

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

96-15-CA

DAVID JUNIOR HENRY ANDREW HART

DAVID JUNIOR HENRY ANDREW HART

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Hart v. R., 2017 NBCA 45

Hart c. R., 2017 NBCA 45

CORAM:

The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice French

CORAM :

l'honorable juge Larlee  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
August 5, 2015

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
le 5 août 2015

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
inédite

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appeal heard:  
May 16, 2017

Appel entendu :  
le 16 mai 2017

Judgment rendered:  
October 12, 2017

Jugement rendu :  
le 12 octobre 2017

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Green

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Green

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

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

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Jean Eugène Trahan

For the respondent:  
William B. Richards

THE COURT

The appellant's motion to adduce evidence in support of his ground of appeal respecting ineffective counsel is allowed in part: the Court will receive the two affidavits sworn by the appellant, the affidavit of his counsel at trial, and the affidavit of the Criminal Administrative Assistant with the New Brunswick Legal Aid Services Commission.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :  
Jean Eugène Trahan

Pour l'intimée :  
William B. Richards

LA COUR

La motion de l'appellant en vue de la présentation d'une preuve à l'appui de son moyen d'appel fondé sur la représentation inefficace de son avocat est accueillie en partie : la Cour recevra les deux affidavits souscrits par l'appellant, l'affidavit de son avocat au procès et l'affidavit de l'adjointe administrative – Services en droit criminel de la Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN, J.A.

I. Introduction and Background

[1] On August 5, 2015, David Hart, the appellant, was convicted by a judge of the Provincial Court on a charge of attempted murder, contrary to s. 239(1)(b) of the *Criminal Code*, resisting a peace officer, contrary to ss. 129(a)(d), and breach of probation, contrary to s. 733.1(1)(a). The sentence imposed was as follows: a 15-year term of incarceration for the attempted murder, 12 months consecutive for resisting a peace officer, and 6 months concurrent for the breach of probation. The judge entered a conditional stay of proceedings on a charge of aggravated assault, contrary to s. 268(2).

[2] The appellant now appeals against his conviction, and in the alternative, seeks leave to appeal his sentence. Of the enumerated grounds of appeal, the following are of significance for the Court's present purposes. The appellant alleges he was represented by ineffective counsel at trial, and specifically that he was not permitted to testify at trial in his own defence, which resulted in a miscarriage of justice. He further alleges other potential witnesses he believes would have been helpful in establishing his innocence were not called to testify.

II. Issue

[3] By Notice of Motion, the appellant seeks to adduce evidence in support of his ineffective counsel ground of appeal: two affidavits sworn by the appellant, the affidavit of his counsel at trial, the affidavit of a lawyer with the New Brunswick Legal Aid Services Commission who represented the appellant on an unrelated matter in 2013, and the affidavit of a Criminal Administrative Assistant with the New Brunswick Legal Aid Services Commission. At this stage of the appeal process, the sole question before the Court is whether to allow the appellant to adduce the evidence in question.

III. Law and Analysis

[4] The Court has adopted a Protocol for Appeal Proceedings Involving Allegations of Ineffective Counsel in First Instance, the Preamble of which states in part:

In criminal appeals from conviction and or sentence, the appellant may raise grounds of appeal suggesting that his or her counsel was ineffective or otherwise contributed to a miscarriage of justice in first instance. In such cases, the appellant will often want to provide the Court with information concerning instructions to and conduct of counsel. This information will typically come before the Court by way of a motion for leave to file fresh evidence. Any response to such evidence will usually come from counsel in first instance. The response could consist of affidavits to be considered by the Court on the fresh evidence motion.

[5] Consideration by an appellate court of whether to allow the admission of fresh evidence follows the framework set out by the Supreme Court in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL), as recently cited by this Court in *Johnston (M.D.) v. R.*, 2017 NBCA 30, [2017] N.B.J. No. 173 (QL):

The law pertaining to the admission of fresh evidence on appeal has not undergone any significant change since *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL):

Because the evidence was not available at trial and because it bears on a decisive issue, the inquiry in this case is limited to two questions. Firstly, is the evidence possessed of sufficient credibility that it might reasonably have been believed by the trier of fact? If the answer is no that ends the matter but if yes the second question presents itself in this form. If presented to the trier of fact and believed, would the evidence possess such strength or probative force that it might, taken with the other evidence adduced, have affected the result? If the answer to

the second question is yes, the motion to adduce new evidence would have to succeed and a new trial be directed at which the evidence could be introduced. [pp. 776-777]

The pertinent considerations were iterated in *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089:

The criteria that apply to a court of appeal's decision whether to receive fresh evidence were articulated in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases ...
  - (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
  - (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
  - (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. [para. 115]
- [paras. 14-15]

[6] In *Gardiner v. R.*, 2010 NBCA 46, 362 N.B.R. (2d) 179, Richard JA, writing for the Court, makes the following observations by way of introduction to the type of claim advanced by the appellant in the matter before us:

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. This is such a case. [paras. 1-2]

[7] He goes on to state:

However, this is not a classic case of an appeal founded upon fresh evidence where the admission of the fresh evidence is generally dispositive of the appeal because it casts sufficient doubt on the reliability of the verdict. Here, the proffered evidence serves a dual purpose. First, it seeks to establish the performance component of the ineffectiveness of counsel claim and, second, it seeks to establish the prejudice component [...] [para. 26].

[8] On the face of the record before us, it is readily apparent the appellant did not testify in his own defence at trial. It is equally apparent the other potential witnesses the appellant has referred to in his affidavits did not testify either. Thus, the record itself is of no assistance to this Court in properly considering and adjudicating upon a key ground of the appellant’s case on appeal, namely, the allegation he did not have the benefit of effective counsel at trial. We know the appellant did not testify, but we do not and cannot without additional evidence know the reason why.

[9] The first of the criteria set out in *Palmer* has no real application to the present analysis. The evidence in question, essentially the affidavits of the appellant and his counsel at the time, were not in existence during the trial. They speak to what

unfolded outside the courtroom prior to and during the conduct of the trial. I therefore set aside the due diligence component of the test, and focus instead upon the remaining three elements.

[10]                    Looking squarely at the potential impact of the appellant not testifying at trial, who made that decision, and the reasons behind it, there is no question in my mind the affidavit evidence the appellant seeks to introduce is not only relevant, it is essential. Without hearing the appellant and his trial counsel set out what transpired prior to and during the trial process and why, this Court cannot come to a proper determination on the ineffectiveness of counsel ground of appeal. I am satisfied the second element of the Palmer test has been met. Similarly, I accept the affidavit evidence of both the appellant and his counsel is reasonably capable of belief, and should the Court be convinced of the appellant's assertions, the outcome of the trial could have been affected.

[11]                    I would allow the appellant's motion to adduce evidence with respect to the appellant's two affidavits and the affidavit of his trial counsel.

[12]                    The affidavit of the appellant's counsel in an earlier, unrelated case in which he testified in his own defence is, in my opinion, of no relevance to the matter before us. The appellant stated in his affidavit he has testified in his own defence in the past, and the point is uncontested. If it is of any relevance whatsoever to the deliberations of this Court on the present appeal, the appellant's affidavit is sufficient.

[13]                    Out of an abundance of caution, I would also allow the affidavit of the Criminal Administrative Assistant from the Legal Aid Services Commission, in the event the Court may glean some useful information therefrom.

#### IV.    Conclusion and Disposition

[14]                    In conclusion, I would allow the appellant's motion to adduce evidence in support of his ineffective counsel ground of appeal in part: I would allow

both affidavits sworn by the appellant, the affidavit of his counsel at trial, and the affidavit of the Criminal Administrative Assistant with the New Brunswick Legal Aid Services Commission.

[15]                   Although it should be readily apparent to the appellant and all others concerned, I wish to make clear that at this stage, I have come to no conclusions on the strength (or lack thereof) of the appellant's allegations of ineffective counsel at trial. I am satisfied that in order to come to such conclusions, I will require access to the evidence described above. I also understand the appellant's wish to have this motion decided by the Court prior to the hearing of his appeal, as the outcome will determine in part how appellate counsel presents his case.



LE JUGE GREEN

I. Introduction et contexte

[1] Le 5 août 2015, un juge de la Cour provinciale a déclaré David Hart, l'appelant, coupable de tentative de meurtre, infraction visée à l'alinéa 239(1)b) du *Code criminel*, de résistance à un agent de la paix, infraction visée aux alinéas 129a) et d), et de manquement aux conditions de probation, infraction visée à l'alinéa 733.1(1)a). La peine suivante a été infligée : 15 années d'emprisonnement pour la tentative de meurtre, 12 mois (peine consécutive) pour la résistance à un agent de la paix et 6 mois (peine concurrente) pour le manquement aux conditions de probation. Le juge a prononcé un arrêt conditionnel des procédures relatives à une accusation de voies de fait graves, infraction visée au paragraphe 268(2).

[2] L'appelant interjette maintenant appel de sa déclaration de culpabilité et, subsidiairement, demande l'autorisation d'interjeter appel de sa peine. Parmi les moyens d'appel énumérés, deux sont pertinents pour ce qui concerne les besoins actuels de la Cour. L'appelant soutient d'abord que son avocat l'a représenté de manière inefficace au procès, plus particulièrement qu'il ne l'a pas autorisé à y témoigner pour sa propre défense, et que cela a entraîné une erreur judiciaire. Il fait ensuite valoir que d'autres témoins éventuels, qui auraient aidé à établir son innocence, n'ont pas été appelés à témoigner.

II. Question en litige

[3] Par avis de motion, l'appelant demande à présenter divers éléments de preuve à l'appui de son moyen d'appel fondé sur la représentation inefficace de l'avocat : deux affidavits qu'il a souscrits, l'affidavit de son avocat au procès, l'affidavit d'une avocate de la Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick

qui l'a représenté dans une affaire distincte en 2013, et l'affidavit d'une adjointe administrative – Services en droit criminel de cette même commission. La seule question dont la Cour est saisie, au stade actuel de la procédure d'appel, est de savoir s'il y a lieu de permettre à l'appelant de présenter la preuve en cause.

### III. Droit et analyse

[4] La Cour a adopté un Protocole relatif aux appels comportant des allégations de représentation inefficace par un avocat en première instance, dont le préambule renferme le passage suivant :

Dans le cadre d'un appel de la déclaration de culpabilité ou de la peine interjeté en matière criminelle, il peut arriver que l'appelant soulève des moyens d'appel laissant entendre que son avocat aurait été inefficace ou aurait contribué d'une autre façon à une erreur judiciaire en première instance. Dans de tels cas, il arrive souvent que l'appelant désire fournir au tribunal des renseignements concernant les directives données à l'avocat et la conduite de ce dernier. En règle générale, ces renseignements sont présentés au tribunal par voie de motion en autorisation de présentation de preuves nouvelles. La réponse à ce genre de preuves viendra d'habitude de l'avocat qui représentait l'appelant en première instance. Cette réponse pourrait prendre la forme d'affidavits que le tribunal devra examiner dans le cadre de la motion en autorisation de présentation de preuves nouvelles.

[5] La cour d'appel qui examine s'il convient d'admettre une preuve nouvelle se conforme au cadre établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL), récemment cité par notre Cour dans l'arrêt *Johnston (M.D.) c. R.*, 2017 NBCA 30, [2017] A.N.-B. n° 173 (QL) :

Le droit s'appliquant à l'admission de nouveaux éléments de preuve en appel n'a pas subi de modifications importantes depuis l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL) :

Puisque la déposition n'était pas disponible au procès et qu'elle porte sur une question décisive, l'étude en l'espèce se limite à deux points. Premièrement, la déposition présente-t-elle suffisamment de vraisemblance pour que le juge du fond ait raisonnablement pu la croire? Si la réponse est négative, la question est réglée, mais si elle est affirmative, il faut se poser la seconde question en ces termes. Si la déposition est présentée au juge du fond qui y ajoute foi, aura-t-elle un poids et une force probante tels qu'elle puisse, compte tenu des autres éléments de preuve produits, influencer sur le résultat? Si la réponse à la seconde question est affirmative, la requête en production de nouveaux éléments de preuve doit être accueillie et un nouveau procès ordonné au cours duquel la déposition pourra être produite. [p. 776 et 777]

Les considérations pertinentes ont été énoncées dans l'arrêt *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089 :

Les conditions de réception d'une preuve nouvelle en appel ont été énumérées dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759 :

- (5) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles ...
- (6) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (7) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (8) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve

produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [par. 115]

[par. 14 et 15]

[6] Dans *Gardiner c. R.*, 2010 NBCA 46, 362 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 179, le juge d'appel Richard, s'exprimant au nom de la Cour, formule les commentaires suivants en guise d'introduction aux allégations du type que l'appelant soulève dans la présente affaire :

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. Tel est le cas en l'espèce. [par. 1 et 2]

[7] Il ajoute :

Toutefois, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire ordinaire d'appel fondé sur une nouvelle preuve, où l'admission de la nouvelle preuve est généralement déterminante pour l'appel parce qu'elle jette un doute suffisant sur la fiabilité du verdict. En l'espèce, la preuve offerte sert deux objectifs : premièrement, elle vise à établir

le volet concernant le travail de l'avocat, ou la demande fondée sur son inefficacité; deuxièmement, elle vise à établir le volet du préjudice. [...] [par. 26]

[8] Il ressort manifestement du dossier dont la Cour dispose que l'appelant n'a pas témoigné pour sa propre défense au procès. Il est également manifeste que les autres témoins éventuels, mentionnés par l'appelant dans ses affidavits, n'ont pas non plus témoigné. Ainsi, le dossier lui-même n'aide aucunement la Cour à examiner valablement et à trancher un moyen d'appel clé que l'appelant invoque, soit la représentation inefficace alléguée de son avocat au procès. Nous savons que l'appelant n'a pas témoigné, mais, sans preuve additionnelle, nous n'en connaissons pas ni ne pouvons en connaître le motif.

[9] Le premier critère énoncé dans *Palmer* n'est pas applicable dans notre analyse. La preuve en cause, essentiellement les affidavits de l'appelant et de son avocat à l'époque, n'existait pas au moment du procès. Elle concerne ce qui s'est produit hors de la salle d'audience, avant et pendant le procès. Je mets donc de côté le critère de la diligence requise, pour mettre l'accent plutôt sur les trois autres critères.

[10] En prenant la mesure des conséquences possibles de l'absence de témoignage de l'appelant au procès et de la question de savoir qui est l'auteur et quels sont les motifs de cette décision, je ne doute pas un instant que la preuve par affidavit que l'appelant souhaite présenter est non seulement pertinente, mais aussi essentielle. Sans apprendre par l'appelant et son avocat au procès ce qui s'est produit avant et pendant le procès, et pour quelle raison, la Cour ne peut pas statuer valablement sur le moyen d'appel fondé sur la représentation inefficace de l'avocat. J'estime ainsi qu'il est satisfait au deuxième critère de l'arrêt *Palmer*. De même, je conviens qu'on peut raisonnablement prêter foi aux affidavits tant de l'appelant que de son avocat, et que les assertions de l'appelant, si la Cour y ajoute foi, auraient pu influencer sur le résultat du procès.

[11] J'accueillerais la motion de l'appelant en vue de la présentation de preuve pour ce qui concerne les deux affidavits de l'appelant et l'affidavit de son avocat au procès.

[12] L'affidavit de l'avocate de l'appelant dans une affaire antérieure et distincte où l'appelant a témoigné pour sa propre défense n'a selon moi, toutefois, aucune incidence sur la présente affaire. L'appelant a déclaré dans son affidavit qu'il avait témoigné pour sa propre défense dans le passé, et ce fait n'est pas contesté. Si ce point a une importance quelconque pour les délibérations de notre Cour en ce qui a trait au présent appel, l'affidavit de l'appelant suffira à ce titre.

[13] Par souci de prudence, j'admettrais aussi l'affidavit de l'adjointe administrative – Services en droit criminel de la Commission des services d'aide juridique, au cas où la Cour puisse en tirer des renseignements utiles.

#### IV. Conclusion et dispositif

[14] En conclusion, j'accueillerais en partie la motion de l'appelant en vue de la présentation d'une preuve à l'appui de son moyen d'appel fondé sur la représentation inefficace de l'avocat : j'accueillerais les deux affidavits souscrits par l'appelant, l'affidavit de son avocat au procès et l'affidavit de l'adjointe administrative – Services en droit criminel de la Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick.

[15] Quoique cela devrait être évident pour l'appelant et tout autre intéressé, je veux clairement indiquer qu'à l'heure actuelle, je ne suis parvenu à aucune conclusion sur le bien-fondé (ou l'absence de bien-fondé) des allégations de l'appelant quant à la représentation inefficace de son avocat au procès. J'estime que, pour en arriver à de telles conclusions, je devrai avoir accès à la preuve précédemment décrite. Je comprends aussi pourquoi l'appelant souhaitait que la Cour statue sur la présente motion avant l'instruction de son appel, puisque son issue déterminera, en partie, comment son avocat en appel présentera son argumentation.