *E.K.M.* underscores "[t]he law in its wisdom presumes competence on the part of defence counsel, and an appellate judge would be foolhardy indeed to second-guess trial strategy in the absence of compelling evidence of malpractice" (para. 31). [para. 27]

She then concludes as follows:

> In this case the allegation of ineffective counsel is based on what one might call a tactical decision, a strategic judgment call, or trial strategy: the lawyer decided not to introduce the pre-offence conduct notes into evidence. To iterate the words of Drapeau C.J.N.B. in *E.K.M.*, it would be foolhardy to second guess the trial strategy of defence counsel in the absence of compelling evidence of malpractice. In my view, Mr. Robichaud has not been able to prove he was prejudiced by that decision or that he has suffered any other prejudice resulting from the assistance of his former counsel. I would add, however, that I have not seen anything in my review of the record and other evidence that would suggest trial counsel's preparation for, or his performance at, trial fell outside the range of reasonable, professional conduct (See *R. v. Buckley*, para. 9). Put another way, defence counsel's conduct more than met the standard of reasonableness. His conduct did not result in procedural unfairness and the reliability of the trial's result has not been compromised. It is apparent that no miscarriage of justice has resulted. [para. 33]

[3] On application of these governing principles, the same conclusion is apposite in the present case. Mr. Gardiner's allegations of ineffective counsel all relate to tactical decisions, and, in the absence of compelling evidence of malpractice, it would be foolhardy for us to second-guess counsel's trial strategy. Mr. Gardiner has not adduced any such evidence. Moreover, our review of the trial record does not reveal anything that would cause us to conclude trial counsel's actions fell outside the range of reasonable and professional conduct. Mr. Gardiner has also not satisfied the prejudice component of the two-step process. There is no evidence of procedural unfairness nor is there any indication that the reliability of the trial's result has been compromised.

[4] For these reasons, the appeal against conviction is dismissed.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

[1] James Ian Gardiner interjette appel de sa déclaration de culpabilité relativement à l'accusation de s'être introduit par effraction dans un édifice et d'y avoir commis un vol (par. 348(1) du *Code criminel*). La déclaration de culpabilité a été prononcée en Cour provinciale à la suite d'un procès au cours duquel M. Gardiner a été représenté par une avocate chevronnée. Tous les moyens d'appel soulevés par M. Gardiner remettent en cause l'efficacité de son avocate au procès. Il soutient que son avocate n'a pas suivi ses directives, a recommandé qu'il plaide coupable à un autre chef d'accusation, n'a pas contre-interrogé certains témoins et, dans l'ensemble, n'a pas présenté une défense adéquate.

[2] Des moyens d'appel fondés sur une allégation de représentation inefficace ont fait l'objet de plusieurs décisions de notre Cour, ce qui l'a menée à adopter un protocole relatif aux appels comportant de telles allégations. Dans une décision récente, *Robichaud c. R.*, 2014 NBCA 1, 415 R.N.-B. (2e) 218, la juge Larlee, au nom de la Cour, a examiné les principes découlant de la jurisprudence :

> Dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, la Cour a établi un processus à deux volets qu'il faut suivre pour examiner des allégations de représentation non efficace : il y a un volet examen du travail de l'avocat et un volet appréciation du préjudice. Pour qu'un appel soit accueilli, il faut établir, dans un premier temps, que la conduite ou les omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et, dans un deuxième temps, qu'une erreur judiciaire a résulté de cette incompétence (par. 26). Dans l'arrêt *Gardiner c. R.*, 2010 NBCA 46, 362 R.N.-B. (2e) 179, notre Cour a conclu que l'avocat avait défendu M. Gardiner de façon inefficace, non par suite de décisions tactiques, mais parce qu'il n'avait pas su aborder de façon compétente la règle de l'arrêt *Browne c. Dunn* et c'était là une raison suffisante pour accueillir l'appel. Le juge d'appel Richard, qui rendait jugement au nom d'une formation unanime, a ainsi résumé le droit applicable :

Il est incontestable que, dans le système canadien moderne de justice pénale, une personne qui choisit d'être représentée par un avocat a droit à l'« assistance effective » de cet avocat. Ce principe est au cœur même du système accusatoire sur lequel repose notre système de justice pénale. C'est un principe que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, a reconnu comme un principe de justice fondamentale qui « découle de l'évolution de la common law, du par. 650(3) du *Code criminel* canadien ainsi que de l'art. 7 et de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (par. 24). Il s'ensuit donc que, dans certaines circonstances, l'aide inefficace de l'avocat au procès peut constituer le motif d'une intervention en appel. Toutefois, la norme est élevée.

Pour avoir gain de cause dans un appel fondé sur une allégation de représentation inefficace, l'appelant doit établir que « les actes ou les omissions » de l'avocat « relevaient de l'incompétence » (volet examen du travail de l'avocat) et qu'« une erreur judiciaire en a résulté » (volet appréciation du préjudice). Une intervention en appel est justifiée seulement si les deux volets ont été établis. [...]

[...]

[...] [A]u cours d'un procès, l'avocat de la défense est appelé à prendre bon nombre de décisions stratégiques, et les juges ne devraient pas « remettre en question les décisions tactiques d'un avocat » (voir *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] A.C.S. n° 20 (QL), au par. 37). Comme l'a dit la Cour suprême, « [d]ans un système de justice criminelle accusatoire, les juges instruisant les procès doivent, à moins de circonstances exceptionnelles, déférer aux décisions tactiques des avocats », et il existe « une "forte présomption" que l'avocat de la défense sert les intérêts de son client avec compétence » (par. 36). Les juges d'appel ont pareillement l'obligation d'adopter cette attitude déférente. [Par. 1, 2 et 10]

> Dans l'arrêt *E.K.M.*, le juge en chef Drapeau a souscrit à cet énoncé et a souligné que « [l]e droit, dans sa sagesse, présume que l'avocat de la défense est compétent et un juge siégeant en appel serait bien téméraire de remettre en question la stratégie retenue pour le procès en l'absence d'une preuve de faute professionnelle qui soit solide » (par. 31). [Par. 27]

La juge Larlee a alors tiré la conclusion suivante :

> En l'espèce, l'allégation de représentation inefficace par un avocat est fondée sur ce que l'on pourrait qualifier de décision d'ordre tactique, de décision stratégique ou de stratégie retenue pour le procès : l'avocat a décidé de ne pas déposer en preuve les notes témoignant d'une conduite antérieure à l'infraction. Pour reprendre les propos du juge en chef Drapeau dans l'arrêt *E.K.M.*, on serait bien téméraire de remettre en question la stratégie retenue pour le procès en l'absence d'une preuve de faute professionnelle qui soit solide. À mon avis, M. Robichaud n'a pas réussi à prouver que cette décision lui a causé un préjudice ou qu'il aurait subi un autre préjudice du fait de l'aide que lui a apportée son ex-avocat. J'ajouterais, toutefois, qu'en examinant le dossier et les autres éléments de preuve, je n'ai rien vu qui donne à penser que la préparation de l'avocat en vue du procès ou son travail au procès se sont situés à l'extérieur de l'éventail de la conduite professionnelle raisonnable (voir l'arrêt *R. c. Buckley*, par. 9). Autrement dit, la conduite de l'avocat de la défense a amplement satisfait à la norme du caractère raisonnable. Sa conduite n'a pas compromis l'équité procédurale et la fiabilité de l'issue du procès n'a pas non plus été compromise. Il est clair qu'il n'y a pas eu d'erreur judiciaire. [Par. 33]

[3] En appliquant ces principes directeurs, la même conclusion s'avère pertinente en l'espèce. Les allégations de représentation inefficace soulevées par M. Gardiner sont toutes fondées sur des décisions d'ordre tactique et, en l'absence d'une preuve de faute professionnelle qui soit solide, il serait bien téméraire pour nous de remettre en question la stratégie que l'avocate a retenue pour le procès. M. Gardiner n'a pas présenté une telle preuve. De plus, notre examen du dossier de première instance ne

révèle rien qui nous permet de conclure que les actions de l'avocate au procès se sont situées à l'extérieur de l'éventail de la conduite professionnelle raisonnable. M. Gardiner n'a pas satisfait au volet « appréciation du préjudice » du processus à deux volets. Il n'y a aucune preuve d'iniquité procédurale et la fiabilité de l'issue du procès n'a pas été compromise.

[4] Pour ces raisons, l'appel de la déclaration de culpabilité est rejeté.