

Garth James McCullough

(██████████ Corporal, Canadian Forces) *Appellant*,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

INDEXED AS: R. v. McCULLOUGH

File No.: CMAC 293

Heard: Winnipeg, Manitoba, 29 March, 1989

Judgment: Winnipeg, Manitoba, 29 March, 1989

Present: Hewak, Strayer and Iacobucci JJ.A.

On appeal from a conviction by a Standing Court Martial held at Headquarters, Canadian Forces Europe, Federal Republic of Germany, on 8 September, 1987.

Possession of a narcotic — Deemed possession — Criminal Code, section 3(4)(b).

The appellant appealed his conviction on a charge of possessing a narcotic. The President found at trial that the appellant:

- a. knew that the narcotic was in his apartment;
- b. had control over his apartment and therefore substantial control over the narcotic;
- c. did not exercise that control to get rid of the narcotic.

Held: Appeal dismissed.

The appellant argued that he should have a new trial owing to the ineffectiveness of his legal representation. The Court rejected this argument, stating that it would be a very dangerous practice for an appeal court to review the tactical procedures adopted by defence counsel.

On the evidence, the President was entitled to make a finding that the appellant was in attributed possession.

COUNSEL:

Robert L. Pollack, for the appellant
Lieutenant-Colonel D.J. Boan, CD, and *Major K.W. Watkin*, for the respondent

Garth James McCullough

(██████████ Caporal, Forces canadiennes) *Appellant*,

a c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

b

RÉPERTORIÉ : R. c. McCULLOUGH

N° du greffe : CACM 293

c

Audience : Winnipeg (Manitoba), le 29 mars 1989

Jugement : Winnipeg (Manitoba), le 29 mars 1989

d

Devant : les juges Hewak, Strayer et Iacobucci, J.C.A.

En appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale permanente siégeant au quartier général des Forces canadiennes en Europe, République fédérale d'Allemagne, le 8 septembre 1987.

Possession de stupéfiant — Possession présumée — Code criminel, alinéa 3(4)b).

f

L'appellant a interjeté appel contre la décision le déclarant coupable de possession d'un stupéfiant. Le président a conclu en première instance que l'appellant :

- a) savait que le stupéfiant se trouvait dans sa chambre;
- b) était maître de sa chambre et exerçait donc un contrôle véritable sur le stupéfiant;
- c) n'a pas utilisé le contrôle qu'il exerçait sur le stupéfiant pour s'en débarrasser.

Arrêt : L'appel est rejeté.

L'appellant a soutenu qu'il devrait bénéficier d'un nouveau procès en raison de l'incompétence de son avocat. La Cour a rejeté cet argument, soulignant qu'il serait très dangereux pour un tribunal d'appel d'examiner la tactique choisie par l'avocat de la défense.

Selon la preuve, le président était en droit de conclure que l'appellant était en situation de possession présumée.

AVOCATS :

Robert L. Pollack, pour l'appellant
Lieutenant-colonel D.J. Boan, DC, et *Major K.W. Watkin*, pour l'intimée

STATUTES CITED:

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 3(4)(b)
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 3(1)
National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 120 (as am. S.C. 1972, c. 13, s. 73; 1985, c. 19, s. 187 (item 5))

CASES CITED:

R. v. Draskovic (1971), 5 C.C.C. (2d) 186 (Ont. C.A.)
R. v. Garofoli (1988), 64 C.R. (3d) 193 (Ont. C.A.)
R. v. Terrence, [1983] 1 S.C.R. 357

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

HEWAK J.A.: This is an appeal of a decision of the Standing Court Martial rendered on September 8, 1987 at the Canadian Forces Base in Lahr, West Germany, which found the appellant guilty as charged of an offence under section 120 of the *National Defence Act*, viz. possession of narcotic contrary to subsection 3(1) of the *Narcotic Control Act*. The appellant was sentenced to three months' detention.

By agreement between counsel for the appellant and respondent, the argument before this Court was limited to two issues:

- (1) whether the President of the Standing Court Martial erred in law in finding that the appellant was in possession of the narcotic, and
- (2) whether, owing to the ineffectiveness of the appellant's legal representation, the defence of the appellant was not advanced properly such that this Court should order a new trial.

With respect to the second issue, we reject the argument advanced by counsel for the appellant as to the ineffectiveness of defence counsel before the Standing Court Martial. As an appeal court, we are reluctant to second guess the approach taken by defence counsel and find the words of Arnup, J.A. in *R. v. Draskovic* (1971), 5 C.C.C. (2d) 186 (Ont. C.A.) at 192-193, especially pertinent in this respect:

LOIS CITÉES :

Code Criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 3(4)b)
Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 120 (mod. par S.C. 1972, chap. 13, art. 73; 1985, chap. 19, art. 187, ann. V, n° 5)
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1)

JURISPRUDENCE CITÉE :

R. c. Draskovic (1971), 5 C.C.C. (2d) 186 (C.A. Ont.)
R. c. Garofoli (1988), 64 C.R. (3d) 193 (C.A. Ont.)
R. c. Terrence, [1983] 1 R.C.S. 357

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par

LE JUGE HEWAK, J.C.A. : Il s'agit de l'appel d'une décision rendue par la cour martiale permanente le 8 septembre 1987, à la Base des Forces canadiennes de Lahr, en République fédérale allemande, et déclarant l'appelant coupable d'une infraction visée par l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale*, à savoir la possession d'un stupéfiant en violation du paragraphe 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. L'appelant a été condamné à trois mois de détention.

Les avocats de l'appelant et de l'intimée se sont entendus pour ne saisir cette Cour que de deux questions :

- 1) le président de la cour martiale permanente a-t-il commis une erreur de droit en concluant que l'appelant était en possession du stupéfiant?
- 2) la représentation en justice de l'appelant a-t-elle été si inefficace et sa défense si inadéquatement conduite que cette Cour doive ordonner un nouveau procès?

Pour ce qui a trait à la deuxième question, nous rejetons l'argument avancé par l'avocat de l'appelant, selon lequel l'avocat occupant en défense devant la cour martiale permanente était incapable. En tant que juges d'une cour d'appel, nous avons des réticences à conjecturer sur les moyens utilisés par l'avocat de la défense et trouvons particulièrement à propos les remarques du juge d'appel Arnup dans l'affaire *R. v.*

We think it would be a very dangerous practice to review in this Court the tactical procedures adopted by defence counsel, and if we thought that he should obviously have adopted some other course, then to declare the trial unfair to the accused to a degree constituting a mistrial. Many difficult decisions have to be made by defence counsel in a trial such as this, sometimes on the spur of the moment. The record will not disclose what considerations led counsel to adopt the course he did, and in our view his wisdom or lack of it in proceeding in a given way in a certain situation is not something which ought to be reviewed by this Court, with the aid of the hindsight and cold analysis of other counsel who are able to make submissions, unhurried by pressure of time, and with the entire transcript available

See also *R. v. Garofoli* (1988), 64 C.R. (3d) 193 (Ont. C.A.).

On the question of possession of a narcotic, the President's principal findings were that on the accused's own admissions at trial:

- a) he knew that the narcotic was in his apartment;
- b) he had control over his apartment and therefore substantial control over the narcotic;
- c) he did not exercise that control to get rid of the narcotic.

The President, having taken all of this evidence into account, concluded that the accused was in attributed possession as defined in paragraph 3(4)(b) of the *Criminal Code* and as referred to by the Supreme Court of Canada in *R. v. Terrence*, [1983] 1 S.C.R. 357.

There was evidence that permitted the President to make such a finding. As an appeal court, unless there is clear error or no evidence, we should not substitute our findings for his.

Accordingly, the appeal is dismissed.

Draskovic (1971), 5 C.C.C. (2d) 186, aux pages 192, 193 (C.A. Ont.) :

[TRADUCTION] Nous pensons qu'il serait très dangereux que cette Cour examine la tactique choisie par l'avocat de la défense et, au cas où nous estimerions évident qu'il aurait dû agir autrement, qu'elle déclare le procès tellement inéquitable à l'égard de l'accusé qu'il en est nul. L'avocat de la défense doit prendre de nombreuses et délicates décisions dans un procès comme celui-ci, parfois sous l'impulsion du moment. Le dossier ne révèle rien des considérations qui ont amené l'avocat à emprunter une voie plutôt qu'une autre, et nous estimons que le discernement ou le manque de discernement dont il a fait preuve en choisissant certains moyens dans une situation donnée ne devraient pas faire l'objet d'un examen par cette Cour alors qu'elle bénéficie des analyses *a posteriori* et objectives faites par d'autres avocats à même de présenter des arguments sans être bousculés par le temps, ainsi que de la transcription complète des procédures. . . .

Voir aussi *R. v. Garofoli* (1988), 64 C.R. (3d) 193 (C.A. Ont.).

Pour ce qui est de la possession d'un stupéfiant, les principales conclusions du président ont été les suivantes, de l'aveu même de l'accusé au procès :

- a) il savait que le stupéfiant se trouvait dans sa chambre;
- b) il était maître de sa chambre et exerçait donc un véritable contrôle sur le stupéfiant;
- c) il n'a pas utilisé le contrôle qu'il exerçait sur le stupéfiant pour s'en débarrasser.

Le président a conclu, après avoir tenu compte de tous ces éléments de preuve, que l'accusé était en situation de possession présumée visée par l'alinéa 3(4)(b) du *Code criminel* et à laquelle s'applique l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Terrence*, [1983] 1 R.C.S. 357.

Le président a fondé ses conclusions sur une preuve. En qualité de juges d'une cour d'appel, s'il n'y a pas eu erreur évidente ou absence de preuve, nous ne devons pas substituer nos conclusions aux siennes.

En conséquence, l'appel est rejeté.