

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

31-12-CA

DANIEL GINNISH

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Ginnish v. R., 2014 NBCA 5

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
December 22, 2011 (conviction)  
February 16, 2012 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
September 10, 2013

Judgment rendered:  
January 30, 2014

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Green

Concurred in by:  
The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Quigg

DANIEL GINNISH

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Ginnish c. R., 2014 NBCA 5

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau  
l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
le 22 décembre 2011 (déclaration de culpabilité)  
le 16 février 2012 (prononcé de la sentence)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
S.O.

Appel entendu :  
le 10 septembre 2013

Jugement rendu :  
le 30 janvier 2014

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Green

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge en chef Drapeau  
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:  
James J. Matheson

For the respondent:  
Cameron H. Gunn, Q.C.

### THE COURT

The motion to direct the release and testing of an exhibit, as a preliminary step to a motion to introduce fresh evidence, is dismissed. The appeal against conviction is dismissed. The application for leave to appeal sentence is dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :  
James J. Matheson

Pour l'intimée :  
Cameron H. Gunn, c. r.

### LA COUR

La motion demandant une ordonnance de divulgation et d'analyse d'une pièce à conviction, comme mesure préliminaire à une motion en présentation de preuves nouvelles, est rejetée. L'appel à l'encontre de la déclaration de culpabilité est rejeté. La demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine est rejetée.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN, J.A.

I. Introduction

[1] The appellant was convicted by a judge of the Provincial Court on one charge of robbery under s. 344(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and one charge of aggravated assault under s. 268(1). On the robbery conviction, the appellant was sentenced to nine years, less a credit of eight months for time spent in remand. On the aggravated assault, the sentence was five years, to be served concurrently. Mr. Ginnish now appeals his conviction, and seeks leave to appeal his sentence. For the reasons which follow, I would dismiss both the appeal against conviction, and the application for leave to appeal sentence. This is a companion case to *Simon v. R.*, 2014 NBCA 4. Mr. Ginnish and Mr. Simon were co-accused, and were tried and sentenced together.

II. Background

[2] Theodore Simon concocted an ill-conceived and poorly planned scheme to rob an acquaintance of his, one Matthew King. He was familiar with Mr. King's residence, having been there often to purchase drugs.

[3] In the hours leading up to the May 26, 2011, robbery, Mr. Simon met with his son, Colton Simon, who at the time was sixteen years old. Mr. Simon invited his son to join him in carrying out his plan against Mr. King, and Colton Simon agreed. The two later met with a third individual, the appellant, who agreed to participate in the robbery as well.

[4] Mr. Simon outlined the details of his plan to the others, and gave specific instructions on how the robbery was to be conducted. Mr. Simon was to go to Mr. King's residence first, on the pretext of visiting the intended target. Colton Simon and the

appellant were directed to wait five minutes before going to the residence, and once Mr. King opened the door of his home, the two were to “beat him up”. Mr. Simon told his son to place a rock in a pair of socks, and use this improvised weapon to hit Mr. King over the head.

[5] Prior to arriving at Mr. King’s residence, Colton Simon armed himself with a rock placed inside a pair of socks, as his father had instructed. The appellant was armed with a beer bottle, which he broke while en route to the house.

[6] When the two assailants arrived at Mr. King’s residence, Theodore Simon was already inside the home as planned. Colton Simon knocked on the door, and Mr. King answered. Colton Simon struck Mr. King on the back of the head with the rock, and Mr. King was pulled outside. Colton Simon then struck Mr. King on the back of the head a second time.

[7] For his part, the appellant attacked Mr. King with the broken beer bottle, cutting him on the arm and the chest. While Mr. King was on the ground, the assault continued, with Colton Simon kicking Mr. King in the head and the appellant cutting him on the back with the broken bottle. Colton Simon then placed Matthew King in a choke hold; Mr. King said “I give up,” after which he was released.

[8] At this point, Theodore Simon exited the home. Colton Simon and the appellant fled the scene of the attack. Colton Simon was arrested soon thereafter, and the appellant and Theodore Simon some time later. Mr. King’s injuries included a laceration on the back of his head, deep scratches on one arm and the side of his chest, and a V-shaped laceration on his back.

[9] Theodore Simon’s role, in addition to developing the plan and recruiting the others to join him in carrying it out, was to steal from inside Matthew King’s residence while the attack was going on. The trial judge found Theodore Simon was not a mere decoy, but an active participant in the robbery. As for the appellant, the trial judge

found him to be “very unreliable and his testimony untrustworthy and inaccurate”. On sentencing, the trial judge further found that the appellant’s two prior convictions for robbery were an “obvious serious aggravating factor”, and that the appellant “personally inflicted serious injury” on Mr. King.

III. Motion to Direct the Release and Testing of an Exhibit

[10] The appellant sought to secure an order for the following:

1. To deliver certain exhibits, namely pieces of a broken beer bottle, to a designated policing agency;
2. To deliver the appellant’s fingerprints to said policing agency;
3. That the designated policing agency test the exhibits for fingerprints, and compare any fingerprints found on the pieces of the broken beer bottle to the appellant’s fingerprints; and
4. That the designated policing agency then deliver the results of such testing and comparison to the appellant and counsel for the respondent.

[11] The above was intended to be a preliminary step to the appellant bringing forward a motion for the introduction of fresh evidence, predicated of course on the appellant’s contention that his fingerprints would not be found on the bottle in question being borne out by the testing.

[12] In his affidavit filed in support of this motion, the appellant maintains that on the night in question, he did not go into the bar identified at trial and retrieve a beer bottle, did not break the bottle, did not hold the broken bottle by the neck, nor did he strike the victim with a broken beer bottle. More to the point, perhaps, he maintains he did not even go to the victim’s residence on the night of the attack. He further maintains that he would expect his fingerprints to be on the exhibits if he did in fact break the bottle, hold it as described by the trial judge, and strike the victim with it repeatedly.

[13] No fingerprint evidence was led at trial with respect to the pieces of broken beer bottle. On this motion, the respondent filed an affidavit of the Regional Director of Prosecutions for the relevant area of the province, in which the Regional Director confirms the exhibits in question were never analyzed for fingerprints. In further support of its position, the respondent filed a second affidavit, that of the police officer in charge of the Forensic Identification Section of the Fredericton Police Force. With respect to the appellant's expectation that his prints would be found on the bottle if he had committed the acts as found by the trial judge, the officer states, "Such an expectation is speculative", given that "a person does not always leave fingerprints when he touches or grasps an object".

[14] At trial, defence counsel used the lack of fingerprint evidence to her tactical advantage, arguing strenuously that the appellant's fingerprints were not found anywhere which could connect her client to the attack on Mr. King [see, for example, pages 137-138 of the December 2, 2011 trial transcript].

[15] There having been no fingerprint evidence advanced at trial, it follows that, when the trial judge made his determination of the appellant's guilt beyond a reasonable doubt, his deliberations included consideration of the fact that the appellant's prints were not on the bottle.

[16] In order for the appellant to ultimately be successful in his bid to introduce fresh evidence, he would have to satisfy the test set out by the Supreme Court in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL). One recent application of the *Palmer* test by this Court can be found in *R. v. McLaughlin*, 2013 NBCA 28, 403 N.B.R. (2d) 358:

[...] The circumstances in which the interests of justice would permit the admission of fresh evidence have been identified in what is commonly called the *Palmer* test, a test first articulated in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL), recently re-iterated

in *R. v. Hurley*, 2010 SCC 18, [2010] 1 S.C.R. 637, and recently applied in New Brunswick in: *Chen v. R.*, 2013 NBCA 7, [2013] N.B.J. No. 15 (QL); *M.K. v. R.*, 2010 NBCA 71, 364 N.B.R. (2d) 166; and *R. v. Goulette*, 2009 NBCA 49, 350 N.B.R. (2d) 152. Essentially, the *Palmer* test holds that fresh evidence:

- a) 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;
- b) must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial;
- c) must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief; and
- d) 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. 5]

[17] Applying the above test to the facts at hand, the appellant faced an insurmountable obstacle. He could neither satisfy the first, nor the fourth, criterion. I will elaborate briefly.

[18] It is well established that the first prong of the *Palmer* test is not enforced as rigidly in criminal law cases as in civil matters. That said, it has not been abandoned entirely. In the case at hand, all involved in the trial were fully aware that there was no fingerprint evidence to adduce. In the words of the respondent, the Crown's lack of fingerprint and other forensic evidence "became the foundation of the appellant's case at trial". It is reasonable to infer defence counsel made a conscious decision, on tactical grounds, not to pursue the actual fingerprint testing of the bottle fragments.

[19] With respect to the fourth prong of the test, it cannot be said the so-called fresh evidence could reasonably be expected to have affected the outcome of the trial. As stated earlier, the trial judge was fully cognizant of the fact the Crown proffered no evidence of the accused's fingerprints being on the bottle. Even if the test were to go ahead, at best the appellant would be able to demonstrate his fingerprints were not on the bottle. Such results would illustrate no more than that, and the absence of fingerprints in

and of themselves would in no way exonerate the appellant. In my opinion, the new evidence would be far from dispositive, and the outcome would have been exactly the same, given all the other evidence before the trial court.

[20] It is for the reasons set out above that I joined with my colleagues in dismissing the appellant's motion from the bench.

#### IV. Issues Advanced on Appeal

[21] At the time the Notice of Appeal was filed, the appellant was representing himself. The grounds of appeal asserted therein were therefore drafted without the aid of counsel. I would summarize the issues raised by the appellant as follows:

1. The appellant was denied a fair trial owing to the provision of late disclosure;
2. The verdict was unreasonable, and the appellant was therefore wrongfully convicted, given the following:
  - a) no "DNA fingerprinting" was conducted;
  - b) a witness whose testimony may have affected the outcome of the trial could not be found; and
  - c) the trial judge "took the word of a doped-up co-accused".

[22] I note at this point the appellant's only written submission was contained within the Notice of Appeal. No further written submission was received, although counsel for the appellant did prepare, file and argue the motion referenced above.

#### V. Law and Analysis

##### A. *Disclosure*

[23] There is little need to elaborate upon the Crown's obligation to provide disclosure (see *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, [1991] S.C.J. No. 83 (QL)). It is



well recognized that full and timely disclosure is absolutely necessary in order for an accused to properly answer and defend the case against him or her.

[24] This Court, in *R. v. Gallant*, 2007 NBCA 36, 314 N.B.R. (2d) 125, per Larlee J.A., set out the approach to be adopted by the appellate court with respect to a disclosure issue. Extracting the relevant principles from *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, [1998] S.C.J. No. 17 (QL) she formulated the test to be met by an appellant in order to present a persuasive and successful argument to the court:

1. establish a violation of the right to disclosure;
2. demonstrate on a balance of probabilities that the right to make full answer and defence was impaired as a result of the failure to disclose;
3. discharge this burden by demonstrating that there is a reasonable possibility that the non-disclosure affected the outcome at trial or the overall fairness of the trial process. [para. 24]

[25] In addressing the appellant's assertions on point, the Crown offered a cogent and compelling response, as seen in the following extract from its written submission:

Here the Appellant can meet, the Respondent submits, none of these burdens. This was a trial where material beyond the initial disclosure was disclosed shortly before or during trial. Where this occurred counsel for the Appellant raised the issues and in each case, the disclosure issue was resolved by the trial Judge and the parties seemed content with the resolution. In each instance the trial Judge ensured that the Appellant was not disadvantaged by any late disclosure. The trial Judge granted adjournments [...], refused to admit evidence [...], compelled can says [...] or the Crown chose not to call evidence that was the subject of the late disclosure [...]. The Appellant cannot establish any breach of the right to disclosure nor an impairment of his right to make full answer and defence. [Amended Respondent's Submission, para. 10]

[26] I view the above as a fair and accurate summary of what took place at trial, clearly supported by the transcript. In my opinion, this ground of appeal does not meet the test set out in *Gallant*, and therefore is without merit.

B. *Unreasonable Verdict and Wrongful Conviction*

[27] The Court has considered arguments of unreasonable verdicts leading to wrongful convictions on numerous occasions. Among the more recent, in *R. v. Smith*, 2012 NBCA 99, 396 N.B.R. (2d) 367, Drapeau C.J.N.B. provided the following overview:

[...] Section 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* provides an appeal against conviction may be allowed where the court of appeal concludes the verdict is "unreasonable or cannot be supported by the evidence". As is well known, that conclusion is unwarranted if the trier of fact, acting judicially, could reasonably have rendered the verdict in question (see *Mowry v. R.*, 2006 NBCA 18, 297 N.B.R. (2d) 16, at para. 1). Of necessity, the application of that test requires the court of appeal to re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence produced at trial (see *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, [1987] S.C.J. No. 51 (QL)). Nonetheless, as Bell J.A., writing for the Court, underscored in *Hubbard v. R.*, 2009 NBCA 28, 360 N.B.R. (2d) 1, at para. 11, "the function of this court is not to substitute itself" for the trier of fact and in discharging its responsibilities pursuant to s. 686(1)(a)(i), the Court must be "mindful of the advantageous position of the trial judge in assessing the credibility of the witnesses, including the accused" (see *R. v. A.G.*, 2000 SCC 17, [2000] 1 S.C.R. 439). [...] [para. 10]

[28] To support the appellant's contention that the trial judge rendered a verdict which was unreasonable, and as a result, wrongfully convicted him, the appellant points to three specific alleged problems: no fingerprint evidence was tendered, a potential witness did not testify, and the trial judge accepted the testimony of the co-accused.

C. *Lack of Fingerprint Evidence*

[29] This point was canvassed above within the context of the motion to direct the release and testing of the broken beer bottle. The lack of fingerprint evidence was relied upon by defence counsel at trial. The trial judge was clearly aware no such evidence was before him, nor was it necessary for such evidence to be before him in order to render a guilty verdict.

[30] In *Smith*, a similar argument was advanced. Drapeau C.J.N.B. addressed it thusly:

I begin by summarily rejecting the ground of appeal founded upon the absence of “physical” evidence linking the appellant to the crimes particularized in the 4-count Information. *Evans v. R.*, 2005 NBCA 22, 291 N.B.R. (2d) 397 is on point. In that case, the appellant contended “there was no direct evidence relating to identification, forensic or physical, just circumstantial evidence”. In rejecting that contention, the Court stated:

Neither direct evidence pertaining to identification, nor incriminating forensic and physical evidence are required for a proper finding of guilt. Adequately cogent circumstantial evidence is sufficient: *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, per Bastarache J., for the majority. [para. 5] [Emphasis added.]

[para. 9]

[31] The possibility of a guilty verdict, based upon the evidence before the trial judge, was not foreclosed by the absence of fingerprint evidence. I find no basis for intervention based upon this ground of appeal.

D. *Absence of Potential Witness*

[32] The appellant contends in his written submission that “a witness could not be found and this witness could have affected the judge’s verdict”. No argument was advanced before the Court to expand upon this contention, and we are left to speculate as

to the exact identity of the missing witness. In its written submission, the respondent attempted to shed light upon this question, but again, it is by necessity based upon speculation. This ground of appeal is also without merit.

E. *Reliance upon the Evidence of “A Doped-Up Co-accused”*

[33] The testimony of Colton Simon was central to the Crown case presented at trial. This reality and its ramifications were firmly understood by the trial judge, as seen in the following excerpt from his decision:

**THE COURT:** [...] my evaluation of their testimony and that of all witnesses called upon to testify in this case is of primary importance to its outcome. I must pay particular importance to issues of credibility and reliability of the testimony given, not only because of its importance to the accused persons but also because the prosecution’s key witness, Colton Simon, actively participated in and was in fact a key component of both the robbery and the aggravated assault. He was an accomplice to these crimes and because of this his testimony may be suspect by that fact alone. So I must approach his testimony with great care and caution. In doing so I must examine what confirmatory evidence exists to add to the necessary trustworthiness that would be required to convict. If Colton Simon’s testimony is found by me to be untrustworthy, then the prosecution’s case would necessarily fail and both Mr. Ginnish and Mr. Simon would be acquitted because, as I say, without him the Crown basically has no case. [Transcript of Decision, December 22, 2011, pages 53-54]

[34] Given this clear statement, it cannot be said the trial judge failed to appreciate the importance of Colton Simon’s testimony, nor the potential for problems associated with his evidence given his direct and active involvement in the crimes committed.

[35] Later in his decision, the trial judge provided his assessment of Colton Simon’s credibility and the weight to be attached to Mr. Simon’s testimony:

**THE COURT:** I conclude that Colton Simon was a reliable witness who endeavoured to tell the truth about what happened. He was certainly not minimizing his implication and involvement in the assault. He had nothing to gain from being untruthful. He had already pled guilty to the aggravated assault and no charges were withdrawn against him. It would have been [...] difficult from the outset to testify against his father, but he did. Although somewhat easily influenced by capable counsel he still managed to hold up well under cross-examination. [...] His evidence does not stand alone [...] I therefore proceed on the basis that Colton Simon was telling the truth at this trial. [Transcript of Decision, December 22, 2011, pages 90-91]

[36] Findings of credibility are owed considerable deference by appellate courts, and should not be interfered with absent a palpable and overriding error on the part of the trier of fact. No such error exists here. It was open to the trial judge to accept the evidence of Colton Simon, and he did. Again, there is no basis for appellate intervention.

#### F. *Conclusion*

[37] In summary, the guilty verdict rendered by the trial judge was amply supported by the evidence before him. His reasons for decision were clear and fulsome, and untainted by reversible error. I would not interfere, and would dismiss the appeal from conviction.

### VI. Leave to Appeal Sentence

#### A. *Standard of Review*

[38] The law with respect to sentence appeals is well settled, and was reviewed in some detail in *Simon*. Appellate intervention is to be exercised cautiously, and only when specific criteria are met (see *R. v. Steeves*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88). The analytical framework provided therein requires the appellant to establish the

presence of one or more of the following: an error of law, an error in principle, or that the sentence is clearly unreasonable.

B. *Analysis of Sentence Imposed*

[39] In *R. v. Basque* (1999), 211 N.B.R. (2d) 273, [1999] N.B.J. No. 211 (QL), this Court considered what constitutes a reasonable sentence for robbery. Drapeau J.A. (as he then was) states:

A review of the relevant case law quickly reveals that the sentence imposed in this case differs markedly and unreasonably from sentences usually imposed for robbery and disguise with intent offences committed in circumstances similar to the ones in this case. Consequently, the sentence is not consistent with the principle of similar sentences for similar offences. This court has recognized that robbery is a very serious offence and that Parliament has deemed fit to acknowledge this gravity by providing that everyone who commits robbery is guilty of an indictable offence and liable to life imprisonment. Indeed, this court has approved a range of sentences from three to eight years of imprisonment in a penitentiary for this offence when committed by someone other than a young offender. See *R. v. Matthews* (1983), 45 N.B.R. (2d) 265 (C.A.) at 268 and *R. v. Vautour* (1987), 76 N.B.R. (2d) 389 (C.A.). [para. 30]

[40] In the present case, the sentencing judge imposed a sentence of nine years for the robbery, and five years concurrent for the aggravated assault, less a credit for time spent on remand. Clearly, the nine-year sentence falls outside the range enunciated in *Basque*, but only just. As stated earlier, the sentencing judge properly took into consideration what he considered to be two significant aggravating factors: this was the appellant's third conviction for robbery, and the appellant personally inflicted serious personal injury upon the victim. The appellant has not convinced me the sentence imposed is clearly unreasonable. To interfere on the basis the sentence was for nine years and not eight would amount to "tinkering", which is not the role of an appellate court.

Further, such interference would diminish the importance placed by the sentencing judge on the aggravating factors in this case.

C. *Section 348.1 Aggravating Circumstance – Home Invasion*

[41] In *Simon*, Theodore Simon argued he had been sentenced as though he had committed a home invasion, even though the sentencing judge expressly found the facts before him did not constitute a home invasion. The argument was unsuccessful, but the Court did address the home invasion question at some length. I feel it both advisable and necessary to repeat those comments in these reasons.

[42] Parliament has seen fit to recognize the sanctity of one's home through the enactment of s. 348.1 of the *Criminal Code*, which provides as follows:

**348.1** If a person is convicted of an offence under section 98 or 98.1, subsection 279(2) or section 343, 346 or 348 in relation to a dwelling-house, the court imposing the sentence on the person shall consider as an aggravating circumstance the fact that the dwelling-house was occupied at the time of the commission of the offence and that the person, in committing the offence,

(a) knew that or was reckless as to whether the dwelling-house was occupied; and

(b) used violence or threats of violence to a person or property.

**348.1** Le tribunal qui détermine la peine à infliger à la personne déclarée coupable d'une infraction prévue aux articles 98 ou 98.1, au paragraphe 279(2) ou aux articles 343, 346 ou 348 à l'égard d'une maison d'habitation est tenu de considérer comme une circonstance aggravante le fait que la maison d'habitation était occupée au moment de la perpétration de l'infraction et que cette personne, en commettant l'infraction :

a) savait que la maison d'habitation était occupée, ou ne s'en souciait pas;

b) a employé la violence ou des menaces de violence contre une personne ou des biens.

[43] The Court of Appeal for Saskatchewan considered the elements of a home invasion in *R. v. Campeau*, 2009 SKCA 3, [2009] S.J. No. 16 (QL):

[...] Section 348.1 creates a specific aggravating circumstance which is to be taken into account in addition to all other aggravating circumstances, when imposing a sentence for the offence of unlawful confinement contrary

to s. 279(2), robbery contrary to s. 343, extortion contrary to s. 346, or break and enter contrary to s. 348(1) (“the listed crimes”), if any of these offences are committed at or in relation to a dwelling-house. The essential elements of a home invasion are: (1) occupancy of a dwelling-house at the time one of the listed crimes was committed; (2) knowledge or recklessness on the part of the offender as to whether the dwelling-house was occupied; and (3) actual or threatened use of violence to persons or property. [...] [para. 24]

[44] *Campeau* makes reference to an earlier decision of the same court, *R. v. Pelly*, 2006 SKCA 60, [2006] S.J. No. 332 (QL), in which Cameron J.A. forcefully underscores the seriousness with which the courts, and Canadian society as a whole, view incidents such as these. I concur with his assessment, which he expressed as follows:

It must be clear to all that crimes of this nature strike at the very core of a peaceful and safe society, violate the security of the home, and often result in lasting physical and psychological injury. They are terrifying crimes, and it is imperative they be treated with the utmost seriousness in the interest of preserving public safety and upholding public confidence in the administration of justice. So, all should know that the courts of this province, in step with those of others, will come down hard on violent crimes entailing “home invasions” in order to protect the public from the invasiveness and violence associated with them. [para. 57]

[45] At the sentencing hearing, the Crown argued home invasion to be an aggravating circumstance which should be considered by the court in passing sentence on the appellant and Theodore Simon. However, the sentencing judge determined this fact situation did not meet the definition of home invasion. Here is the pertinent passage in his decision:

**THE COURT:** [...] I agree with defence counsel that this was not a home invasion, nor was it tantamount to a home invasion. I don’t believe that the jurisprudence of home invasions applies to this case. I do consider as a factor in sentencing that Mr. King was at his home when



the robbery occurred, and also that the accused intended the assault to occur at his home. I believe this to be an aggravating factor. Mr. King should not have been attacked while he was at his residence, but he was pulled out of the home and he was attacked in the street, and for this reason I believe that this does not constitute what would otherwise be a home invasion. [Transcript of Sentencing, February 16, 2012, pages 45-46]

[46] With respect, I disagree with the sentencing judge's conclusion. In my opinion, this was a home invasion. The essential elements as required by the *Criminal Code*, and considered in cases such as *Campeau*, are all present. Although the assault took place outside the victim's home, that was only because his assailants pulled him outside once he had opened his front door. To suggest that if a victim opens the door to his or her home, is pushed backwards onto the floor, and is then further assaulted, it would amount to a home invasion, but if that same victim is instead pulled outside the home and subjected to the exact same assault with the exact same injuries, it would not be a home invasion, is not reasonable. Theodore Simon was in the victim's home under false pretenses, for the express purpose of robbing him. Mr. Simon's accomplices, the appellant and Colton Simon, were to conduct the attack, and thus provide the opportunity for the robbery to take place. As such, this was a home invasion, and on this point, the sentencing judge was in error. In the circumstances, it has no bearing on the outcome of the present case, as the error was to the benefit of the appellant, and the Crown chose to abandon its cross-appeal on the issue.

D. *Conclusion*

[47] I have not been persuaded any of the criteria set out in *Steeves* have been satisfied. As the Court stated in *Simon*, the decision on sentencing was "thoughtful, thorough, and fair". I find no scope for appellate intervention, and would dismiss the application for leave to appeal sentence.

## VII. Disposition

[48] The motion to direct the release and testing of an exhibit, as a preliminary step to a motion to introduce fresh evidence, was dismissed from the bench. I have set out herein my reasons for joining with my colleagues in reaching that decision. I would dismiss the appeal against conviction. I would also dismiss the application for leave to appeal sentence.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] L'appelant a été déclaré coupable, par un juge de la Cour provinciale, d'un chef de vol qualifié, infraction prévue à l'al. 344(1)*b* du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et d'un chef de voies de fait graves, infraction prévue au par. 268(1). S'agissant de la déclaration de culpabilité pour vol qualifié, l'appelant a été condamné à neuf ans moins un crédit de huit mois pour le temps passé sous garde. Pour les voies de fait graves, la peine a été de cinq ans, à purger concurremment. M. Ginnish appelle maintenant de sa déclaration de culpabilité et demande l'autorisation d'interjeter appel de sa peine. Pour les motifs suivants, je rejeterais l'appel à l'encontre de la déclaration de culpabilité ainsi que la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine. La présente affaire est connexe à l'affaire *Simon c. R.*, 2014 NBCA 4. M. Ginnish et M. Simon ont été accusés, ont subi leur procès et ont été condamnés ensemble.

II. Contexte

[2] Theodore Simon a élaboré un plan mal conçu et mal planifié pour voler une de ses connaissances du nom de Matthew King. Il connaissait bien la résidence de M. King pour y être souvent allé afin d'acheter des drogues.

[3] Dans les heures précédant le vol qualifié du 26 mai 2011, M. Simon a rencontré son fils, Colton Simon, alors âgé de 16 ans. M. Simon a invité son fils à se joindre à lui pour exécuter son plan contre M. King, et Colton Simon a accepté. Les deux ont rencontré plus tard une troisième personne, l'appelant, qui a également accepté de participer au vol qualifié.

- [4] M. Simon a expliqué aux autres les détails de son plan et a donné des instructions précises sur le mode d'exécution du vol qualifié. M. Simon devait aller en premier chez M. King sous prétexte de rendre visite à la victime éventuelle. Colton Simon et l'appelant se sont fait dire d'attendre cinq minutes avant d'aller chez M. King et, lorsque celui-ci ouvrirait la porte de sa maison, les deux devaient lui [TRADUCTION] « donner une raclée ». M. Simon a dit à son fils de mettre une roche dans une paire de bas et d'utiliser cette arme improvisée pour frapper M. King à la tête.
- [5] Avant d'arriver chez M. King, Colton Simon s'est armé d'une roche introduite dans une paire de bas, comme son père lui avait dit de faire. L'appelant était armé d'une bouteille de bière qu'il avait brisée pendant le trajet vers la maison.
- [6] Lorsque les deux agresseurs sont arrivés chez M. King, Theodore Simon était déjà dans la maison comme prévu. Colton Simon a frappé à la porte, et M. King a répondu. Colton Simon a frappé M. King à l'arrière de la tête avec la roche, et M. King a été tiré dehors. Colton Simon a alors frappé M. King à l'arrière de la tête une deuxième fois.
- [7] Quant à l'appelant, il s'est attaqué à M. King au moyen de la bouteille de bière brisée, lui infligeant des coupures au bras et à la poitrine. L'agression s'est poursuivie pendant que M. King était par terre, Colton Simon donnant des coups de pied à la tête de M. King et l'appelant lui infligeant des coupures au dos avec la bouteille brisée. Colton Simon a alors appliqué une prise de cou à Matthew King, qui a dit : [TRADUCTION] « J'abandonne », après quoi il a été relâché.
- [8] Sur ce, Theodore Simon est sorti de la maison. Colton Simon et l'appelant se sont enfuis des lieux de l'agression. Colton Simon a été arrêté peu après, et l'appelant et Theodore Simon quelque temps plus tard. Les blessures de M. King comprenaient une lacération à l'arrière de la tête, de profondes entailles à un bras et au côté de la poitrine, et une lacération au dos en forme de V.

[9] Le rôle de Theodore Simon, en plus d'avoir élaboré le plan et recruté les autres pour qu'ils se joignent à lui afin de l'exécuter, a consisté à commettre le vol dans la résidence de Matthew King pendant que l'agression avait lieu. Le juge du procès a conclu que Theodore Simon n'était pas un simple agent de diversion, mais un participant actif au vol qualifié. Quant à l'appelant, le juge du procès a conclu qu'il était [TRADUCTION] « très peu fiable, et son témoignage est indigne de confiance et inexact ». En déterminant la peine, le juge du procès a conclu en outre que les deux déclarations de culpabilité antérieures de l'appelant pour vol qualifié étaient un [TRADUCTION] « facteur aggravant évident et sérieux » et que l'appelant [TRADUCTION] « a personnellement infligé des blessures graves » à M. King.

III. Motion demandant une ordonnance de divulgation et d'analyse d'une pièce à conviction

[10] L'appelant a demandé une ordonnance prescrivant ce qui suit :

1. la remise de certaines pièces à conviction, à savoir des morceaux de bouteille de bière brisée, à un service de police désigné;
2. la communication des empreintes digitales de l'appelant à ce service de police;
3. l'analyse des pièces à conviction par le service de police désigné pour y trouver des empreintes digitales et comparer toute empreinte digitale trouvée sur les morceaux de bouteille de bière brisée aux empreintes digitales de l'appelant;
4. la communication des résultats de ces analyses et de cette comparaison à l'appelant et à son avocat par le service de police désigné.

[11] Ces mesures étaient censées être une étape préliminaire avant que l'appelant dépose une motion en présentation de preuves nouvelles, dépendant évidemment d'analyses confirmant l'assertion de l'appelant selon laquelle ses empreintes digitales ne seraient pas trouvées sur la bouteille en question.

[12] Dans son affidavit déposé à l'appui de cette motion, l'appelant soutient que le soir en question, il n'est pas allé au bar mentionné au procès pour y prendre une bouteille de bière, n'a pas brisé la bouteille, n'a pas tenu le col de la bouteille brisée et n'a pas frappé la victime avec une bouteille de bière brisée. Ce qui est peut-être plus pertinent, c'est qu'il affirme n'être même pas allé chez la victime le soir de l'agression. Il affirme en outre qu'il s'attendrait à ce que ses empreintes digitales soient sur les pièces à conviction si vraiment il avait brisé la bouteille, l'avait tenue de la manière décrite par le juge du procès et en avait frappé la victime à maintes reprises.

[13] Aucune preuve d'empreintes digitales n'a été présentée au procès pour ce qui est des morceaux de bouteille de bière brisée. À l'égard de la motion, l'intimée a déposé un affidavit du directeur régional des poursuites de la région pertinente de la province, dans lequel celui-ci a confirmé que les pièces à conviction en question n'ont jamais été analysées aux fins de détection d'empreintes digitales. Pour appuyer davantage sa position, l'intimée a déposé un deuxième affidavit, celui de l'agent de police responsable du Service de l'identité judiciaire de la force policière de Fredericton. Quant au fait que l'appelant s'attend à ce que ses empreintes se trouvent sur la bouteille s'il a commis les actes auxquels a conclu le juge du procès, le directeur affirme : [TRADUCTION] « Une telle attente est une conjecture », étant donné que [TRADUCTION] « quelqu'un ne laisse pas toujours des empreintes digitales quand il touche ou prend un objet ».

[14] Au procès, l'avocate de la défense a exploité tactiquement l'absence de preuves d'empreintes digitales en plaidant vigoureusement le fait que les empreintes digitales de l'appelant ne se trouvaient à aucun endroit pouvant rattacher son client à l'agression subie par M. King (voir par exemple les p. 137 et 138 de la transcription officielle du procès pour le 2 décembre 2011).

[15] Aucune preuve d'empreintes digitales n'ayant été présentée au procès, il s'ensuit que lorsque le juge du procès a jugé que l'appelant était coupable hors de tout

doute raisonnable, il a tenu compte également du fait que les empreintes de l'appelant n'étaient pas sur la bouteille.

[16] Pour que l'appelant ait finalement gain de cause dans sa tentative de présenter des preuves nouvelles, il devrait satisfaire au critère formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL). On peut trouver une application récente du critère de l'arrêt *Palmer* par notre Cour dans l'arrêt *McLaughlin c. R.*, 2013 NBCA 28, 403 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 358 :

[...] Les circonstances dans lesquelles l'intérêt de la justice permettrait l'admission d'une nouvelle preuve ont été décrites dans ce qui est généralement appelé le critère de l'arrêt *Palmer*, un critère qui a été exposé initialement dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL), et réitéré récemment dans *R. c. Hurley*, 2010 CSC 18, [2010] 1 R.C.S. 637, puis appliqué récemment au Nouveau-Brunswick dans *Chen c. R.*, 2013 NBCA 7, [2013] A.N.-B. n° 15 (QL); *M.K. c. R.*, 2010 NBCA 71, 364 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 166; *R. c. Goulette*, 2009 NBCA 49, 350 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 152. Le critère de l'arrêt *Palmer* comporte les principes suivants se rapportant à l'admission d'une nouvelle preuve :

a) 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.

b) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.

c) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi.

d) 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. 5]

[17] Quand on applique le critère ci-dessus aux faits de l'espèce, l'appelant se heurte à un obstacle insurmontable. Il ne peut satisfaire ni au premier ni au quatrième critère. Je m'explique brièvement.

[18] Il est bien établi que le premier élément du critère de l'arrêt *Palmer* n'est pas appliqué aussi strictement dans les affaires de droit pénal que dans les affaires civiles. Cela dit, il n'a pas été abandonné entièrement. En l'espèce, tous les participants du procès étaient pleinement conscients du fait qu'il n'y avait pas de preuves d'empreintes digitales à présenter. Aux dires de l'intimée, l'absence de preuves d'empreintes digitales et d'autres preuves judiciaires provenant du ministère public [TRADUCTION] « a constitué le fondement de la plaidoirie de l'appelant au procès ». Il est raisonnable d'inférer que l'avocate de la défense, pour des raisons tactiques, a consciemment décidé de ne pas réclamer l'analyse effective des empreintes digitales sur les fragments de bouteille.

[19] Pour ce qui est du quatrième élément du critère, on ne peut pas affirmer que les dites preuves nouvelles auraient pu vraisemblablement modifier l'issue du procès. Comme je l'ai déjà dit, le juge du procès était pleinement conscient du fait que le ministère public n'avait présenté aucune preuve de la présence des empreintes digitales de l'accusé sur la bouteille. Même si les analyses étaient effectuées, l'appelant pourrait démontrer tout au plus que ses empreintes digitales n'étaient pas sur la bouteille. De tels résultats ne montreraient rien de plus, et l'absence d'empreintes digitales, considérée en soi, n'exonérerait l'appelant en aucune façon. À mon avis, les preuves nouvelles seraient loin d'être déterminantes, et l'issue aurait été exactement la même étant donné toutes les autres preuves présentées au procès.

[20] C'est pour ces motifs que je me suis joint à mes collègues pour rejeter la motion de l'appelant séance tenante.



#### IV. Questions soulevées en appel

[21] Au moment où l'avis d'appel a été déposé, l'appelant se représentait lui-même. Les moyens d'appel qui y étaient invoqués ont donc été rédigés sans l'aide d'un avocat. Je résumerais comme suit les questions soulevées par l'appelant:

1. L'appelant s'est vu refuser un procès équitable étant donné la divulgation tardive.
2. Le verdict était déraisonnable, et l'appelant a donc été condamné injustement, compte tenu des faits suivants :
  - a) aucune analyse d'empreintes génétiques n'a été effectuée;
  - b) un témoin dont le témoignage aurait pu influencer sur l'issue du procès n'a pas pu être trouvé;
  - c) le juge du procès [TRADUCTION] « a cru sur parole un coaccusé drogué ».

[22] Sur ce, je remarque que les seules observations écrites de l'appelant se trouvaient dans l'avis d'appel. Aucun mémoire additionnel n'a été reçu, bien que l'avocat de l'appelant ait préparé, déposé et plaidé la motion mentionnée ci-dessus.

#### V. Principes de droit et analyse

##### A. *Divulgation*

[23] Il n'est pas nécessaire de discuter l'obligation du ministère public de divulguer ses preuves (voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, [1991] A.C.S. n° 83 (QL)). Il est reconnu que la communication intégrale et opportune des éléments de preuve est absolument nécessaire pour que l'accusé puisse offrir une défense et une réponse convenable à la preuve présentée contre lui.

[24] Notre Cour, dans l'arrêt *Gallant c. R.*, 2007 NBCA 36, 314 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 125, rédigé par la juge Larlee, a établi la démarche qu'une cour d'appel doit suivre à l'égard d'une question en litige concernant la divulgation. La juge, tirant les principes

pertinents de l'arrêt *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, [1998] A.C.S. n° 17 (QL), a formulé le critère auquel l'appelant doit satisfaire pour présenter à la Cour une argumentation convaincante et avoir gain de cause :

1. établir l'existence d'une violation du droit à la divulgation;
2. démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l'omission de divulguer a porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière;
3. satisfaire à cette obligation en démontrant qu'il y a une possibilité raisonnable que la non-divulgation ait influé sur l'issue ou l'équité globale du procès. [Par. 24]

[25] En traitant des assertions de l'appelant à ce sujet, le ministère public a donné une réponse cohérente et convaincante, comme on le voit dans l'extrait suivant de son mémoire :

[TRADUCTION]

En l'espèce, l'intimée soutient que l'appelant ne peut s'acquitter d'aucune de ces charges de preuve. Dans ce procès, les éléments qui se sont ajoutés à la divulgation initiale ont été divulgués peu avant ou pendant le procès. Lorsque cela s'est produit, l'avocate de l'appelant a soulevé les questions et, dans chaque cas, la question de divulgation a été résolue par le juge du procès, et les parties ont semblé satisfaites de cette résolution. Dans chaque cas, le juge du procès a veillé à ce que l'appelant ne soit pas désavantagé par la divulgation tardive. Le juge du procès a accordé des ajournements [...], a refusé d'admettre des éléments de preuve [...], a prescrit des sommaires des dépositions, [...] ou le ministère public a choisi de ne pas présenter les éléments de preuve ayant fait l'objet d'une divulgation tardive [...]. L'appelant ne peut établir quelque violation que ce soit du droit à la divulgation ni quelque atteinte à son droit à une défense pleine et entière. [Mémoire modifié de l'intimée, par. 10]

[26] Je considère cette citation comme un résumé juste et exact de ce qui s'est passé au procès, et la transcription officielle le confirme nettement. À mon avis, ce moyen d'appel ne satisfait pas au critère formulé dans l'arrêt *Gallant*, et en conséquence, il est sans fondement.

B. *Verdict déraisonnable et condamnation injuste*

[27] La Cour a examiné à maintes reprises des arguments selon lesquels des verdicts déraisonnables auraient abouti à des condamnations injustes. Parmi les plus récents, dans l'arrêt *Smith c. R.*, 2012 NBCA 99, 396 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 367, le juge en chef Drapeau a donné l'aperçu suivant :

[...] Le s.-al. 686(1)a(i) du *Code criminel* prévoit qu'un appel d'une déclaration de culpabilité peut être admis si la cour d'appel conclut que le verdict est « déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve ». Il est bien établi que pareille conclusion n'est pas justifiée si le juge des faits, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, pouvait raisonnablement prononcer le verdict en question (voir *Mowry c. R.*, 2006 NBCA 18, 297 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 16, au par. 1). L'application de ce critère implique forcément que la cour d'appel réexamine et, du moins dans une certaine mesure, réévalue l'effet de la preuve produite au procès (voir *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, [1987] A.C.S. n<sup>o</sup> 51 (QL)). Néanmoins, comme le juge Bell, s'exprimant au nom de la Cour, l'a souligné dans *Hubbard c. R.*, 2009 NBCA 28, 360 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1, au par. 11, « [n]otre Cour n'a pas pour rôle de se substituer » au juge des faits et, en s'acquittant des obligations qui lui incombent en vertu du s.-al. 686(1)a(i), elle doit « tenir compte de la position avantageuse qu'occupe le juge du procès aux fins d'apprécier la crédibilité des témoins, y compris l'accusé » (voir *R. c. A.G.*, 2000 CSC 17, [2000] 1 R.C.S. 439). [...]  
[Par. 10]

[28] À l'appui de son assertion selon laquelle le juge du procès a rendu un verdict déraisonnable et l'a condamné injustement en conséquence, l'appelant souligne trois facteurs spécifiques qui constitueraient, selon lui, des problèmes : aucune preuve d'empreintes digitales n'a été présentée, un témoin éventuel n'a pas témoigné, et le juge du procès a accepté le témoignage du coaccusé.

C. *Absence de preuves d'empreintes digitales*

[29] Ce point a déjà été examiné dans le contexte de la motion demandant une ordonnance de divulgation et d'analyse concernant la bouteille de bière brisée. L'avocate de la défense au procès s'est appuyée sur l'absence de preuves d'empreintes digitales. Le juge du procès était nettement conscient du fait que de telles preuves ne lui étaient pas présentées, et elles ne lui étaient pas nécessaires pour rendre un verdict de culpabilité.

[30] Dans l'affaire *Smith*, un argument semblable a été soulevé. Le juge en chef Drapeau y a répondu comme suit :

Pour commencer, je rejette de façon sommaire le moyen d'appel fondé sur l'absence de preuve [TRADUCTION] « matérielle » établissant un lien entre l'appelant et les quatre infractions décrites dans la dénonciation. L'arrêt *Evans c. R.*, 2005 NBCA 22, 291 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 397, traite de ce point précis. Dans cette affaire, l'appelant prétendait qu' [TRADUCTION] « il n'y avait, en ce qui concernait l'identification, aucune preuve directe, fût-elle médicolégale ou matérielle, seulement une preuve circonstancielle ». La Cour a rejeté cette prétention en affirmant ce qui suit :

Ni une preuve directe se rapportant à l'identification ni une preuve médicolégale et matérielle incriminante ne sont essentielles pour justifier une conclusion de culpabilité. Une preuve circonstancielle suffisamment solide est suffisante : *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, le juge Bastarache qui rendait jugement au nom de la majorité. [Par. 5] [Je souligne.]

[Par. 9]

[31] La possibilité de rendre un verdict de culpabilité fondé sur la preuve présentée au juge du procès n'était pas interdite du fait de l'absence de preuves d'empreintes digitales. Je ne vois aucun motif d'intervenir sur le fondement de ce moyen d'appel.

D. *Absence d'un témoin éventuel*

[32] L'appelant soutient dans son mémoire [TRADUCTION] qu'« un témoin n'a pas pu être trouvé, et ce témoignage aurait pu modifier le verdict du juge ». Aucun argument n'a été présenté à la Cour pour étoffer cette prétention, et nous ne pouvons faire que des conjectures sur l'identité exacte du témoin manquant. Dans son mémoire, l'intimée a tenté d'éclairer cette question, mais là encore, elle a nécessairement dû s'appuyer sur des conjectures. Ce moyen d'appel est également sans fondement.

E. *Confiance accordée au témoignage d'« un coaccusé drogué »*

[33] Le témoignage de Colton Simon était crucial pour la preuve présentée par le ministère public au procès. Cette réalité et ses conséquences ont été très bien comprises par le juge du procès, comme le montre l'extrait suivant de sa décision :

[TRADUCTION]

**LA COUR** : [...] mon évaluation de leur témoignage et de celui de tous les témoins appelés à témoigner en l'espèce est d'une importance primordiale pour l'issue du procès. Je dois accorder une importance particulière aux questions de crédibilité et de fiabilité du témoignage présenté, non seulement en raison de son importance pour les accusés, mais aussi parce que le témoin clé du poursuivant, Colton Simon, a participé activement au vol qualifié et aux voies de fait graves et, en fait, en a été un acteur clé. Il a été complice de ces actes criminels et, de ce seul fait, son témoignage peut être suspect. Alors, je dois examiner son témoignage avec beaucoup d'attention et de circonspection. Dans cette démarche, je dois me demander quelles sont les preuves confirmatives renforçant la fiabilité qui serait nécessaire à une déclaration de culpabilité. Si je conclus que le témoignage de Colton Simon n'est pas fiable, la preuve du ministère public sera nécessairement insuffisante, et M. Ginnish et M. Simon seront tous deux acquittés parce que, comme je le dis, sans lui, le ministère public n'a pratiquement aucune preuve. [Transcription officielle de la décision, 22 décembre 2011, p. 53 et 54]

[34] Étant donné cette affirmation claire, on ne peut pas dire que le juge du procès n'aurait pas compris l'importance du témoignage de Colton Simon ni les problèmes qui peuvent en découler étant donné sa participation directe et active aux actes criminels qui ont été commis.

[35] Plus loin dans sa décision, le juge du procès a donné son évaluation de la crédibilité de Colton Simon et du poids à accorder à son témoignage :

[TRADUCTION]

**LA COUR** : Je conclus que Colton Simon était un témoin fiable qui s'est efforcé de dire la vérité sur ce qui s'est passé. Il ne réduisait certainement pas l'importance de sa participation aux voies de fait. Il n'avait rien à gagner à ne pas dire la vérité. Il avait déjà plaidé coupable aux voies de fait graves, et aucune accusation portée contre lui n'avait été retirée. Il a dû être difficile [...] pour lui au point de départ de témoigner contre son père, mais il l'a fait. Même s'il était influencé assez facilement par un avocat compétent, il a réussi à tenir bon en contre-interrogatoire. [...] Son témoignage n'est pas isolé. Je poursuis donc en admettant que Colton Simon disait la vérité au procès. [Transcription officielle de la décision, 22 décembre 2011, p. 90 et 91]

[36] Les cours d'appel doivent montrer une grande déférence face aux conclusions relatives à la crédibilité, qui ne devraient pas être modifiées en l'absence d'une erreur manifeste et dominante de la part du juge des faits. Une telle erreur n'a pas été commise en l'espèce. Il était loisible au juge du procès d'accepter le témoignage de Colton Simon, et il l'a fait. Là non plus, il n'existe aucun motif d'intervenir en appel.

#### F. *Conclusion*

[37] Pour résumer, le verdict de culpabilité rendu par le juge du procès était abondamment appuyé par la preuve dont il était saisi. Ses motifs de décision étaient clairs et exhaustifs et n'étaient entachés d'aucune erreur justifiant l'infirmité de sa décision.

Je n'interviendrais pas, et je rejetterais l'appel à l'encontre de la déclaration de culpabilité.

VI. Autorisation d'interjeter appel de la peine

A. *Norme de contrôle*

[38] Les principes de droit relatifs aux appels à l'encontre des peines sont bien établis et ont été examinés de façon assez détaillée dans l'arrêt *Simon*. Les cours d'appel doivent intervenir avec circonspection, et seulement lorsque des critères spécifiques sont respectés (voir *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 88). Le cadre d'analyse qui y est présenté exige que l'appelant établisse la présence d'un ou de plusieurs des éléments suivants : une erreur de droit, une erreur de principe, ou une peine manifestement déraisonnable.

B. *Analyse de la peine infligée*

[39] Dans l'arrêt *R. c. Basque (G.)* (1999), 211 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 273, [1999] A.N.-B. n<sup>o</sup> 211 (QL), notre Cour a examiné ce qui constitue une peine raisonnable pour vol qualifié. Le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) affirme :

Un survol de la jurisprudence dans le domaine révèle rapidement que la peine infligée en l'espèce s'écarte, de façon marquée et déraisonnable, des peines imposées habituellement pour les infractions de vol qualifié et de déguisement dans un dessein criminel perpétrées dans des circonstances semblables à celles qui prévalent en l'espèce. Elle n'est donc pas conforme au principe de l'harmonisation des peines. Cette Cour a pris acte du fait que le vol qualifié constitue une infraction très grave et que le Parlement a jugé opportun de reconnaître cette gravité en prévoyant que quiconque la commet est coupable d'un acte criminel passible de l'emprisonnement à perpétuité. En effet, cette Cour a approuvé une échelle des sentences de trois à huit ans d'emprisonnement dans un pénitencier pour cette infraction lorsqu'elle est perpétrée par un individu,

autre qu'un jeune délinquant. Voir les arrêts *R. c. Matthews* (1983), 45 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 265 (C.A.), à la p. 268, et *R. c. Vautour* (1987), 76 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 389 (C.A.). [Par. 30]

[40] En l'espèce, le juge a infligé une peine de neuf ans pour le vol qualifié et une peine concurrente de cinq ans pour les voies de fait graves, moins un crédit pour le temps passé sous garde. Il est clair que la peine de neuf ans se situe à l'extérieur des limites indiquées dans l'arrêt *Basque*, mais tout juste. Comme je l'ai déjà dit, le juge qui a déterminé la peine a tenu compte, à bon droit, de ce qu'il a considéré comme deux importants facteurs aggravants : il s'agissait de la troisième condamnation de l'appelant pour vol qualifié, et l'appelant avait personnellement infligé des blessures graves à la victime. L'appelant ne m'a pas convaincu que la peine infligée soit manifestement déraisonnable. Le fait d'intervenir pour le motif que la peine était de neuf ans et non de huit constituerait du « peaufinage », ce qui n'est pas le rôle d'une cour d'appel. De plus, une telle intervention réduirait l'importance accordée par le juge qui a déterminé la peine aux facteurs aggravants en l'espèce.

C. *Circonstance aggravante prévue à l'art. 348.1 : violation de domicile*

[41] Dans l'affaire *Simon*, Theodore Simon a soutenu qu'il était condamné au même genre de peine que s'il avait commis une violation de domicile, même si le juge qui a déterminé la peine a expressément conclu que les faits dont il était saisi ne constituaient pas une violation de domicile. L'argument n'a pas été accepté, mais la Cour a discuté assez en détail la question de la violation de domicile. Je considère souhaitable et nécessaire de répéter ces observations dans les présents motifs.

[42] Le législateur a jugé bon de reconnaître le caractère sacré du domicile en adoptant l'art. 348.1 du *Code criminel*, qui prévoit ce qui suit :

**348.1** If a person is convicted of an offence under section 98 or 98.1, subsection 279(2) or section 343, 346 or 348 in relation to a dwelling-house, the court imposing the sentence on

**348.1** Le tribunal qui détermine la peine à infliger à la personne déclarée coupable d'une infraction prévue aux articles 98 ou 98.1, au paragraphe 279(2) ou aux articles 343, 346 ou 348 à l'égard d'une maison



the person shall consider as an aggravating circumstance the fact that the dwelling-house was occupied at the time of the commission of the offence and that the person, in committing the offence,

d'habitation est tenu de considérer comme une circonstance aggravante le fait que la maison d'habitation était occupée au moment de la perpétration de l'infraction et que cette personne, en commettant l'infraction :

(a) knew that or was reckless as to whether the dwelling-house was occupied; and

a) savait que la maison d'habitation était occupée, ou ne s'en souciait pas;

(b) used violence or threats of violence to a person or property.

b) a employé la violence ou des menaces de violence contre une personne ou des biens.

[43] La Cour d'appel de la Saskatchewan a examiné les éléments de la violation de domicile dans l'arrêt *R. c. Campeau*, 2009 SKCA 3, [2009] S.J. No. 16 (QL) :

[TRADUCTION]

[...] L'article 348.1 établit une circonstance aggravante spécifique dont la cour doit tenir compte en plus de toutes les autres circonstances aggravantes en infligeant une peine pour les infractions de séquestration, prévue au par. 279(2), de vol qualifié, prévue à l'art. 343, d'extorsion, prévue à l'art. 346, et d'introduction par effraction, prévue au par. 348(1) (« les actes criminels énumérés »), si l'une de ces infractions est commise dans une maison d'habitation ou relativement à une maison d'habitation. Les éléments essentiels de la violation de domicile sont : 1) l'occupation de la maison d'habitation au moment où l'un des actes criminels énumérés a été commis; 2) le fait que le délinquant savait que la maison d'habitation était occupée ou ne se souciait pas de savoir si elle l'était; 3) le recours ou la menace de recours à la violence à l'endroit des personnes ou des biens. [...] [Par. 24]

[44] L'arrêt *Campeau* renvoie à une décision antérieure de la même Cour, l'arrêt *R. c. Pelly*, 2006 SKCA 60, [2006] S.J. No. 332 (QL), dans laquelle le juge d'appel Cameron souligne avec énergie la gravité qu'attribuent les tribunaux ainsi que la société canadienne en général à de tels actes. Je souscris à son évaluation, qu'il a formulée comme suit :

[TRADUCTION]

Il doit être clair pour tous que des crimes de cette nature portent atteinte au fondement même d'une société pacifique et sûre, violent la sécurité du domicile et entraînent souvent des blessures physiques et psychologiques durables. De tels actes criminels sont terrifiants, et il est essentiel qu'ils soient traités avec le plus grand sérieux dans l'intérêt de la préservation de la sécurité publique et du maintien de la confiance des gens dans l'administration de la justice. Alors, tous doivent savoir que les tribunaux de notre province, de concert avec ceux d'ailleurs, réprimeront sévèrement les crimes de violence comportant des « violations de domicile » afin de protéger le public contre l'intrusion et la violence qui s'y rattachent. [Par. 57]

[45] À l'audience de détermination de la peine, le ministère public a soutenu que la violation de domicile constituait une circonstance aggravante dont la Cour devrait tenir compte en infligeant la peine à l'appelant et à Theodore Simon. Toutefois, le juge qui a déterminé la peine a conclu que cette situation de fait ne correspondait pas à la définition de violation de domicile. Voici l'extrait pertinent de sa décision :

[TRADUCTION]

**LA COUR :** [...] je conviens avec l'avocate de la défense que ce n'était pas une violation de domicile et n'équivalait pas à une violation de domicile. Je ne crois pas que la jurisprudence relative aux violations de domicile s'applique en l'espèce. Je considère bien comme un facteur de détermination de la peine le fait que M. King était chez lui lorsque le vol qualifié a été commis, et le fait que l'accusé avait l'intention de commettre les voies de fait à son domicile. Je crois que c'est là un facteur aggravant. M. King n'aurait pas dû être agressé lorsqu'il était à son domicile, mais il a été tiré hors de la maison et agressé dans la rue, et pour cette raison, je crois que cela ne constitue pas ce qui serait par ailleurs une violation de domicile. [Transcription officielle du prononcé de la peine, 16 février 2012, p. 45 et 46]

[46] Avec égards, je ne souscris pas à la conclusion du juge qui a déterminé la peine. À mon avis, il s'agissait bel et bien d'une violation de domicile. Les éléments essentiels requis par le *Code criminel*, et examinés dans des cas tels que l'arrêt *Campeau*,

sont tous présents. Les voies de fait ont eu lieu hors du domicile de la victime, mais seulement parce que les agresseurs l'ont tiré au dehors une fois qu'il a ouvert sa porte avant. Il n'est pas raisonnable d'avancer que si la victime ouvre la porte de sa maison, est poussée vers l'arrière et tombe sur le plancher, puis subit d'autres voies de fait, cela constitue une violation de domicile, mais que si la même victime est plutôt tirée hors du domicile et y subit exactement les mêmes voies de fait et les mêmes blessures, ce n'est pas une violation de domicile. Theodore Simon était chez la victime sous de faux prétextes, dans l'intention expresse de le voler. Les complices de M. Simon, l'appelant et Colton Simon, devaient mener l'agression et créer ainsi l'occasion de commettre le vol qualifié. De ce fait, c'était une violation de domicile, et le juge qui a déterminé la peine était dans l'erreur sur ce point. Dans les circonstances, cela n'a pas d'influence sur l'issue de la présente affaire, puisque l'erreur était à l'avantage de l'appelant et que le ministère public a choisi d'abandonner son appel reconventionnel sur la question.

#### D. *Conclusion*

[47] Je n'ai pas été convaincu que l'un ou l'autre des critères énoncés dans l'arrêt *Steeves* ait été rempli. Comme l'a déclaré la Cour dans l'arrêt *Simon*, la décision sur la détermination de la peine était « réfléchie, minutieuse et équitable ». Je conclus qu'il n'y a pas place à une intervention en appel, et je rejeterais la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine.

#### VII. Dispositif

[48] La motion demandant une ordonnance de divulgation et d'analyse d'une pièce à conviction, comme mesure préliminaire à une motion en présentation de preuves nouvelles, a été rejetée séance tenante. J'ai exposé ici mes motifs de me joindre à mes collègues pour en venir à cette décision. Je rejeterais l'appel à l'encontre de la déclaration de culpabilité. Je rejeterais aussi la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine.