

G.D.B. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. G.D.B.

Neutral citation: 2000 SCC 22.

File No.: 27240.

2000: January 28; 2000: April 27.

Present: Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Fresh evidence — Due Diligence — Competence of trial counsel — General approach to miscarriages of justice based on existence of fresh evidence — Fresh evidence available at trial but not adduced into evidence because of tactical decision of trial counsel — Whether due diligence criterion of test to admit fresh evidence met — Whether trial counsel was incompetent — Whether failure to use fresh evidence at trial resulted in miscarriage of justice.

The accused was charged with three sexual offences. At trial, the complainant, the accused's adopted daughter, testified that he began touching her in a sexual manner when she was 12 years old and that the inappropriate conduct culminated in 1984 when he sexually assaulted her by having non-consensual sexual intercourse. The complainant left home the day of that incident. She first complained to the police in 1994. Because of a tactical decision of defence counsel, an audio-taped conversation between the complainant and her mother, in which the complainant denied that she had been sexually molested by the accused, was not introduced into evidence. The tape had been surreptitiously recorded by the mother in 1984, a few days after the alleged incident. In cross-examination, the complainant denied having had any contact with her mother at that time. In her testimony, the mother contradicted the complainant's evidence. The jury convicted the accused of sexual assault and indecent assault but acquitted him of sexual assault with alleged forced sexual intercourse. On appeal, new

G.D.B. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. G.D.B.

Référence neutre: 2000 CSC 22.

N° du greffe: 27240.

2000: 28 janvier; 2000: 27 avril.

Présents: Les juges Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Élément de preuve nouveau — Diligence raisonnable — Compétence de l'avocat de la défense — Approche générale applicable en matière d'erreurs judiciaires lorsqu'il existe des éléments de preuve nouveaux — Élément de preuve nouveau disponible au moment du procès mais non produit par suite d'une décision d'ordre tactique de l'avocat de la défense — Le volet diligence raisonnable du critère relatif à l'admissibilité d'éléments de preuve nouveaux est-il respecté? — L'avocat de l'accusé au procès était-il incompetent? — L'omission d'utiliser l'élément de preuve nouveau au procès a-t-elle entraîné une erreur judiciaire?

L'accusé a été inculpé de trois infractions à caractère sexuel. Au procès, la plaignante, sa fille adoptive, a témoigné qu'il avait commencé à se livrer des attouchements sexuels sur elle lorsqu'elle était âgée de 12 ans et que ces agissements inappropriés avaient atteint leur paroxysme en 1984 lorsqu'il l'a agressée sexuellement en ayant avec elle des relations sexuelles non consenties. La plaignante a quitté la maison familiale le jour de cet événement. Elle a porté plainte pour la première fois à la police en 1994. Par suite d'une décision d'ordre tactique de l'avocat de la défense, un enregistrement audio d'une conversation qu'a eue la plaignante avec sa mère et au cours de laquelle la première n'aurait pas été agressée sexuellement par l'accusé n'a jamais été présenté en preuve. L'enregistrement avait été réalisé subrepticement par la mère en 1984, quelques jours après les faits reprochés. Durant le contre-interrogatoire, la plaignante a nié avoir eu quelque contact que ce soit avec sa mère au cours de la période en question. Au cours de son témoignage, la mère a contredit la

counsel sought reversal of the convictions on the grounds that the accused's trial counsel was incompetent, or that the fresh evidence not used at trial on counsel's advice impacted on the issue of guilt or innocence, and the failure to use this evidence resulted in a miscarriage of justice. The Court of Appeal appointed a commissioner to conduct an inquiry concerning whether the fresh evidence relating to guilt or innocence and to the competence of defence counsel was credible. Informed by the commissioner's findings, a majority of the Court of Appeal dismissed the accused's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The four criteria applicable to an appeal based upon fresh evidence were stated by this Court in *Palmer* to be due diligence, relevancy of the evidence, credibility of the evidence and the expectation that it would have affected the result. The due diligence criterion will be met where the evidence was not led due to the incompetence of counsel. A finding of incompetence requires the appellant to establish, first, that counsel's acts or omissions constituted incompetence and, second, that a miscarriage of justice resulted. Where it is apparent that no prejudice has occurred, it will usually be undesirable for appellate courts to consider the performance component of the analysis. Here, defence counsel satisfied the commissioner and all three members of the Court of Appeal that his decision was competent and may have resulted in the accused's acquittal on the most serious charge. Defence counsel had feared that the production of the tape would destroy the credibility of his main witness, the accused's spouse, and the destruction of her credibility would have forced the accused, who counsel considered to be a poor witness, to testify. Where, in the course of a trial, counsel makes a decision in good faith and in the best interests of his client, a court should not look behind it save only to prevent a miscarriage of justice. While there are decisions that defence counsel are ethically bound to discuss with the client and regarding which they must obtain instructions, on the facts of this case, counsel had the carriage of the defence and the implied authority to make tactical decisions in the best interests of his client. In any event, the failure to obtain specific instructions did not affect the outcome of the trial. In the absence of a miscarriage of justice, the ques-

plaignante. Le jury a déclaré l'accusé coupable d'agression sexuelle et d'attentat à la pudeur, mais l'a acquitté d'un chef d'agression sexuelle lui reprochant d'avoir forcé la plaignante à avoir des rapports sexuels avec lui. En appel, le nouvel avocat de l'accusé a demandé l'annulation des déclarations de culpabilité pour les motifs suivants: l'avocat de l'accusé au procès était incompetent; l'élément de preuve nouveau qui, sur les conseils de l'avocat, n'avait pas été utilisé au procès était une preuve qui avait une incidence sur la question de la culpabilité ou de l'innocence, et le fait de ne pas l'avoir utilisé avait entraîné une erreur judiciaire. La Cour d'appel a nommé un commissaire, qu'elle a chargé de faire enquête sur la crédibilité des éléments de preuve nouveaux relatifs à la question de la culpabilité ou de l'innocence et à celle de la compétence de l'avocat au procès. Après avoir pris connaissance des conclusions du commissaire, la Cour d'appel a, à la majorité, rejeté l'appel de l'accusé.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les quatre critères applicables en cas d'appel fondé sur l'existence d'éléments de preuve nouveaux ont été énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Palmer* et sont: la diligence raisonnable, la pertinence de l'élément de preuve, sa plausibilité et la possibilité qu'il aurait influé sur l'issue du procès. Le critère de la diligence raisonnable est respecté si c'est en raison de l'incompétence de l'avocat que l'élément de preuve n'a pas été produit. Pour que le tribunal conclue à l'incompétence, l'appellant doit établir, premièrement, que les actes ou omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et, deuxièmement, qu'une erreur judiciaire en a résulté. Dans les cas où il est clair qu'aucun préjudice n'a été causé, il n'est généralement pas souhaitable que les cours d'appel s'arrêtent à l'examen du travail de l'avocat. En l'espèce, l'avocat de la défense a convaincu le commissaire et les trois juges de la Cour d'appel qu'il avait fait preuve de compétence en prenant sa décision et qu'elle avait pu entraîner l'acquiescement de l'accusé à l'égard de l'accusation la plus grave. L'avocat de la défense craignait que la production de l'enregistrement en preuve détruise la crédibilité de son témoin principal, l'épouse de l'accusé, ce qui aurait contraint l'accusé à témoigner, et l'avocat considérait que ce dernier ferait un piètre témoin. Lorsque, durant un procès, l'avocat prend de bonne foi une décision dans l'intérêt de son client, les tribunaux ne devraient pas la remettre en question, si ce n'est pour empêcher une erreur judiciaire. Bien qu'il y ait des décisions que les avocats de la défense doivent, en vertu des règles de déontologie, discuter avec leurs clients et à l'égard desquelles ils doivent obtenir des instructions, il ressort des faits de la

tion of the competence of counsel is usually a matter of professional ethics and is not a question for the appellate courts to consider. Since defence counsel had implied authority to decide not to use the tape, the accused has failed to satisfy the due diligence criterion.

The due diligence criterion, however, is not an essential requirement of the fresh evidence test, particularly in criminal cases, and it must yield in circumstances where its rigid application would result in a miscarriage of justice. The accused failed to establish that such a danger exists. Not only were the tapes unlikely to adversely affect the credibility of the complainant but it was reasonable to conclude that using the tape at trial would have undermined the credibility of the accused's spouse. The fact that she chose to create the tape in 1984 could be seen as an apprehension that criminal conduct had occurred. There exists no reasonable possibility that the use of the "fresh" evidence in this case might have affected the two guilty verdicts rendered by the jury.

Cases Cited

Applied: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633; **referred to:** *R. v. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35; *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 650(3), 683(1)(e)(ii).

Authors Cited

Law Society of Alberta. *Alberta Code of Professional Conduct*. Calgary: Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf).

présente affaire, que l'avocat en cause était chargé de la défense et qu'il avait l'autorisation implicite de prendre des décisions d'ordre tactique dans l'intérêt de son client. Quoi qu'il en soit, l'omission d'obtenir des instructions précises n'a pas influencé l'issue du procès. En l'absence d'erreur judiciaire, la compétence de l'avocat est généralement une question de déontologie professionnelle qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'appel d'examiner. Comme l'avocat de la défense avait l'autorisation implicite de décider de ne pas utiliser l'enregistrement, l'accusé n'a pas satisfait au critère de diligence raisonnable.

Toutefois, la diligence raisonnable n'est pas une condition essentielle d'admissibilité d'éléments de preuve nouveaux, particulièrement dans les affaires criminelles, et ce critère ne doit pas être retenu lorsque son application rigide entraînerait une erreur judiciaire. L'accusé n'est pas parvenu à établir l'existence d'un tel risque. Non seulement l'enregistrement n'aurait-il vraisemblablement pas miné la crédibilité de la plaignante, mais il était raisonnable de conclure qu'il aurait miné celle de la conjointe de l'accusé. Le fait que cette dernière ait décidé de procéder à l'enregistrement en 1984 pourrait être perçu comme une crainte que des agissements criminels aient eu lieu. Il n'existe aucune possibilité raisonnable que l'utilisation de l'élément de preuve «nouveau» dans la présente affaire aurait influé sur les deux verdicts de culpabilité prononcés par le jury.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633; **arrêts mentionnés:** *R. c. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35; *Strickland c. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 650(3), 683(1)(e)(ii).

Doctrine citée

Law Society of Alberta. *Alberta Code of Professional Conduct*. Calgary: Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1999), 133 C.C.C. (3d) 309, 232 A.R. 307, 195 W.A.C. 307, [1999] A.J. No. 342 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for sexual assault and indecent assault. Appeal dismissed.

Ben R. Plumer, for the appellant.

Joshua B. Hawkes, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — The appellant, G.D.B. was convicted of sexual and indecent assault. He was sentenced to concurrent terms of 36 and 20 months' imprisonment. He was acquitted on a count of sexual assault which alleged forced sexual intercourse. His appeal was dismissed by a majority of the Alberta Court of Appeal.

This appeal as of right considers whether a new trial ought to be ordered on the basis of fresh evidence.

The evidence sought to be admitted was the taped recording of the complainant denying misconduct on the part of the appellant. This evidence was available at trial but not used because of a tactical decision of trial counsel.

The appellant now submits that his trial counsel was incompetent and that that incompetency satisfies the need to establish that the evidence could not have been adduced at trial on the exercise of due diligence.

I conclude, for the reasons that follow, that in the absence of a miscarriage of justice, the question of the competence of counsel is usually a matter of professional ethics and is not a question for the appellate courts to consider. In the result, the appeal fails.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1999), 133 C.C.C. (3d) 309, 232 A.R. 307, 195 W.A.C. 307, [1999] A.J. No. 342 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle et attentat à la pudeur. Pourvoi rejeté.

Ben R. Plumer, pour l'appelant.

Joshua B. Hawkes, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — L'appelant, G.D.B., a été déclaré coupable d'agression sexuelle et d'attentat à la pudeur. Il a été condamné à des peines d'emprisonnement de 36 et 20 mois respectivement, à purger de façon concurrente. Il a été acquitté d'un chef d'agression sexuelle lui reprochant d'avoir contraint la plaignante à avoir des relations sexuelles avec lui. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté son appel à la majorité.

La question faisant l'objet du présent appel de plein droit est de savoir si un nouveau procès doit être ordonné en raison de l'existence d'un élément de preuve nouveau.

L'élément de preuve nouveau que l'on cherche à faire admettre est un enregistrement dans lequel la plaignante nie toute inconduite de la part de l'appelant. Cet élément de preuve était disponible au procès, mais il n'a pas été utilisé par suite d'une décision d'ordre tactique de l'avocat qui représentait alors l'appelant.

L'appelant plaide maintenant que cet avocat était incompétent et que cette incompétence établit que l'élément de preuve n'aurait pu être produit au procès en faisant preuve de diligence raisonnable.

Pour les motifs qui suivent, j'estime que, en l'absence d'erreur judiciaire, la compétence de l'avocat est généralement une question de déontologie professionnelle qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'appel d'examiner. Le pourvoi est donc rejeté.

1

2

3

4

5

I. Facts

6 J.W., the appellant's adopted daughter and complainant on each count in the indictment testified that the appellant began touching her in a sexual manner when she was 12 years old. It happened, she said, on numerous occasions when he entered her bedroom, either at night, or at other times and in other locations when they were alone. She further testified that the inappropriate conduct culminated in June 1984, when the appellant sexually assaulted her by having non-consensual sexual intercourse. The complainant left home that day. She first complained to the police about these incidents in 1994, when she was a mature and married woman and had lived away from home for over a decade.

7 The "fresh" evidence to be considered on this appeal is an audio-taped conversation between J.W. and her mother, M.B., in which J.W. denied that she had been sexually molested by the appellant. The recording was surreptitiously taped by M.B. in 1984, a few days after J.W.'s departure from home. Ten years later, when the complainant brought her story to the police, M.B. gave the tape to the appellant's lawyer. The tape remained in his possession throughout the trial.

8 Trial counsel chose not to introduce the tape in evidence. Instead, he raised questions about the contents of the tape on cross-examination of the complainant who was not aware that the tape existed. The complainant denied having had any contact with her mother, M.B., until about three months after she had left home permanently. She had no specific recollection of the detailed conversation which was put to her in cross-examination at the trial.

9 The appellant did not testify. The appellant's spouse M.B. testified and contradicted the complainant's evidence about the conversation, which she said occurred shortly after the complainant left

I. Les faits

J.W., qui est la fille adoptive de l'appelant et la plaignante relativement à tous les chefs d'accusation, a témoigné que l'appelant avait commencé à se livrer à des attouchements sexuels sur elle lorsqu'elle avait 12 ans. Elle a dit que cela s'était produit à de nombreuses occasions, dans sa chambre lorsqu'il y entrait la nuit ou à d'autres moments, et à d'autres endroits lorsqu'ils étaient seuls. Elle a ajouté que ces agissements ont atteint leur paroxysme en juin 1984, lorsque l'appelant l'a agressée sexuellement en ayant avec elle des relations sexuelles non consensuelles. La plaignante a quitté la maison familiale ce jour-là. Elle a porté plainte à la police au sujet de ces événements pour la première fois en 1994. Elle était alors adulte et mariée, et avait quitté la maison familiale depuis plus d'une dizaine d'années.

L'élément de preuve «nouveau» en cause dans le présent pourvoi est l'enregistrement audio d'une conversation entre J.W. et sa mère, M.B., au cours de laquelle J.W. nie avoir été agressée sexuellement par l'appelant. La conversation a été enregistrée subrepticement par M.B. en 1984, quelques jours après le départ de J.W. de la maison familiale. Dix ans plus tard, lorsque la plaignante a fait part de son récit à la police, M.B. a remis l'enregistrement à l'avocat de l'appelant. L'enregistrement est demeuré en possession de ce dernier pendant tout le procès.

L'avocat de l'appelant au procès a décidé de ne pas déposer l'enregistrement en preuve. Il a plutôt posé des questions sur son contenu au cours de son contre-interrogatoire de la plaignante, qui ne savait pas que l'enregistrement existait. La plaignante a nié avoir eu quelque contact que ce soit avec sa mère, M.B., pendant environ trois mois après avoir quitté la maison familiale de façon permanente. Elle n'avait aucun souvenir précis de la conversation dont on lui a fait part durant son contre-interrogatoire au procès.

L'appelant n'a pas témoigné. La conjointe de l'appelant, M.B., a témoigné et a contredit le témoignage de la plaignante au sujet de la conversation qui, a-t-elle affirmé, a eu lieu peu après le

home. She said that the complainant came with her boyfriend to collect her clothes and that the conversation occurred at that time. During the conversation, M.B. attempted to find out why the complainant had left home. Although at trial M.B. did not give a verbatim report of the questions and answers, she stated that she asked the complainant on several occasions whether the appellant had assaulted or molested her and, each time, the complainant denied having been assaulted in any manner. According to M.B.'s testimony, the only reason the complainant gave for leaving home was her dislike of the strict rules she was required to follow.

The complainant's sister, S.B., also testified. While she did not confirm the discussion about a denial of any sexual impropriety, she confirmed her mother's evidence that the complainant returned home within a few days of leaving, and had a conversation with her mother in which she indicated that her reason for leaving was her dislike of the strict house rules.

The jury acquitted the appellant of the most serious charge, sexual assault, which alleged forced intercourse to have occurred the day the complainant left home, and convicted the appellant of the other two charges.

II. Judicial History

On appeal, new counsel sought reversal of the convictions on grounds: (1) the appellant's trial counsel was incompetent, or (2) the fresh evidence not used or called at trial on the advice of counsel, was evidence that impacted on the issue of guilt or innocence, and the failure to use this evidence resulted in a miscarriage of justice.

départ de la plaignante de la maison familiale. Elle a dit que la plaignante était venue chercher ses vêtements avec son petit ami et que la conversation avait eu lieu à ce moment-là. Au cours de la conversation, M.B. a tenté de découvrir pourquoi la plaignante avait quitté la maison familiale. Bien que, au procès, M.B. n'ait pas rapporté mot pour mot les questions posées et les réponses reçues, elle a déclaré avoir demandé à la plaignante à plusieurs reprises si l'appelant l'avait agressée et qu'à chaque fois celle-ci avait nié avoir été agressée de quelque manière que ce soit. Selon le témoignage de M.B., la seule raison donnée par la plaignante pour avoir quitté la maison familiale était qu'elle n'aimait pas les règles strictes auxquelles elle devait obéir.

S.B., la sœur de la plaignante, a également témoigné. Quoiqu'elle n'ait pas confirmé l'existence de la discussion au cours de laquelle la plaignante aurait nié qu'il y ait eu quelque acte répréhensible de nature sexuelle que ce soit, elle a confirmé le témoignage de sa mère selon lequel la plaignante était revenue à la maison quelques jours après en être partie et avait eu avec sa mère une conversation au cours de laquelle elle avait indiqué qu'elle était partie parce qu'elle n'aimait pas les règles strictes appliquées à la maison.

Le jury a acquitté l'appelant du chef d'accusation le plus grave, soit celui d'agression sexuelle alléguant qu'il avait forcé la plaignante à avoir des relations sexuelles avec lui le jour où elle a quitté la maison familiale, mais l'a déclaré coupable des deux autres accusations.

II. L'historique des procédures judiciaires

En appel, le nouvel avocat de l'appelant a demandé l'annulation des déclarations de culpabilité pour les motifs suivants: (1) l'avocat de l'appelant au procès était incompetent; (2) l'élément de preuve nouveau qui, sur les conseils de l'avocat, n'avait pas été utilisé ni produit au procès était une preuve qui avait une incidence sur la question de la culpabilité ou de l'innocence, et le fait de ne pas l'avoir utilisé avait entraîné une erreur judiciaire.

10

11

12

13

As the affidavits filed on the fresh evidence application raised issues of credibility and fact which could not be conveniently resolved by the Court of Appeal, the court appointed the Honourable Roger P. Kerans, as a commissioner, pursuant to s. 683(1)(e)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. He was to conduct an inquiry on the following questions:

- (1) Is the first kind of fresh evidence that Mr. B. wishes this court to consider, that relating to guilt or innocence, credible in the sense that it is reasonably capable of belief?
- (2) Is the second kind of fresh evidence that Mr. B. wishes this court to consider, that relating to the competence of his trial counsel, credible in the sense that Mr. Kerans believes it? We ask that he make findings of fact in this regard.

((1997), 200 A.R. 184, at p. 187)

Commissioner Kerans held extensive hearings, took evidence from all material parties and filed a detailed report. He found the following to be an accurate transcription of the relevant portion of the tape:

M.B.: So what happened?

J.B.: Well nothing has changed since last time Mom.

M.B.: J., He hasn't laid a hand on you. I've hardly ever left you home and he hasn't touched you that way. Be honest.

J.B.: I am.

M.B.: Don't hurt me anymore. Don't lie to me about that, please. I mean if you have made up your mind to leave home fine, but don't do that to me. Dad hasn't laid a hand on you, has he?

J.B.: Well he still bugs me and stuff.

M.B.: But he hasn't laid a hand on you, has he?

J.B.: Well.

M.B.: Has he?

J.B.: Well not, he isn't as bad as he was but he still comes up and slaps you and stuff like that. I tell

Étant donné que les affidavits déposés au soutien de la demande de production du nouvel élément de preuve soulevaient des questions de crédibilité et de fait qui ne pouvaient être commodément résolues par la Cour d'appel, celle-ci a nommé l'honorable Roger P. Kerans commissaire en vertu du sous-al. 683(1)(e)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et lui a demandé de faire enquête sur les questions suivantes:

[TRADUCTION]

- (1) La première catégorie d'éléments de preuve nouveaux que M. B. demande à la cour d'examiner, soit ceux relatifs à la culpabilité ou à l'innocence, sont-ils crédibles, en ce sens qu'on peut raisonnablement y ajouter foi?
- (2) Les autres éléments de preuve nouveaux que M. B. demande à la cour d'examiner, soit ceux relatifs à la compétence de l'avocat qui le représentait au procès, sont-ils crédibles, en ce sens que M. Kerans y ajoute foi? Nous lui demandons de tirer des conclusions de fait à cet égard.

((1997), 200 A.R. 184, à la p. 187)

Le commissaire Kerans a tenu de longues audiences, recueilli le témoignage de toutes les parties concernées et déposé un rapport détaillé. Il a jugé que l'échange suivant était une transcription fidèle de l'extrait pertinent de l'enregistrement:

[TRADUCTION]

M.B.: Alors, qu'est-ce qui s'est passé?

J.B.: Bien, rien n'a changé depuis la dernière fois, maman.

M.B.: J., il ne t'a pas touchée. Je t'ai rarement laissée seule à la maison et il ne t'a pas touchée comme ça. Sois honnête.

J.B.: Je le suis.

M.B.: Ne me fais plus de peine. Ne me mens pas à ce sujet-là, s'il te plaît. Je veux dire, si tu es bien décidée à quitter la maison, soit, mais ne me fais pas cela. Papa ne t'a pas touchée, n'est-ce pas?

J.B.: Bien, il est encore après moi.

M.B.: Mais il ne t'a pas touchée, n'est-ce pas?

J.B.: Bien.

M.B.: Est-ce qu'il l'a fait?

J.B.: Bien non, il n'est pas aussi pire qu'avant, mais il vient encore me donner des tapes et faire des cho-

him to leave me alone and he just says I'm not hurting you. But it bugs me.

M.B.: But he's never molested you, has he?

J.B.: No.

M.B.: He's never put his hand sexually on you did he?

J.B.: No.

M.B.: So in other words, all he did was tease you a little bit. Right?

J.B.: Yes.

There were no other statements inconsistent with the complainant J.B.'s testimony on the tape. (J.B. is J.W.'s maiden name.)

Informed by the findings of the Commissioner, a majority of the Court of Appeal denied the appellant's appeal: (1999), 232 A.R. 307. In their view, the decision not to use the tape was not incompetence, but was made by defence counsel for sound tactical reasons. In addition, they concluded that the appellant had not satisfied the criteria for the admission of fresh evidence enunciated by this Court in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

In the view of the dissenting justice, although the evidence was available at the trial, and although counsel's decision not to use the evidence was not incompetence, he stated the evidence of the tape was sufficiently compelling that it might have affected the outcome of the appellant's trial and would have ordered a new trial.

III. Analysis

A. *General Approach to Miscarriages of Justice Based on the Existence of Fresh Evidence*

This appeal centers on the existence of fresh evidence. The well-known criteria applicable to this issue were stated in *Palmer, supra*, and reaffirmed

ses comme ça. Je lui dis de me laisser tranquille et il se contente de dire «Je ne te fais pas mal». Mais ça me tape sur les nerfs.

M.B.: Mais il ne t'a jamais agressée, n'est-ce pas?

J.B.: Non.

M.B.: Il ne t'a jamais touchée sexuellement, n'est-ce pas?

J.B.: Non.

M.B.: Autrement dit, tout ce qu'il a fait c'est te taquiner un peu, pas vrai?

J.B.: Oui.

Il n'y avait aucune autre déclaration incompatible avec le témoignage de la plaignante J.B. dans l'enregistrement. (Les initiales J.B. sont celles du nom de jeune fille de J.W.)

Après avoir pris connaissance des conclusions du commissaire, les juges de la Cour d'appel ont, à la majorité, rejeté l'appel: (1999), 232 A.R. 307. À leur avis, la décision de ne pas utiliser l'enregistrement ne dénotait pas l'incompétence, mais avait plutôt été prise par l'avocat au procès pour des raisons d'ordre tactique valables. En outre, ils ont jugé que l'appellant n'avait pas satisfait aux critères relatifs à l'admissibilité d'éléments de preuve nouveaux énoncés par notre Cour dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

De l'avis du juge dissident, même si l'élément de preuve était disponible au procès et que l'avocat n'avait pas fait montre d'incompétence en décidant de ne pas l'utiliser, la preuve révélée par l'enregistrement était suffisamment forte qu'elle aurait pu influencer sur l'issue du procès de l'appellant. Il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

III. L'analyse

A. *Approche générale applicable en matière d'erreurs judiciaires lorsqu'il existe des éléments de preuve nouveaux*

Le présent pourvoi porte principalement sur l'existence d'un élément de preuve nouveau. Les critères applicables sont bien connus. Ils ont été

14

15

16

recently in *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, at para. 50:

- (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.

B. *Due Diligence*

17 The “fresh” evidence was in the continuous possession of the appellant’s wife since 1984 and available to him and his lawyer at anytime before or during the trial. Counsel after taking possession of the tape decided for tactical reasons not to use it. The Court of Appeal concluded that the appellant failed to satisfy the due diligence requirement of the *Palmer* analysis.

18 However, the appellant emphasized that the decision not to use the tape was made unilaterally by his lawyer, and against his express instructions. Defence counsel, he claims, failed to inform him of his decision and, as a result, the appellant was not aware that the tape would not be used until the completion of the trial. It was submitted that the appellant, by the incompetence of his counsel was deprived of any opportunity to exercise due diligence in ensuring that the recording would be used at his trial to challenge the credibility of the complainant.

19 The due diligence criterion exists to ensure finality and order — values essential to the integrity of the criminal process. *R. v. M. (P.S.)* (1992),

énoncés dans l’arrêt *Palmer*, précité, et réitérés récemment dans *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, au par. 50:

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une [preuve] 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. . . .
- (2) La [preuve] doit être pertinente, en ce sens qu’elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La [preuve] doit être plausible, en ce sens qu’on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) 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.

B. *La diligence raisonnable*

L’épouse de l’appelant avait l’élément de preuve «nouveau» en sa possession depuis 1984. Celui-ci était donc à la disposition de l’appelant et de son avocat en tout temps avant ou pendant le procès. Après avoir pris possession de l’enregistrement, l’avocat a décidé, pour des raisons d’ordre tactique, de ne pas l’utiliser. La Cour d’appel a jugé que l’appelant n’avait pas satisfait au critère de diligence raisonnable énoncé dans le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Palmer*.

Toutefois, l’appelant a souligné que la décision de ne pas utiliser l’enregistrement avait été prise unilatéralement par son avocat, contrairement à ses instructions formelles. Il a prétendu que son avocat avait omis de l’informer de sa décision et que, en conséquence, ce n’est qu’à la fin du procès qu’il a réalisé que l’enregistrement ne serait pas utilisé. L’appelant a plaidé que l’incompétence de son avocat l’avait empêché de faire preuve de diligence raisonnable pour faire en sorte que l’enregistrement soit utilisé au procès afin d’attaquer la crédibilité de la plaignante.

Le critère de diligence raisonnable existe pour assurer le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires — valeurs

77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), *per* Doherty J.A., at p. 411:

The interests of justice referred to in s. 683 of the *Criminal Code* encompass not only an accused's interest in having his or her guilt determined upon all of the available evidence, but also the integrity of the criminal process. Finality and order are essential to that integrity. The criminal justice system is arranged so that the trial will provide the opportunity to the parties to present their respective cases and the appeal will provide the opportunity to challenge the correctness of what happened at the trial. Section 683(1)(d) of the *Code* recognizes that the appellate function can be expanded in exceptional cases, but it cannot be that the appellate process should be used routinely to augment the trial record. Were it otherwise, the finality of the trial process would be lost and cases would be retried on appeal whenever more evidence was secured by a party prior to the hearing of the appeal. For this reason, the exceptional nature of the admission of "fresh" evidence on appeal has been stressed: *McMartin v. The Queen*, *supra*. . . .

However, jurisprudence pre-dating *Palmer* has repeatedly recognized that due diligence is not an essential requirement of the fresh evidence test, particularly in criminal cases. That criterion must yield where its rigid application might lead to a miscarriage of justice. *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, *per* Ritchie J. at p. 491:

In all the circumstances, if the evidence is considered to be of sufficient strength that it might reasonably affect the verdict of the jury, I do not think it should be excluded on the ground that reasonable diligence was not exercised to obtain it at or before the trial.

In *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633, *per* Sopinka J. at p. 634:

. . . we agree with the conclusion of the Court of Appeal that the evidence should be admitted as fresh evidence and the conclusion to direct a new trial. While the exercise of due diligence is one of the significant factors, it is not applied strictly in criminal cases and must be applied in light of the other relevant factors. The amount

essentielles à l'intégrité du processus en matière criminelle. *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), le juge Doherty, à la p. 411:

[TRADUCTION] L'intérêt de la justice mentionné à l'art. 683 du *Code criminel* vise non seulement l'intérêt qu'a l'accusé à ce que sa culpabilité soit déterminée à la lumière de toute la preuve disponible, mais également l'intégrité du processus en matière criminelle. Le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires sont essentiels à cette intégrité. Le système de justice criminelle est organisé de telle manière que le procès donne aux parties la possibilité de présenter leur preuve, et l'appel la possibilité de contester la justesse de ce qui s'est produit au procès. L'alinéa 683(1)d) du *Code* reconnaît que le rôle des cours d'appel peut être élargi dans des cas exceptionnels, mais le processus d'appel ne peut être utilisé couramment pour étoffer le dossier constitué au procès. S'il en était autrement, le procès perdrait son caractère définitif et serait repris en appel chaque fois qu'une partie réussirait à recueillir d'autres éléments de preuve avant l'audition de l'appel. Voilà pourquoi le caractère exceptionnel de l'admission d'éléments de preuve «nouveaux» en appel a été souligné: *McMartin c. The Queen*, précité. . .

Cependant, dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Palmer*, les tribunaux ont à maintes reprises reconnu que la diligence raisonnable n'était pas une condition essentielle d'admissibilité de nouveaux éléments de preuve, particulièrement dans les affaires criminelles. Ce critère ne doit pas être retenu lorsque son application rigide est susceptible d'entraîner une erreur judiciaire. *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, le juge Ritchie, à la p. 491:

[TRADUCTION] Eu égard à l'ensemble des circonstances, si la preuve est jugée assez probante pour être raisonnablement susceptible d'influer sur le verdict du jury, je ne crois pas qu'elle devrait être exclue pour le motif qu'on n'a pas fait preuve de diligence raisonnable pour l'obtenir avant ou pendant le procès.

Dans *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633, le juge Sopinka a écrit, à la p. 634:

. . . nous acceptons la conclusion de la Cour d'appel qu'il y a lieu d'admettre la preuve à titre de nouvelle preuve, de même que la conclusion qu'il y a lieu d'ordonner un nouveau procès. Même si la diligence raisonnable n'est qu'un des facteurs importants, elle ne s'applique pas strictement en matière criminelle et doit

of weight to be given to this factor depends on the strength of the other factors, in other words, on the totality of the circumstances.

Also *Warsing, supra*, at para. 51. The due diligence requirement is one factor to be considered in the “totality of the circumstances”. The importance of this criterion will vary from case to case.

20 In determining whether or not the due diligence required by *Palmer* has been met, an appellate court should determine the reason why the evidence was not available at the trial. The reason for the evidence not being available at first instance is usually one of fact. In this appeal the evidence was available. The reason it was not used, placed in its most favourable light for the appellant, was the unilateral decision of his counsel that the tape would be more prejudicial than helpful in the trial.

21 It was submitted by the appellant’s new counsel that the decision not to use the tape was incompetent, and that the appellant’s obligation to exercise due diligence was met by this alleged incompetence. The argument concluded that the test of due diligence was therefore met, the tape as new evidence should be admitted, and a new trial ordered.

22 In the absence of a miscarriage of justice, that submission fails.

C. *Effective Assistance of Counsel*

(1) Introduction

23 While the early history of the common law shows that society had little interest in permitting anyone charged with a felony the assistance of counsel, times have changed.

24 Today the right to effective assistance of counsel extends to all accused persons. In Canada that right

s’appliquer en fonction des autres facteurs pertinents. Le poids qu’il faut accorder à ce facteur dépend de la force des autres facteurs ou, en d’autres termes, de l’ensemble des circonstances.

Voir également *Warsing*, précité, au par. 51. L’obligation de diligence raisonnable est un facteur qui doit être examiné au regard de «l’ensemble des circonstances». L’importance de ce critère varie d’une affaire à l’autre.

Pour décider si le critère de diligence raisonnable énoncé dans le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Palmer* a été respecté, la cour d’appel doit déterminer la raison pour laquelle l’élément de preuve n’était pas disponible au procès. Cette raison est généralement une question de fait. Dans le présent pourvoi, l’élément de preuve était disponible. Si l’on examine la question sous l’éclairage le plus favorable à l’appelant, la raison pour laquelle il n’a pas été utilisé est la décision unilatérale de son avocat que l’enregistrement serait plus préjudiciable qu’utile lors du procès.

Le nouvel avocat de l’appelant a plaidé que la décision de ne pas utiliser l’enregistrement dénotait l’incompétence et que, du fait de cette incompétence, l’obligation de diligence raisonnable de l’appelant était satisfaite. L’avocat a conclu son argument en affirmant que le critère de diligence raisonnable était respecté, que l’enregistrement devait être admis en tant qu’élément de preuve nouveau et qu’un nouveau procès devait être ordonné.

Vu l’absence d’erreur judiciaire, cet argument ne saurait être retenu.

C. *L’assistance effective d’un avocat*

(1) Introduction

Bien que les débuts de l’histoire de la common law indiquent que la société était peu intéressée à permettre aux personnes accusées de crimes graves de bénéficier de l’assistance d’un avocat, les temps ont changé.

Aujourd’hui, tout inculpé a droit à l’assistance effective d’un avocat. Au Canada, ce droit est

is seen as a principle of fundamental justice. It 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*.

The value of effective assistance of counsel is apparent, but was fully explained by Doherty J.A. in *R. v. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.), at p. 57:

The importance of effective assistance of counsel at trial is obvious. We place our trust in the adversarial process to determine the truth of criminal allegations. The adversarial process operates on the premise that the truth of a criminal allegation is best determined by “partisan advocacy on both sides of the case”: *U.S. v. Cronin*, 104 S. Ct. 2039 (1984), *per* Stevens J. at p. 2045. Effective representation by counsel makes the product of the adversarial process more reliable by providing an accused with the assistance of a professional trained in the skills needed during the combat of trial. The skilled advocate can test the case advanced by the prosecution, as well as marshal and advance the case on behalf of the defence. We further rely on a variety of procedural safeguards to maintain the requisite level of adjudicative fairness in that adversarial process. Effective assistance by counsel also enhances the adjudicative fairness of the process in that it provides to an accused a champion who has the same skills as the prosecutor and who can use those skills to ensure that the accused receives the full benefit of the panoply of procedural protections available to an accused.

Where counsel fails to provide effective representation, the fairness of the trial, measured both by reference to the reliability of the verdict and the adjudicative fairness of the process used to arrive at the verdict, suffers. In some cases the result will be a miscarriage of justice.

(2) General Approach to the Issue

The approach to an ineffectiveness claim is explained in *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), *per* O’Connor J. The reasons contain a performance component and a prejudice component. For an appeal to succeed, it must be estab-

considéré comme un principe de justice fondamentale. Il 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. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L’importance de l’assistance effective d’un avocat est évidente, mais elle a été expliquée en détail par le juge Doherty dans *R. c. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.), à la p. 57:

[TRADUCTION] L’importance de l’assistance effective d’un avocat au procès est évidente. Nous faisons confiance au processus de débat contradictoire pour déterminer le bien-fondé des accusations criminelles. Ce processus repose sur la prémisse que le meilleur moyen de déterminer le bien-fondé des accusations criminelles est «la présentation partisane par les parties de leur thèse respective»: *U.S. c. Cronin*, 104 S. Ct. 2039 (1984), le juge Stevens, à la p. 2045. La représentation effective de l’accusé par un avocat rend l’issue du processus de débat contradictoire plus fiable puisque l’accusé a bénéficié de l’assistance d’un professionnel ayant acquis les compétences qui sont requises durant le procès. L’avocat compétent peut mettre à l’épreuve la preuve avancée par la poursuite en plus de rassembler des éléments de preuve et de présenter la thèse de la défense. Nous nous fions aussi aux diverses garanties procédurales pour assurer le niveau requis d’équité dans le cadre du processus de débat contradictoire. Le droit à l’assistance effective d’un avocat favorise également le caractère équitable du processus décisionnel en ce qu’il adjoint à l’accusé un défenseur possédant les mêmes compétences que le poursuivant, compétences qui peuvent servir à faire bénéficier l’accusé de toute la panoplie des mesures de protection procédurale disponibles.

Lorsque l’avocat ne représente pas l’accusé de façon effective, l’équité du procès en souffre, tant du point de vue de la fiabilité du verdict que du point de vue du caractère équitable du processus décisionnel menant à ce verdict. Dans certains cas, il en résulte une erreur judiciaire.

(2) Approche générale applicable à cette question

La façon d’envisager les allégations de représentation non effective est expliquée dans l’arrêt *Strickland c. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), le juge O’Connor. Cette étude comporte un volet examen du travail de l’avocat et un volet apprécia-

25

26

lished, first, that counsel's acts or omissions constituted incompetence and second, that a miscarriage of justice resulted.

27 Incompetence is determined by a reasonableness standard. The analysis proceeds upon a strong presumption that counsel's conduct fell within the wide range of reasonable professional assistance. The onus is on the appellant to establish the acts or omissions of counsel that are alleged not to have been the result of reasonable professional judgment. The wisdom of hindsight has no place in this assessment.

28 Miscarriages of justice may take many forms in this context. In some instances, counsel's performance may have resulted in procedural unfairness. In others, the reliability of the trial's result may have been compromised.

29 In those cases where it is apparent that no prejudice has occurred, it will usually be undesirable for appellate courts to consider the performance component of the analysis. The object of an ineffectiveness claim is not to grade counsel's performance or professional conduct. The latter is left to the profession's self-governing body. If it is appropriate to dispose of an ineffectiveness claim on the ground of no prejudice having occurred, that is the course to follow (*Strickland, supra*, at p. 697).

(3) Application to the Facts of this Case

30 Two questions arise. Did the decision not to use the tape lie exclusively with defence counsel? If not, what was the consequence of the appellant being excluded from the decision?

31 The question of whether or not to use the tape was important. Defence counsel satisfied the Commissioner and all three members of the Court of Appeal that his decision was competent. In fact,

tion du préjudice. Pour qu'un appel soit accueilli, il faut démontrer, dans un premier temps, que les actes ou les omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et, dans un deuxième temps, qu'une erreur judiciaire en a résulté.

L'incompétence est appréciée au moyen de la norme du caractère raisonnable. Le point de départ de l'analyse est la forte présomption que la conduite de l'avocat se situe à l'intérieur du large éventail de l'assistance professionnelle raisonnable. Il incombe à l'appellant de démontrer que les actes ou omissions reprochés à l'avocat ne découlaient pas de l'exercice d'un jugement professionnel raisonnable. La sagesse rétrospective n'a pas sa place dans cette appréciation.

Les erreurs judiciaires peuvent prendre plusieurs formes dans ce contexte. Dans certains cas, le travail de l'avocat peut avoir compromis l'équité procédurale, alors que dans d'autres, c'est la fiabilité de l'issue du procès qui peut avoir été compromise.

Dans les cas où il est clair qu'aucun préjudice n'a été causé, il n'est généralement pas souhaitable que les cours d'appel s'arrêtent à l'examen du travail de l'avocat. L'objet d'une allégation de représentation non effective n'est pas d'attribuer une note au travail ou à la conduite professionnelle de l'avocat. Ce dernier aspect est laissé à l'appréciation de l'organisme d'autoréglementation de la profession. S'il convient de trancher une question de représentation non effective pour cause d'absence de préjudice, c'est ce qu'il faut faire (*Strickland, précité*, à la p. 697).

(3) Application aux faits de l'espèce

Deux questions se posent. La décision de ne pas utiliser l'enregistrement appartenait-elle uniquement à l'avocat de la défense? Dans la négative, quelle a été la conséquence du fait que l'appellant n'a pas participé à cette décision?

La décision d'utiliser ou non l'enregistrement était importante. L'avocat de la défense a convaincu le commissaire et les trois membres de la Cour d'appel qu'il avait fait preuve de compétence

they concluded that it may have resulted in the appellant's acquittal on the most serious charge of forced sexual intercourse.

The Commissioner concluded that while counsel was evasive in communicating his decision to the appellant, his reasons for not using the tape were sound. Primarily, he feared that the production of the tape would destroy the credibility of his main witness, the appellant's spouse M.B. The leading nature of the questions she asked her daughter and the fact that she felt it necessary to surreptitiously record their conversation revealed that she was more interested in obtaining a taped denial for the purposes of future litigation than in obtaining an accurate account of events. The destruction of M.B.'s credibility would have forced the appellant, who counsel considered to be a poor witness, to testify.

The appellant submitted that even if counsel's decision was sound, he was obligated to inform the appellant of this decision and accord him the opportunity to participate in it. In my opinion, it is for the Law Society of Alberta to consider whether defence counsel's conduct in the circumstances complied with the standards of the profession in that province. The issue is dealt with expressly by such guidelines as Rule 12 of Chapter 9 of the *Alberta Code of Professional Conduct* (loose-leaf). That question of professional ethics is different from those addressed here.

Where, in the course of a trial, counsel makes a decision in good faith and in the best interests of his client, a court should not look behind it save only to prevent a miscarriage of justice. While it is not the case that defence lawyers must always obtain express approval for each and every decision made by them in relation to the conduct of the defence, there are decisions such as whether or not to plead guilty, or whether or not to testify that defence counsel are ethically bound to discuss with the client and regarding which they must obtain instructions. The failure to do so may in some circumstances raise questions of procedural fairness

en prenant cette décision. En fait, ils ont conclu que c'est peut-être cette décision qui a permis à l'appelant d'être acquitté de l'accusation la plus grave, soit celle d'avoir contraint la victime à avoir des relations sexuelles.

Le commissaire a estimé que même si l'avocat avait été vague lorsqu'il avait communiqué sa décision à l'appelant, les raisons pour lesquelles il n'avait pas utilisé l'enregistrement étaient valables. Il craignait surtout que la production de l'enregistrement détruisse la crédibilité de son témoin principal, M.B., l'épouse de l'appelant. La nature suggestive des questions qu'elle avait posées à sa fille et le fait qu'elle avait jugé nécessaire d'enregistrer subrepticement la conversation indiquaient qu'elle était plus intéressée à obtenir une dénégation sur bande audio en vue d'un éventuel procès, qu'à recueillir une version exacte des événements. La destruction de la crédibilité de M.B. aurait forcé l'appelant à témoigner, et l'avocat considérait qu'il ferait un piètre témoin.

L'appelant a soutenu que même si la décision de l'avocat était valable, ce dernier était tenu de l'en informer et de lui donner la possibilité d'y participer. J'estime qu'il appartient au Barreau de l'Alberta de déterminer si, dans les circonstances, la conduite de l'avocat de la défense était conforme aux normes de la profession dans cette province. Cette question est expressément visée par des règles comme l'art. 12 du chapitre 9 de l'*Alberta Code of Professional Conduct* (feuilles mobiles). Cette question de déontologie professionnelle est différente de celles dont nous traitons.

Lorsque, durant un procès, l'avocat prend de bonne foi une décision dans l'intérêt de son client, les tribunaux ne doivent pas la remettre en question si ce n'est pour empêcher une erreur judiciaire. Bien que les avocats de la défense ne soient pas obligés de faire approuver expressément toutes et chacune de leurs décisions concernant la conduite de la défense, il y a des décisions que les avocats de la défense doivent, en vertu des règles de déontologie, discuter avec leurs clients et au sujet desquelles ils doivent obtenir des instructions, par exemple la décision de plaider coupable ou non coupable ou celle de témoigner ou non. Dans

32

33

34

and the reliability of the result leading to a miscarriage of justice.

35 On the facts of this case, I conclude that counsel had the carriage of the defence and the implied authority to make tactical decisions, as the ones made here, in the best interests of his client. In any event, the failure to obtain specific instructions did not affect the outcome of the trial. There was no miscarriage of justice.

(4) Conclusion

36 In light of my conclusion that defence counsel had implied authority to decide not to use the tape, the appellant has failed to satisfy the due diligence requirement of the *Palmer* analysis.

D. *Was the Reliability of the Trial's Result Compromised?*

37 As noted above, the due diligence criterion is not essential to a successful appeal based on fresh evidence. This factor must yield in circumstances where its rigid application would result in a miscarriage of justice. In my view, the appellant has failed to establish that such a danger exists.

38 The contents of the recorded conversation were relevant to the central issue at trial, namely the credibility of the complainant. In response to M.B.'s leading questions, J.W. is heard to deny that the appellant molested her or put his hand on her sexually.

39 With respect to the credibility of the "fresh" evidence, Commissioner Kerans found that it was of little probative value and would likely have had a prejudicial effect on the credibility of M.B.:

First, the passage in question, along with many similar passages, and the mere fact of recording would lead to serious doubt on the part of a trier about the reliability

certaines circonstances, l'omission de le faire peut soulever des questions d'équité procédurale et de fiabilité de l'issue du procès susceptibles d'entraîner une erreur judiciaire.

Eu égard aux faits de la présente affaire, j'estime que l'avocat était chargé de la défense et qu'il avait l'autorisation implicite de prendre des décisions d'ordre tactique, comme celles visées en l'espèce, dans l'intérêt de son client. Quoi qu'il en soit, l'omission d'obtenir des instructions précises n'a pas influencé l'issue du procès. Il n'y a eu aucune erreur judiciaire.

(4) Conclusion

Vu ma conclusion que l'avocat de la défense avait l'autorisation implicite de décider de ne pas utiliser l'enregistrement, l'appelant n'a pas satisfait au critère de diligence raisonnable de l'arrêt *Palmer*.

D. *La fiabilité de l'issue du procès a-t-elle été compromise?*

Comme je l'ai souligné précédemment, le respect du critère de diligence raisonnable n'est pas essentiel pour que soit accueilli un appel fondé sur l'existence d'un élément de preuve nouveau. Ce facteur ne doit pas être retenu lorsque son application rigide entraînerait une erreur judiciaire. Je suis d'avis que l'appelant n'a pas réussi à établir l'existence d'un tel risque.

Le contenu de la conversation enregistrée était pertinent à l'égard de la principale question en litige, c'est-à-dire la crédibilité de la plaignante. On entend J.W. nier, en réponse aux questions suggestives de M.B., que l'appelant l'ait agressée ou touchée sexuellement.

Relativement à la crédibilité de l'élément de preuve «nouveau», le commissaire Kerans a estimé que cet élément avait une faible valeur probante et qu'il aurait vraisemblablement eu un effet préjudiciable sur la crédibilité de M.B.:

[TRANSLATION] Premièrement, l'extrait en question, de même que de nombreux autres extraits semblables, conjugués au fait même qu'il y ait eu enregistrement,

of the evidence of [M.B.] that she had made a careful and open-minded inquiry into events in 1984, when she heard, or fancied she heard, a complaint. . . .

Counsel for the accused accepts that [M.B.] “conducted an interview in a ‘say it ain’t so’ manner.” Counsel for the Crown in turn described her as “coercive and emotional” in dealing with a child who is “captive and tricked”. Suffice it to say that [M.B.] on the tape is, in my respectful opinion, much more anxious to get a denial than she is to let [J.W.] tell her story, and much more anxious to offer reproach than to reach out with compassion. That is true of the entire tape, where eventually [J.W.] becomes monosyllabic and finally lapses into silence while the mother reproaches her repeatedly for the wrong done the mother by the girl leaving. . . .

I am, moreover, of the view that a trier likely would infer from this that the conversation in 1982 was similar in tone, as indeed [J.W.] testified. That being the case, a trier likely would accept as credible the evidence of [J.W.] that she would likely never would have told [M.B.] the particulars of a complaint, because her mother had set her mind not to believe it.

Commissioner Kerans expressed doubt as to whether the evidence was in any way helpful to the appellant’s defence against the two charges for which he was convicted:

It is another matter entirely if one considers this tape evidence in terms of the incidents for which the accused has been found guilty, these being the events of 1982 and before. There is no denial of the truth of that allegation in this recording. On the contrary, in the passage above [J.W.] repeats that claim: “Well, nothing has changed since last time Mom”. And she is so understood by her mother: “[J.W.] He hasn’t laid a hand on you.” In my respectful view, that is reasonably capable of being considered by a trier [of fact] as a repetition of the original complaint. Moreover, the trier, noting no immediate denial by [M.B.] of the accuracy of that claim, may reasonably infer that she then knew at the very least that it had never been withdrawn, contrary to her trial evidence.

amèneraient le juge des faits à avoir de sérieux doutes quant à la fiabilité du témoignage de [M.B.] lorsqu’elle affirme s’être enquis, avec soin et avec l’esprit ouvert, des événements en 1984, lorsqu’elle a entendu ou cru entendre une plainte . . .

L’avocat de l’accusé concède que [M.B.] «a posé des questions d’une manière qui semblait demander : «Dis-moi que ce n’est pas vrai»». Pour sa part, le substitut du procureur général a dit que [M.B.] avait eu une attitude «coercitive et émotive» dans sa façon de traiter une enfant «captive et prise au piège». Qu’il suffise de dire que, dans l’enregistrement, [M.B.] est à mon humble avis beaucoup plus intéressée à obtenir une dénégation qu’à laisser [J.W.] donner sa version des faits, et beaucoup plus encline à adresser des reproches qu’à offrir de la compassion. Cela vaut pour tout l’enregistrement, où [J.W.] en vient à répondre par monosyllabes et finalement à s’enfermer dans le silence pendant que sa mère lui reproche à maintes reprises le tort qu’elle lui a causé en quittant la maison. . . .

De plus, je suis d’avis que le juge des faits en inférerait vraisemblablement que la conversation de 1982 s’était déroulée sur le même ton, ce qu’a d’ailleurs dit [J.W.] dans son témoignage. Cela étant, le juge des faits considérerait probablement comme crédible l’affirmation de [J.W.] selon laquelle elle n’aurait vraisemblablement jamais mentionné à [M.B.] les détails d’une plainte, parce que sa mère n’était pas disposée à y ajouter foi.

Le commissaire Kerans a dit douter que la preuve aurait pu être utile à la défense de l’appelant relativement aux deux accusations dont il a été déclaré coupable:

[TRADUCTION] C’est une tout autre histoire si on considère l’enregistrement au regard des événements dont l’accusé a été déclaré coupable, soit ceux survenus en 1982 et avant. Il n’y a aucune dénégation de la véracité de cette allégation dans cet enregistrement. Au contraire, dans le passage susmentionné, [J.W.] répète cette affirmation: «Bien, rien n’a changé depuis la dernière fois, maman». Et c’est ce que comprend sa mère. «[J.W.], il ne t’a pas touchée». À mon humble avis, le juge [des faits] pourrait raisonnablement considérer qu’il s’agit d’une répétition de la plainte initiale. De plus, ne constatant aucune dénégation immédiate de la véracité de cette affirmation par [M.B.], le juge des faits pourrait raisonnablement conclure qu’elle savait alors à tout le moins que cette affirmation n’avait jamais été rétractée, contrairement à ce qu’elle a déclaré au procès.

In this light, the evidence in question may be of no use to the defence in respect of counts 2 and 3 but may indeed have been of value to the Crown in that regard.

A review of the transcript of the recorded conversation confirms the good sense of the findings of the Commissioner. The statements made by the complainant lacked conviction. They were out-of-court statements made at a time of vulnerability for the complainant. Most important, the complainant's statements were in response to leading questions by M.B. who was clearly determined to obtain a taped denial in preference to an accurate account of events.

40 Not only were the tapes unlikely to adversely affect the credibility of the complainant but it was reasonable to conclude that using the tape at trial would have undermined the credibility of the appellant's spouse, the main defence witness. The fact that she chose to create the tape in 1984 could be seen as an apprehension that criminal conduct had occurred. In my view, there exists no reasonable possibility that the use of the "fresh" evidence in this case might have affected the two guilty verdicts rendered by the jury.

41 Although there is no indication that the appellant expressed a desire to testify at his trial, he submits that defence counsel's failure to inform him of his decision not to use the tape deprived him of his ability to make an informed decision in this regard. The Commissioner made the following findings relevant to this submission (as summarized by the Court of Appeal):

a. Trial Counsel's opinion, before and during trial, was that the appellant might damage his defence by testifying because he might give inappropriate answers in cross-examination.

. . . .

À la lumière de ce qui précède, la preuve en question pourrait bien se révéler inutile à la défense relativement aux 2^e et 3^e chefs, mais au contraire être fort utile au ministère public à cet égard.

L'examen de la transcription de l'enregistrement de la conversation confirme le bon sens des conclusions du commissaire. Les déclarations de la plaignante manquaient de conviction. Il s'agissait de déclarations extrajudiciaires, faites à un moment où elle était vulnérable. Fait plus important encore, les déclarations de la plaignante ont été faites en réponse à des questions suggestives de M.B., qui était manifestement déterminée à obtenir une dénégaration sur bande audio plutôt qu'une version exacte des événements.

Non seulement l'enregistrement n'aurait-il vraisemblablement pas miné la crédibilité de la plaignante, mais il était raisonnable de conclure que l'utilisation de l'enregistrement au procès aurait miné la crédibilité de la conjointe de l'appelant, le principal témoin de la défense. Le fait qu'elle ait décidé de procéder à l'enregistrement en 1984 pourrait être perçu comme une crainte que des agissements criminels aient eu lieu. À mon avis, il n'existe aucune possibilité raisonnable que l'utilisation de l'élément de preuve «nouveau» dans la présente affaire aurait influé sur les deux verdicts de culpabilité prononcés par le jury.

Quoiqu'il n'y ait aucune indication que l'appelant ait exprimé le désir de témoigner à son procès, il affirme que l'omission de l'avocat qui le défendait de l'informer de sa décision de ne pas utiliser l'enregistrement l'a privé de la possibilité de prendre une décision éclairée à cet égard. Le commissaire a tiré des conclusions pertinentes à l'égard de cette prétention (qui ont été résumées ainsi par la Cour d'appel):

[TRADUCTION]

a. L'avocat de la défense était d'avis, avant et durant le procès, que l'appelant pourrait nuire à sa défense s'il témoignait, car il pourrait donner des réponses inappropriées en contre-interrogatoire.

. . . .

c. Trial counsel believed that the appellant could say little more than to give a blanket denial. This opinion was born out by the appellant's testimony in the inquiry.

d. The appellant knew before trial that his counsel had no intention of calling him to testify. He agreed with that decision. There was no misunderstanding between himself and trial counsel.

1. As to whether trial counsel clearly advised his client before trial that he would not use the tape, trial counsel testified that each time the matter came up he expressed no great enthusiasm for the evidence, but that it may well be that he had, at the opening of the trial, never quite said explicitly that he would not introduce it.

(232 A.R. 307, at pp. 313-14)

Given these findings, I am satisfied that the appellant has failed to establish that the results of his trial might have been different had he been expressly informed of his counsel's decision not to use the tape.

IV. Disposition

I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ben R. Plumer Law Office, Bassano, Alberta.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Calgary.

c. L'avocat de la défense estimait que l'appelant ne pourrait guère faire plus que formuler une dénégation générale. Cette opinion a été confirmée par le témoignage de l'appelant au cours de l'enquête.

d. L'appelant savait avant le procès que son avocat n'avait pas l'intention de le faire témoigner. Il était d'accord avec cette décision. Il n'y avait aucun malentendu entre l'appelant et son avocat.

1. Pour ce qui est de la question de savoir si l'avocat de la défense a clairement dit à son client avant le procès qu'il n'utiliserait pas l'enregistrement, l'avocat a témoigné que, chaque fois que la question est venue sur le tapis, il n'a pas montré beaucoup d'enthousiasme à l'égard de cet élément de preuve, mais qu'il est bien possible que, à l'ouverture du procès, il n'ait jamais vraiment dit explicitement qu'il ne le présenterait pas.

(232 A.R. 307, aux pp. 313 et 314)

Étant donné ces conclusions, je suis convaincu que l'appelant n'a pas établi que l'issue de son procès aurait été différente s'il avait été expressément informé de la décision de son avocat de ne pas utiliser l'enregistrement.

IV. Dispositif

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Ben R. Plumer Law Office, Bassano, Alberta.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Calgary.