

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

96-15-CA

DAVID JUNIOR HENRY ANDREW HART

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Hart v. R., 2018 NBCA 36

CORAM:

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

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

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
2017 NBCA 45

Appeal heard:  
October 26, 2017

Judgment rendered:  
June 21, 2018

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Green

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

DAVID JUNIOR HENRY ANDREW HART

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Hart c. R., 2018 NBCA 36

CORAM :

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

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

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
2017 NBCA 45

Appel entendu :  
le 26 octobre 2017

Jugement rendu :  
le 21 juin 2018

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Green

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

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Jean Eugène Trahan

For the respondent:  
William B. Richards

THE COURT

The appeal against conviction and the application for leave to appeal sentence are dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :  
Jean Eugène Trahan

Pour l'intimée :  
William B. Richards

LA COUR

L'appel interjeté à l'encontre de la déclaration de culpabilité et la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine sont rejetés.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN, J.A.

I. Introduction

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

II. Background

[2] The facts of this case are relatively straightforward. On the evening of October 25, 2014, in the City of Moncton, the complainant Allan Lee was stabbed repeatedly, and suffered serious, life threatening injuries as a result.

[3] The complainant testified as to the identity of his attacker, an individual who was well known to him: the appellant. For practical purposes, the only issue at trial was the credibility of the complainant. As will be seen below, the accused did not testify.

[4] Further details of the factual background of this case will emerge as each ground of appeal is considered and disposed of. I will state at the outset I have chosen to omit from these reasons details from the record I do not consider directly relevant to the task at hand, which is to evaluate and adjudicate upon the enumerated grounds of appeal. Much has been written and argued before this Court with respect to bribery allegations surrounding the complainant and the trial process, a fabricated alibi disclosed as such by

the appellant to his defence counsel at the eleventh hour, the identity of uncalled witnesses and how they may or may not have impacted the outcome of the trial, and so on. Let us say there was no shortage of drama surrounding this case at trial and on appeal, but I deem it advisable to take a more focused approach in crafting what follows.

### III. Issues

[5] The appellant places the following issues before the court:

1. Did the trial judge err in law in his assessment of the complainant's credibility?
2. Did the trial judge err in law in admitting the "dying declaration" of the complainant and in relying on the dying declaration to convict the appellant?
3. Was the appellant represented by ineffective trial counsel, in that he was not permitted to testify in his own defence and in the refusal of trial counsel to call certain witnesses for the defence, and did it lead to a miscarriage of justice?
4. Did the trial judge err in law "in finding the appellant had the required intent to commit murder"?
5. Did the trial judge err by imposing a sentence that was "disproportionate to the principles of sentencing" and "a substantial and marked departure from sentences imposed for similar offenders for similar offences committed in similar circumstances"?

### IV. Law and Analysis

#### A. *Credibility of the Complainant*

[6] Appellate courts are hesitant to interfere with the credibility findings of a trial judge, and understandably so. The stringent approach to be followed by the Court was outlined by Drapeau C.J.N.B. in *Gillis v. R.*, 2014 NBCA 58, 426 N.B.R. (2d) 1:

The standard of review for errors of fact is palpable and overriding error. Thus, an appellate court is not at liberty to overturn findings of credibility simply because it would have come to a different conclusion. As was stated in the oft-cited case of *R v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621:

There is general agreement on the test applicable to a review of a finding of credibility by a trial judge: the appeal court must defer to the conclusions of the trial judge unless a palpable or overriding error can be shown. It is not enough that there is a difference of opinion with the trial judge (*Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at paras. 32-33; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at para. 74). [para. 10]

See, as well, *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at paras. 70-73.

The question of appellate review of credibility findings on the basis of allegations of factual error was recently considered in *J.N.C. v. R*, 2013 NBCA 59, 409 N.B.R. (2d) 310, where the Court observed:

In light of the above, we owe deference to the trial judge's credibility findings unless J.N.C. can show that these are the product of a palpable and overriding error: *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, at para. 10.

In *R. v. Arsenault*, 2005 NBCA 110, 295 N.B.R. (2d) 123, at para. 26, and in other cases, including *R. v. Mollins*, 2011 NBCA 62, [2011] N.B.J. No. 237 (QL), at para. 14, this Court has adopted the definition of "palpable and overriding" articulated in *Waxman v. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.) (QL):

The "palpable and overriding" standard addresses both the nature of the factual error and its impact on the result. A "palpable" error is one that is obvious, plain to see or clear: *Housen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at 246. Examples of "palpable" factual errors include findings made in the complete

absence of evidence, findings made in conflict with accepted evidence, findings based on a misapprehension of evidence and findings of fact drawn from primary facts that are the result of speculation rather than inference.

An “overriding” error is an error that is sufficiently significant to vitiate the challenged finding of fact. Where the challenged finding of fact is based on a constellation of findings, the conclusion that one or more of those findings is founded on a “palpable” error does not automatically mean that the error is also “overriding”. The appellant must demonstrate that the error goes to the root of the challenged finding of fact such that the fact cannot safely stand in the face of that error: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254 at 281. [paras. 296-97] [...] [paras. 74-75]

[7] The complainant did not present as a witness without blemishes, as was candidly noted by the trial judge: “By his own admission and volunteer testimony, Mister Lee can be branded as an outlaw, profiting from a life of crime” (decision, p. 2). He went on to make the following observation: “Defence counsel’s rigorous cross-examination was [directed] mainly to paint Mr. Lee in a bad light, something Mr. Lee aptly and outspokenly accomplished on his own” (decision, p. 3).

[8] The complainant’s character, however, was not on trial. I find particularly relevant for our present purposes these words from the trial judge’s oral decision:

The little inaccuracies and contradictions in his evidence, such as to who was or was not in the operating room weighs little in the balance as well. Why would Mister Lee have a motive to lie about something of such slight relevance? You cannot expect any witness to recall every irrelevant, [...] minute detail and not be mistaken of the recollection of the same. In addition, Mister Lee successfully withstood a most rigorous and lengthy cross-examination from which he came out unscathed. He never

[wavered] on the essential components that could raise a doubt about -- that Hart may or may not have been the stabber. In addition to the [...] above findings, I had occasion to observe Mister Lee throughout his testimony. Despite his shady lifestyle, his sporadic outbursts in court, mostly directed at defence counsel and the accused, which as I said earlier, bears very little weight on his [...] credibility, he came across as a [...] most forthright and reliable witness. On the totality of the evidence, I believe his uncontradicted evidence beyond a reasonable doubt. [decision, pp. 6-7]

[9] The appellant argues the trial judge's credibility finding "is not supported by the evidence, which resulted in an unreasonable verdict that cannot be supported on any reasonable view of the evidence", relying upon the Supreme Court decision in *R. v. W.H.*, 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180, and this Court in *J.-G. O. v. R.*, 2013 NBCA 49, 407 N.B.R. (2d) 369. I cannot agree with his assessment. Nothing emerges from my review of the record to warrant interference with the trial judge's findings on the complainant's credibility. I would dismiss this ground of appeal. That said, I note certain of the submissions made with respect to ineffectiveness of counsel relate to this same issue of Mr. Lee's credibility, in that the appellant alleges potential witnesses not called by the defence could reasonably be expected to have inflicted serious damage to his testimony and therefore his credibility. I will address those arguments later in these reasons.

B. *Dying Declaration*

[10] The appellant contends the trial judge committed an error of law in admitting "as a dying declaration exception to the hearsay rule, the complainant's statement to Constable Graham on October 25, 2014 identifying the Appellant as the perpetrator of the injuries sustained by him".

[11] First of all, there was no dying declaration, as obviously the complainant did not die as a result of the stabbing. The evidence establishes he believed, with good reason, he was going to die, but the difference is a considerable one. Second, the

complainant took the stand and testified at trial, relating to the court the events of that night, including what transpired in the ambulance ride to the hospital.

[12] The declaration in question refers to testimony from the police officer who rode with the complainant in the ambulance. In the course of direct examination, the officer testified the complainant indicated who had stabbed him, and named the appellant. At this point, the trial judge intervened:

THE COURT: Okay, just [...] a clarification here. What Mr. Lee told the police officer is hearsay?

[CROWN COUNSEL]: Yes.

THE COURT: It's not admissible as to the truth of its content, but it's to bolster the credibility of Mr. Lee.

[CROWN COUNSEL]: Correct.

[DEFENCE COUNSEL]: I understood that as well, Your Honour. [Transcript, June 26, pp. 93-94]

[13] In summary, the trial judge identified the officer's testimony as hearsay, and correctly stated it was not admissible for the truth of its contents. Both counsel agreed.

[14] During the complainant's testimony, he was asked if he remembered the ambulance ride. The complainant responded:

Q. Do you remember the ambulance ride?

A. [...] the only dialogue there was is when [Constable Graham] did ask me who did this. He says do you remember who did this and I said yes, Dave Hart. That's the only dialogue there was [...]. [Transcript, June 25, p. 67]

[15] The trial judge discusses the impugned testimony in the course of his reasons as follows:



Then you have the evidence of Constable Graham, one of the first responders. He found Mister Lee quite excited and scared. He held his hand. [Mr. Lee] told him that he was scared. He did not want to die. He was in very much panic and desperation. This is when Allan Lee told him David Hart had done it. It was the young fellow. In legal circles, we all have heard about dying declaration and its exception to the hearsay rule. After the death of a witness, such declarations from the deceased have been ruled admissible based on their evident reliability. It is apparent that Mister Lee, at the time of identifying the accused as the [...] perpetrator to Constable Graham, was [...] envisioning a strong likelihood of death. Mister Lee was bleeding profusely and had just been repeatedly stabbed in the abdomen and chest area. Over and above any other assessment of credibility from Mister Lee, this utterance, in the grimness of the moment, is a strong indication of the genuineness of his testimony when he points to the accused as the perpetrator of his stabbing. [decision, pp. 4-5]

[16] In my opinion, the trial judge was simply making a comparison of the exchange between the complainant and the officer in the ambulance to a dying declaration, which obviously it was not. More to the point, and as set out above, the complainant testified as to the identity of his attacker. I see nothing in the decision to convince me the trial judge considered the offer's testimony inappropriately or made some other error, and certainly nothing to warrant appellate intervention. I would dismiss this ground of appeal.

C. *Intent to commit murder*

[17] The Supreme Court in *The Queen v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, [1984] S.C.J. No. 12 (QL), provides this instruction with respect to the offence of attempted murder:

The completed offence of murder involves a killing. The intention to commit the complete offence of murder must therefore include an intention to kill. I find it impossible to conclude that a person may intend to commit the unintentional killings described in ss. 212 and 213 of the

*Code*. I am then of the view that the *mens rea* for an attempted murder cannot be less than the specific intent to kill. [pp. 248-249]

[18] In the course of his reasons for decision, the trial judge cited *Ancio*, and came to the following conclusion with respect to intent:

Now, is he guilty of attempted murder? It is common knowledge that the chest cavity contains vital organs such as the heart and lungs, as well as major arteries and [...] blood vessels. Mister Lee went face to face with the accused, saw the latter [...] stab him with a knife, with a three-inch long blade in the chest [...]. A medical report reveals three [...] stabs to the chest. Mister Lee was stabbed at least once in the back and four times in the abdomen, resulting in a wound to the liver. [...] [T]he accused had murderous intent when he proceeded to stab Mister Lee to the chest area, bearing in mind that he had threatened him that he would do so earlier when he said to Mister Lee that he would get one to the chest. Furthermore, he charged ahead to stab Mister Lee after the latter told him to come and finish the job, or words to that effect. [...] [I]n applying the *mens rea* required for a conviction for attempted murder, I am convinced beyond a reasonable doubt that the accused when he stabbed Mister Lee numerous times, more particularly three times in the chest, intended to murder him. Hart persisted to stab Mister Lee multiple times while Mister Lee was not armed. He is therefore guilty of attempted murder. [decision, pp. 7-8]

[19] With respect, any reasonable assessment of the evidence would lead to the conclusion the requisite intent for attempted murder was present. In spite of the arguments advanced by counsel for the appellant on this point, which I do not intend to replicate here, I am far from convinced there was reversible error on this ground of appeal, and would dismiss it.

D. *Ineffective Counsel*

[20] The appellant strongly contends he received ineffective representation at trial. Any such allegation on appeal engages the Court's *Protocol for Appeal Proceedings Involving Allegations of Ineffective Counsel in First Instance*, which states in part:

Preamble

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

Préambule

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

[21] By Notice of Motion, the appellant sought to introduce evidence in support of his contention, most significantly two affidavits sworn by the appellant, the affidavit of trial counsel, and the affidavit of a Criminal Administrative Assistant with the New Brunswick Legal Aid Services Commission.

[22] This panel heard the motion, and applied the framework set out by the Supreme Court in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126

(QL). Reference was made to the recent decision of this Court in *Johnston (M.D.) v. R.*, 2017 NBCA 30, [2017] N.B.J. No. 173 (QL):

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

Because the evidence was not available at trial and because it bears on a decisive issue, the inquiry in this case is limited to two questions. Firstly, is the evidence possessed of sufficient credibility that it might reasonably have been believed by the trier of fact? If the answer is no that ends the matter but if yes the second question presents itself in this form. If presented to the trier of fact and believed, would the evidence possess such strength or probative force that it might, taken with the other evidence adduced, have affected the result? If the answer to the second question is yes, the motion to adduce new evidence would have to succeed and a new trial be directed at which the evidence could be introduced. [pp. 776-777]

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

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

(1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases ...

(2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.

(3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and

(4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. [para. 115] [paras. 14-15]

See also *Gardiner v. R.*, 2010 NBCA 46, 362 N.B.R. (2d) 179, per Richard J.A.

[23] In its decision on the motion, reported at 2017 NBCA 45, [2017] N.B.J. No. 252 (QL), the Court came to this conclusion:

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

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

[...]

Out of an abundance of caution, I would also allow the affidavit of the Criminal Administrative Assistant from the Legal Aid Services Commission, in the event the Court may glean some useful information therefrom. [paras. 10-11, 13]

[24] Equipped with the affidavit evidence referenced above, the Court considered the arguments advanced by the appellant in support of this ground of appeal.

[25] The appellant argues strenuously that he was denied his right to testify in his own defence. That right, the appellant contends, is set out by the Supreme Court in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, [1991] S.C.J. No. 32 (QL):

The right to defend is personal. The defendant, and not his lawyer or the State, will bear the personal consequences of a conviction. It is the defendant, therefore, who must be free personally to decide whether in his particular case counsel is to his advantage. And although he may conduct his own defense ultimately to his own detriment, his choice must be honored out of “that respect for the individual which is the lifeblood of the law”. [p. 970]

[26] More particularly, *Swain* goes on to state:

An accused person has control over the decision of whether to have counsel, whether to testify on his or her own behalf, and what witnesses to call. This is a reflection of our society’s traditional respect for individual autonomy within an adversarial system. [...] [p. 972]

[27] Having reviewed the affidavits, I am left with no doubt the appellant wished to testify in his own defence. I am equally left with no doubt his trial counsel was adamantly opposed to that notion, arguably for thoroughly sound reasons. However, the key issue on this point is as follows: did the appellant’s trial counsel prevent him from exercising his right to testify in spite of the appellant’s clearly expressed wishes? In my opinion, he did not.

[28] The critical passages in the affidavit sworn by the appellant’s trial counsel reads as flows:

THAT as an experienced member of the defence bar [admitted in 1985], I clearly informed Mr. Hart prior to his trial, during his trial, and at the closing of the prosecution’s evidence, that should he testify to his relationship with Mr. Lee, he will open himself to cross-examination regarding his prior criminal record. I explained to him, to the best of my ability, that refuting Mr. Lee’s assertion that he did not associate with Mr. Lee in Saint John, would not benefit his

defence. Our main goal was to discredit Mr. Lee's credibility. I explained to Mr. Hart that introducing his record would greatly undermine his defence in that the court would be informed of his long criminal record of violent offences. I informed Mr. Hart on more than one occasion that he could not testify without greatly harming his defence. Mr. Hart appeared to understand and agree with it as part of his overall defence strategy. [para. 23]

[...]

THAT my not calling Mr. Hart to the stand was a tactical decision that took into account all of the above, in the best interests of Mr. Hart in order to provide him with a full answer and defence to the best of my abilities. In my opinion, Mr. Hart was informed of my reasons why, understood them, and agreed to them. [para. 26]

[Emphasis added.]

[29] The appellant filed a responding affidavit, having had the benefit of reviewing his former counsel's affidavit evidence. At no point are his counsel's above-noted assertions clearly and convincingly refuted or contradicted. The appellant clearly preferred to testify, and his lawyer explained why such a decision could or would damage his case. Nowhere does the appellant squarely address the statement that he "appeared to understand and agree". Mr. Hart does state "I never agreed to not testify in my own defence prior to trial", but this is at best qualified assertion. I am not convinced the decision not to testify was solely that of counsel, in direct contravention of the appellant's instructions.

[30] Turning to the allegation that trial counsel did not call certain witnesses the appellant believed would bolster his defence, this is unquestionably accurate. However, counsel addressed each specific situation in his affidavit, and provided clear, rational explanations for his decisions, including the following:

That regarding any dispute between myself and Mr. Hart regarding the calling of [X] or [Y], I can only state that I

clearly explained to Mr. Hart that [Y] had likely committed perjury and could not be called as our witness. We certainly could not call [X] in that I had never spoken to her, and had no idea what her evidence would be and, should she refute the giving of a bribe to Mr. Lee (which is admitting to a criminal offence that [Y] has testified to her having done) would lead to potential charges and a jail term should she be convicted. There was no potential benefit to Mr. Hart to call this evidence. [para. 25]

[31] In his responding affidavit, Mr. Hart acknowledges discussing these issues with his trial counsel. He states:

I asked him to put me on the stand and to call [X] and [Y] to the stand, and trial counsel kept repeating that the Crown's case was not strong enough and there was no need to call any evidence in my [defence], including putting me on the stand. [para. 39]

Again, in my opinion, this is neither a clear nor a convincing indication that Mr. Hart did not accept, albeit perhaps reluctantly, the advice he received.

[32] As an appellate court, our role is not to second guess an experienced trial lawyer's strategy. I am not at all persuaded the appellant received ineffective representation from his trial counsel. The fact the appellant was ultimately convicted can be attributed to the evidence, and the judge being convinced beyond a reasonable doubt the Crown had proven its case.

[33] It is particularly important to note the appellant was no stranger to the criminal justice system. I do not accept he did not appreciate he had the option of dismissing his legal counsel if he was in disagreement with the advice provided. Obviously, he did not do so.

[34] In summary, I would dismiss the ineffective counsel ground of appeal.



E. *Leave to Appeal Sentence*

[35] The appellant submits the sentence imposed is disproportionate to the principles of sentencing and is a substantial and marked departure from sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances.

[36] For its part, the Crown adopts a contrary view, and in its respondent's submission makes the following pertinent points:

The learned trial judge found that the Appellant had "murderous intent" (AB, p. 31). It might also be noted that the facts as found by the trial judge indicate that the Appellant threatened the complainant in the manner in which he eventually tried to kill him. Additionally, he approached the complainant from behind with a knife when the complainant was clearly pre-occupied in another fight. There was no provocation by the complainant. This has elements of a plan, and deserving of a sentence commensurate with these facts. [para. 45]

[37] The scope for appellate intervention in sentencing is quite properly narrow. In the oft-cited decision of *Steeves v. R.*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88, Drapeau C.J.N.B. explains:

I begin by focusing, once again, on the standard of appellate review in sentencing matters and reiterating the elements of that standard that point to deference for the outcome in first instance. I do so principally for the following reasons: (1) to reemphasize that corrective action on appeal in such matters is, as a practical matter, quite rare, a state of affairs that flows naturally from the very limited opening for principled appellate intervention; and (2) to provide guidance in relation to the nature of the complaints that might open the door to such intervention.

The jurisdiction of appellate courts on sentence reviews is delineated in s. 687(1) of the *Criminal Code*, which states:

687.(1) Where an appeal is taken against sentence, the	687. (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la
--	--

court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,	cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir :
---	---

(a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or	a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;
--	---

(b) dismiss the appeal	b) soit rejeter l'appel.
------------------------	--------------------------

[...]

In sum, a court of appeal is not at liberty to substitute its view of fitness for that of the sentencing judge unless the sentence imposed is the product of either an error of law or an error in principle, or unless it is clearly unreasonable (see *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, [1995] S.C.J. No. 52 (QL), at paras. 46-48; *R. v. Solowan*, [2008] 3 S.C.R. 309, [2008] S.C.J. No. 55 (QL), 2008 SCC 62, at para. 16; *R. v. L.M.* [2008] 2 S.C.R. 163, [2008] S.C.J. No. 31 (QL), 2008 SCC 31, at paras. 14-15; and *R. v. C.A.C.* (2009), 349 N.B.R. (2d) 265, [2009] N.B.J. No. 342 (QL), 2009 NBCA 68 (Bell, J.A. for the Court, at para. 4)). If the sentence at issue is the result of reversible error, the court of appeal bears the burden of prescribing the punishment that it considers fit in the circumstances. [paras. 19-20, 25]

[38] I am not persuaded any of the criteria delineated in *Steeves* are present here. I detect no error of law or error in principle, and I do not see this as a sentence which is clearly unreasonable. It therefore follows that I would dismiss the application for leave to appeal.

V. Conclusion

[39] I would dismiss the appeal against conviction and the application for leave to appeal sentence.

LE JUGE GREEN

I. Introduction

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

II. Contexte

[2] Les faits de la présente affaire sont relativement simples. Le soir du 25 octobre 2014, dans la ville de Moncton, le plaignant Allan Lee a reçu plusieurs coups de couteau, qui lui ont occasionné de graves blessures ayant mis sa vie en danger.

[3] Le plaignant a identifié son agresseur dans son témoignage; il s'agissait d'une personne qu'il connaissait bien, soit l'appelant. En pratique, la crédibilité du plaignant était la seule question en litige au procès. Comme on le verra plus loin, l'accusé n'a pas témoigné.

[4] D'autres détails sur le contexte seront dévoilés au fur et à mesure que chaque moyen d'appel sera examiné et qu'une décision sera rendue à son égard. Je

précise d'emblée que, dans les présents motifs, j'ai fait volontairement abstraction d'éléments figurant au dossier que je n'estimais pas directement pertinents pour nos fins, qui consistent à évaluer les moyens d'appel énumérés et à statuer sur ceux-ci. Beaucoup de choses ont été écrites et plaidées devant la Cour au sujet, notamment, d'allégations de corruption entourant le plaignant et le procès, d'un faux alibi divulgué à la dernière minute par l'appelant à son avocat de la défense, ainsi que de l'identité de témoins non assignés et de l'incidence que leur présence aurait pu avoir ou non sur l'issue du procès. Disons que la présente affaire a été assez théâtrale, tant au procès qu'en appel, mais j'estime opportun d'adopter, pour mon exposé, une démarche plus ciblée.

### III. Questions en litige

[5] L'appelant soumet les questions suivantes à la Cour :

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit dans son évaluation de la crédibilité du plaignant?
2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en admettant la [TRADUCTION] « déclaration de mourant » du plaignant et en s'appuyant sur cette déclaration pour déclarer l'appelant coupable?
3. Y a-t-il eu représentation inefficace de l'appelant par son avocat au procès, l'appelant n'ayant pu témoigner en sa propre défense et l'avocat ayant refusé de citer certains témoins à décharge à comparaître, et en est-il résulté une erreur judiciaire?
4. Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit [TRADUCTION] « en concluant que l'appelant avait l'intention requise pour commettre un meurtre »?
5. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en infligeant une peine [TRADUCTION] « disproportionnée eu égard aux principes de détermination de la peine » et « s'écartant de manière importante et marquée des peines infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables »?

#### IV. Droit et analyse

##### A. *Crédibilité du plaignant*

[6] Les tribunaux d'appel hésitent à modifier les conclusions sur la crédibilité tirées en première instance, et cela se comprend. Le juge en chef Drapeau a exposé dans l'arrêt *Gillis c. R.*, 2014 NBCA 58, 426 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1, la démarche rigoureuse que la Cour doit suivre :

La norme de contrôle qui s'applique aux erreurs de fait est celle de l'erreur manifeste et dominante. Une cour d'appel ne saurait donc infirmer des conclusions concernant la crédibilité pour la simple raison qu'elle en serait arrivée à une conclusion différente. Comme la Cour suprême l'a dit dans l'arrêt *R c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, souvent cité :

En ce qui a trait au critère d'examen d'une conclusion sur la crédibilité tirée en première instance, il est généralement admis que la cour d'appel doit faire preuve de déférence, sauf erreur manifeste ou dominante. Elle ne peut intervenir simplement parce qu'elle diffère d'opinion (*Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 32-33; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 74). [par. 10]

Voir, également, l'arrêt *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, aux par. 70 à 73.

La question du contrôle, en appel, des conclusions en matière de crédibilité tirées à la suite d'allégations d'erreurs factuelles a récemment été examinée dans l'arrêt *J.N.C. c. R.*, 2013 NBCA 59, 409 R.N.-B. (2e) 310, où la Cour a fait observer ce qui suit :

Étant donné ce qui précède, nous devons faire preuve de déférence à l'égard des conclusions du juge du procès en matière de crédibilité, à moins que J.N.C. ne puisse démontrer que ces conclusions sont le produit d'une erreur manifeste et

dominante : *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, au par. 10.

Dans *R. c. Arsenault*, 2005 NBCA 110, 295 R.N.-B. (2e) 123, au par. 26, et dans d'autres affaires, dont *Mollins c. R.*, 2011 NBCA 62, [2011] A.N.-B. n° 237 (QL), au par. 14, notre Cour a fait sienne la définition de l'expression « manifeste et dominante » énoncée dans l'arrêt *Waxman c. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.) (QL) :

La norme de l'« erreur manifeste et dominante » concerne à la fois la nature de l'erreur factuelle et son incidence sur l'issue de l'affaire. Une erreur « manifeste » est une erreur qui est tout à fait évidente : *Housen*, [[2002] 2 R.C.S. 235,] à la page 246. Les erreurs factuelles « manifestes » consistent notamment en des conclusions tirées en l'absence totale de preuves, des conclusions incompatibles avec la preuve établie, des conclusions fondées sur une interprétation erronée de la preuve et des conclusions de fait tirées à partir de faits primaires qui résultent d'une conjecture plutôt que d'une inférence.

Une erreur « dominante » est une erreur qui est suffisamment importante pour vicier la conclusion de fait contestée. Lorsque la conclusion de fait contestée est fondée sur une multitude de conclusions, la conclusion voulant qu'une ou plusieurs de ces conclusions soient fondées sur une erreur « manifeste » ne signifie pas nécessairement que l'erreur est également « dominante ». L'appelant doit établir que l'erreur compromet irrémédiablement la conclusion de fait contestée, à tel point que le fait ne saurait être confirmé étant donné cette erreur : *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la page 281. [Par. 296 et 297] [par. 296 et 297] [...] [par. 74 et 75]

[7] Le plaignant ne faisait pas figure de parfait témoin, comme le juge du procès l'a déclaré bien sincèrement : [TRADUCTION] « De son propre aveu, selon son témoignage volontaire, M. Lee peut être qualifié de hors-la-loi ayant tiré parti de la criminalité » (décision, p. 2). Le juge du procès a ajouté : [TRADUCTION] « Le contre-interrogatoire rigoureux de l'avocat de la défense [visait] principalement à donner une image défavorable de M. Lee, mais ce dernier y a réussi de lui-même, avec talent et franc-parler » (décision, p. 3).

[8] La moralité du plaignant, toutefois, n'était pas jugée au procès. J'estime particulièrement pertinent, pour nos fins, l'extrait suivant de la décision rendue oralement par le juge du procès :

[TRADUCTION]

Les petites inexactitudes et contradictions dans son témoignage, concernant par exemple les personnes présentes ou non dans la salle d'opération, ne pèsent pas lourd non plus dans la balance. Pourquoi M. Lee mentirait-il pour une chose de si peu d'importance? On ne peut s'attendre d'aucun témoin qu'il se souvienne des moindres détails [...] de peu d'importance, et qu'il s'en rappelle sans faire la moindre erreur. M. Lee a su faire face, de plus, à un contre-interrogatoire très long et rigoureux d'où il est sorti indemne. Il n'a jamais [hésité] sur les éléments essentiels pouvant mettre en doute si – si Hart était ou non l'auteur des coups de couteau. En plus des [...] conclusions ci-dessus, j'ai pu observer M. Lee tout au long de son témoignage. Malgré son mode de vie douteux et ses débordements sporadiques en cour – visant principalement l'avocat de la défense et l'accusé – qui pèsent très peu, je l'ai dit, dans l'évaluation de sa crédibilité, il semble [...] très franc et fiable comme témoin. Compte tenu de l'ensemble de la preuve, je prête fois hors de tout doute raisonnable à son témoignage non contredit. [décision, p. 6 et 7]

[9] L'appelant soutient que la conclusion du juge du procès sur la crédibilité [TRADUCTION] « n'est pas étayée par la preuve, et il en est résulté un verdict déraisonnable qui ne peut s'appuyer sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve », en invoquant les arrêts *R. c. W.H.*, 2013 CSC 22, [2013] 2 R.C.S. 180, de la



Cour suprême du Canada, et *J.-G. O. c. R.*, 2013 NBCA 49, 407 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 369, de notre Cour. Je ne suis pas d'accord avec cette évaluation. Mon examen du dossier ne fait rien ressortir qui justifierait de modifier les conclusions du juge du procès sur la crédibilité du plaignant. Je rejetterais ce moyen d'appel. Cela dit, je souligne que certaines observations concernant la représentation inefficace par l'avocat sont aussi liées à cette même question de la crédibilité de M. Lee, l'appelant soutenant qu'il était raisonnable de s'attendre à ce que d'éventuels témoins non appelés par la défense auraient sérieusement miné le témoignage, et donc la crédibilité, de M. Lee. J'examinerai ces arguments plus loin dans les présents motifs.

B. *Déclaration de mourant*

[10] L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur de droit en admettant [TRADUCTION] « à titre de déclaration de mourant faisant exception à la règle du oui-dire, une déclaration faite par le plaignant à l'agent Graham, le 25 octobre 2014, dans laquelle il identifiait l'appelant comme l'auteur de ses blessures ».

[11] Premièrement, il n'y a pas eu de déclaration de mourant, manifestement, puisque le plaignant n'est pas mort des coups de couteau reçus. La preuve révèle que le plaignant croyait, à juste titre, qu'il allait mourir, mais la différence entre les deux situations est considérable. Deuxièmement, le plaignant s'est présenté à la barre et il a témoigné au procès, décrivant à la cour les événements survenus cette nuit-là, notamment lors du transport en ambulance vers l'hôpital.

[12] La déclaration en question se rapporte au témoignage de l'agent de police qui a accompagné le plaignant dans l'ambulance. Lors de l'interrogatoire principal, l'agent a déclaré que le plaignant lui avait révélé qui – savoir l'appelant – l'avait poignardé. Le juge du procès est alors intervenu :

[TRADUCTION]

LA COUR : Bien, juste [...] une précision maintenant. Ce que M. Lee a dit à l'agent de police, c'est du oui-dire?

[L'AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Oui.

LA COUR : Cela n'est pas admissible comme preuve de la véracité de son contenu, mais peut renforcer la crédibilité de M. Lee.

[L'AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Exact.

[L'AVOCAT DE LA DÉFENSE] : C'est ce que je crois également, Votre Honneur. [Transcription, le 26 juin, p. 93 et 94]

[13] En résumé, le juge du procès a qualifié le témoignage de l'agent de oui-dire, et il a déclaré à juste titre qu'il n'était pas admissible comme preuve de la véracité de son contenu. Les deux avocats étaient d'accord.

[14] Lorsqu'il a témoigné, le plaignant s'est fait demander s'il se rappelait le transport en ambulance. Il a répondu comme suit :

[TRADUCTION]

Q. Vous rappelez-vous le transport en ambulance?

R. [...] [L]a seule discussion tenue c'est lorsque [l'agent Graham] m'a demandé qui l'avait fait. Il m'a demandé si je me rappelais qui l'avait fait, et j'ai dit que oui, que c'était Dave Hart. Il n'y a pas eu d'autre discussion [...]. [Transcription, le 25 juin, p. 67]

[15] Le juge du procès a traité du témoignage contesté comme suit, dans ses motifs :

[TRADUCTION]

Puis il y a le témoignage de l'agent Graham, l'un des premiers intervenants. Il a trouvé M. Lee très agité et apeuré. Il lui a tenu la main. [M. Lee] lui a dit qu'il avait peur. Il ne voulait pas mourir. Il était pris de panique et désespéré. C'est alors qu'Allan Lee a dit à l'agent que David Hart l'avait fait. C'était le jeune homme en question. Dans le milieu juridique, nous avons tous entendu parler de la déclaration de mourant en tant qu'exception à la règle du oui-dire. Après le décès d'un témoin, de telles déclarations du défunt ont été jugées admissibles en raison de leur

évidente fiabilité. Il est manifeste que M. Lee, lorsqu'il a dit que l'accusé était [...] l'auteur à l'agent Graham, [...] croyait très probable qu'il allait mourir. M. Lee saignait abondamment et il venait tout juste d'être poignardé plusieurs fois à l'abdomen et à la poitrine. Par-delà la question de l'évaluation de la crédibilité de M. Lee, ces propos, tenus dans un moment aussi sombre, sont un bon indice de l'authenticité de son témoignage lorsqu'il désigne l'accusé comme la personne l'ayant poignardé. [décision, p. 4 et 5]

[16] À mon avis, le juge du procès a simplement comparé les échanges entre le plaignant et l'agent dans l'ambulance à une déclaration de mourant, ce qu'ils n'étaient manifestement pas. Plus important encore, comme il a été mentionné, le plaignant a identifié son agresseur dans son témoignage. Rien dans la décision ne me convainc que le juge du procès a tenu compte indûment du témoignage de l'agent, ou a commis une autre erreur quelconque, et assurément aucune qui justifie l'intervention de la Cour d'appel. Je rejetterais ce moyen d'appel.

C. *Intention de commettre un meurtre*

[17] Dans *La Reine c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, [1984] A.C.S. n° 12 (QL), la Cour suprême donne les directives suivantes au sujet de l'infraction de tentative de meurtre :

Pour qu'il y ait infraction complète de meurtre, il doit y avoir homicide. L'intention de commettre l'infraction complète de meurtre doit par conséquent comprendre l'intention de tuer. Il m'est impossible de conclure qu'une personne peut avoir l'intention de commettre les homicides involontaires décrits aux art. 212 et 213 du *Code*. J'estime donc que la *mens rea* de la tentative de meurtre ne peut être rien de moins que l'intention spécifique de tuer. [p. 248 et 249]

[18] Le juge du procès a cité l'arrêt *Ancio* dans les motifs de sa décision, et il en est venu à la conclusion suivante en ce qui concerne l'intention :

[TRADUCTION]

Maintenant, est-il coupable de tentative de meurtre? Tout le monde sait que la cage thoracique renferme des organes vitaux tels que le coeur et les poumons, ainsi que des artères importantes et [...] des vaisseaux sanguins. M. Lee, en face-à-face avec l'accusé, a vu ce dernier [...] le poignarder avec un couteau, d'une lame de trois pouces de longueur, à la poitrine [...]. Le rapport médical fait état de trois [...] coups de couteau à la poitrine. M. Lee a été poignardé au moins une fois dans le dos et quatre fois à l'abdomen, ce qui lui a occasionné une blessure au foie. [...] [L']accusé avait l'intention de commettre un meurtre lorsqu'il a poignardé M. Lee à la poitrine; ayons à l'esprit qu'il l'avait menacé en ce sens, en disant plus tôt qu'il l'atteindrait à la poitrine. De plus, l'accusé a foncé vers M. Lee pour le poignarder après que ce dernier lui a dit d'approcher pour en finir, ou quelque chose du genre. [...] Je suis convaincu hors de tout doute raisonnable, quant à la *mens rea* requise pour le déclarer coupable de tentative de meurtre, que l'accusé, lorsqu'il a poignardé M. Lee à plusieurs reprises, particulièrement trois fois à la poitrine, avait l'intention de l'assassiner. M. Hart a continué de poignarder plusieurs fois M. Lee, qui n'était pas armé. Il est par conséquent coupable de tentative de meurtre. [décision, p. 7 et 8]

[19] Avec égards, toute évaluation raisonnable de la preuve mènerait à conclure à l'existence de l'intention requise pour qu'il y ait tentative de meurtre. Malgré les arguments avancés sur ce point par l'avocat de l'appelant, que je ne reprendrai pas ici, je suis loin d'être convaincu qu'une erreur justifiant l'infirmité de la décision a été commise, et je rejetterais ainsi ce moyen d'appel.

D. *Représentation inefficace par l'avocat*

[20] L'appelant soutient vigoureusement qu'il a été représenté de manière inefficace au procès. Une telle allégation en appel met en jeu le *Protocole relatif aux appels comportant des allégations de représentation inefficace par un avocat en première instance* de la Cour, dont voici un extrait :

Preamble

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

Préambule

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

[21] Par avis de motion, l'appelant a cherché à présenter des éléments de preuve à l'appui de sa prétention, en particulier deux affidavits souscrits par l'appelant, l'affidavit de l'avocat au procès et l'affidavit d'une adjointe administrative – Services en droit criminel de la Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick.

[22] La présente formation a entendu la motion et a appliqué le cadre d'analyse établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL). Renvoi a été fait à l'arrêt *Johnston (M.D.) c. R.*, 2017 NBCA 30, [2017] A.N.-B. n° 173 (QL), récemment rendu par la Cour :

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

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

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

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

- (1) 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 ...
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La déposition 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. [par. 115] [par. 14 à 15]

Voir aussi l'arrêt *Gardiner c. R.*, 2010 NBCA 46, 362 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 179, le juge d'appel Richard.

[23] Dans sa décision sur la motion, publiée à 2017 NBCA 45, [2017] A.N.-B. n° 252 (QL), la Cour a tiré la conclusion suivante :

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

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

[...]

Par souci de prudence, j'admettrais aussi l'affidavit de l'adjointe administrative – Services en droit criminel de la Commission des services d'aide juridique, au cas où la Cour puisse en tirer des renseignements utiles. [par. 10, 11 et 13]

[24] Disposant de la preuve par affidavit mentionnée précédemment, la Cour s'est penchée sur les arguments avancés par l'appelant à l'appui de ce moyen d'appel.

[25] L'appelant fait valoir vigoureusement qu'on a entravé son droit de témoigner en sa propre défense. La Cour suprême a énoncé ce droit, soutient-il, dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, [1991] A.C.S. n° 32 (QL):

[TRADUCTION] Le droit de se défendre est personnel. C'est le défendeur, et non son avocat ni l'État, qui supportera les conséquences personnelles d'une déclaration de culpabilité. C'est donc le défendeur qui doit être libre de décider s'il est avantageux d'être représenté par un avocat dans son cas. Et bien qu'il puisse mener sa propre défense, à son détriment peut-être, il faut accepter sa décision par « respect pour la personne, élément vital du droit ». [p. 970]

[26] La Cour suprême ajoute plus particulièrement, dans *Swain* :

L'accusé décide lui-même s'il sera représenté par un avocat, s'il témoignera ou non en sa propre défense et quels témoins il citera à comparaître. Cela traduit le respect qu'a toujours eu notre société pour l'autonomie de l'individu dans un système contradictoire. [p. 972]

[27] Après examen des affidavits, je ne doute aucunement que l'appelant souhaitait témoigner en sa propre défense. Il ne fait aucun doute non plus que son avocat au procès s'y opposait catégoriquement, pour des motifs, pourrait-on soutenir, entièrement valables. La question fondamentale sur ce point est toutefois la suivante : L'avocat au procès a-t-il empêché l'appelant d'exercer son droit de témoigner bien qu'il en ait clairement exprimé le désir? À mon avis, il ne l'a pas fait.

[28] Voici les passages essentiels de l'affidavit souscrit par l'avocat au procès de l'appelant :

[TRADUCTION]  
QUE j'ai clairement indiqué à M. Hart, en tant qu'avocat de la défense d'expérience [admis au Barreau en 1985], avant son procès, pendant son procès et à la clôture de la preuve de la poursuite, que s'il témoignait au sujet de ses liens avec M. Lee, il donnerait ouverture à ce qu'on le contre-interroge sur ses antécédents judiciaires. Je lui ai expliqué, au mieux de mes compétences, que réfuter



l'assertion de M. Lee selon laquelle tous deux n'avaient pas de rapports à Saint John n'aiderait en rien sa défense. Notre principal objectif était de miner la crédibilité de M. Lee. J'ai expliqué à M. Hart qu'exposer son casier judiciaire en preuve compromettrait considérablement sa défense, la cour étant ainsi informée de son lourd passé criminel de délinquant violent. J'ai informé M. Hart plus d'une fois qu'il ne pouvait pas témoigner sans nuire grandement à sa défense. M. Hart a semblé le comprendre et l'accepter comme élément de sa stratégie globale de défense. [par. 23]

[...]

QUE ne pas appeler M. Hart à témoigner constituait une décision tactique, tenant compte de tout ce qui précède et prise dans l'intérêt de M. Hart, en vue de lui offrir une défense pleine et entière, au mieux de mes compétences. À mon avis, M. Hart était informé de mes motifs, il les comprenait et il les approuvait. [para. 26]

[C'est moi qui souligne.]

[29] L'appelant a déposé un affidavit en réponse, après avoir pu examiner la preuve par affidavit de son ancien avocat. Jamais il n'a réfuté ni contredit de manière nette et convaincante les assertions présentées ci-dessus de son avocat. L'appelant préférait manifestement témoigner, et son avocat lui a expliqué pourquoi une telle décision pouvait ou allait nuire à sa cause. Jamais l'appelant n'a abordé directement la déclaration de son avocat selon laquelle il [TRADUCTION] « semblait le comprendre et l'accepter ». M. Hart dit bien qu'il n'a [TRADUCTION] « jamais accepté avant le procès de ne pas témoigner en [s]a propre défense », mais il s'agit là tout au mieux d'une assertion faite sous réserve. Je ne suis pas convaincu que l'avocat a pris seul la décision de ne pas faire témoigner l'appelant, directement à l'encontre des directives de ce dernier.

[30] S'agissant cette fois de l'allégation selon laquelle l'avocat au procès n'a pas convoqué certains témoins qui, l'appelant croyait-il, auraient étayé sa défense, cela est incontestablement exact. L'avocat a toutefois abordé, dans son affidavit, chaque

situation particulière rencontrée, et a fourni pour ses décisions des explications claires et rationnelles, notamment les suivantes :

[TRADUCTION]

Que, en ce qui concerne tout différend entre le soussigné et M. Hart au sujet de la convocation de [X] ou de [Y] comme témoins, je peux simplement dire que j'ai clairement expliqué à M. Hart que [Y] s'était probablement parjuré et ne pouvait pas être appelé par nous comme témoin. Nous ne pouvions certainement pas appeler [X] puisque je ne lui avais jamais parlé, et que je n'avais aucune idée de ce que serait son témoignage; si elle devait réfuter la remise d'un pot-de-vin à M. Lee (admettant une infraction criminelle que [Y] lui a imputée dans son témoignage), il pourrait en résulter des inculpations ainsi qu'une peine d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité. Il n'y avait pas d'avantage possible pour M. Hart à appeler cette personne à témoigner. [par. 25]

[31] Dans son affidavit en réponse, M. Hart reconnaît avoir discuté de ces questions avec son avocat au procès. Il déclare ce qui suit :

[TRADUCTION]

J'ai demandé à mon avocat au procès de me faire témoigner et de convoquer [X] et [Y] comme témoins, et il n'a pas cessé de répéter que la preuve du ministère public n'était pas assez solide et qu'il n'était pas nécessaire de faire témoigner quiconque, moi compris, pour ma [défense]. [par. 39]

À mon avis, encore une fois, cela ne constitue pas un indice clair ni convaincant du fait que M. Hart n'avait pas accepté, quoique peut-être avec réticence, les conseils reçus.

[32] Nous n'avons pas pour rôle, comme tribunal d'appel, de mettre en doute la stratégie d'un avocat plaidant d'expérience. On ne m'a aucunement convaincu de la représentation inefficace de l'appelant par son avocat au procès. Si l'appelant a finalement été reconnu coupable, cela était dû à la preuve et au fait que le juge était convaincu hors de tout doute raisonnable que le ministère public avait prouvé sa cause.

[33] Il est particulièrement digne de mention que le système de justice pénale n'était pas inconnu de l'appelant. Je refuse de croire que l'appelant ne comprenait pas qu'il pouvait se défaire de son avocat s'il désapprouvait ses conseils. Or, manifestement, il ne l'a pas fait.

[34] En résumé, je rejeterais le moyen d'appel fondé sur la représentation inefficace de l'avocat.

E. *Autorisation d'interjeter appel de la peine*

[35] L'appelant soutient que la peine infligée est disproportionnée eu égard aux principes de détermination de la peine, et qu'elle s'écarte de manière importante et marquée des peines infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables.

[36] Le ministère public est plutôt d'avis contraire et, dans son mémoire de l'intimée, soulève avec pertinence les points suivants :

[TRADUCTION]

Le juge du procès a conclu que l'appelant avait l'« intention de commettre un meurtre » (CA, p. 31). Notons aussi que, selon les faits tels que le juge du procès les a établis, l'appelant a menacé le plaignant d'agir tel qu'il l'a fait, finalement, en tentant de le tuer. De plus, il s'est approché du plaignant par l'arrière avec un couteau, alors que ce dernier était déjà impliqué, manifestement, dans une autre bagarre. Le plaignant n'avait posé aucun geste de provocation. Les éléments d'un plan sont présents, et l'appelant mérite une peine correspondant à ces faits.  
[par. 45]

[37] La portée de l'intervention possible en appel est étroite, à juste titre, en matière de détermination de la peine. Dans l'arrêt *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 88, souvent cité, le juge en chef Drapeau donne les explications suivantes :

Mon analyse s'ouvre par un retour sur la norme de contrôle applicable en matière de détermination de la peine, et sur les éléments de cette norme qui engagent à faire preuve de déférence envers le tribunal de première instance. J'y reviens avant tout pour les raisons suivantes : (1) je souhaite souligner encore une fois qu'il est plutôt rare, en pratique, que des mesures correctrices soient accordées en appel dans les causes de ce genre, car il y a peu d'ouverture pour une intervention de la cour d'appel qui soit bien-fondée; (2) je me propose de donner des indications sur la nature des griefs qui pourraient autoriser cette intervention.

Le par. 687(1) du *Code criminel* délimite la compétence des cours d'appel en matière de contrôle d'une sentence :

687.(1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

687. (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir :

(a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or

a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;

(b) dismiss the appeal

b) soit rejeter l'appel.

[...]

En somme, une cour d'appel n'est pas libre de substituer ses vues sur la justesse de la peine aux vues du juge qui était chargé de la déterminer, à moins que la peine ne résulte d'une erreur de droit ou d'une erreur de principe, ou qu'elle ne soit nettement déraisonnable (*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, [1995] A.C.S. n° 52 (QL), par. 46 à 48; *R. c. Solowan*, [2008] 3 R.C.S. 309, [2008] A.C.S. n° 55 (QL), 2008 CSC 62, par. 16; *R. c. L.M.*, [2008] 2

R.C.S. 163, [2008] A.C.S. n° 31 (QL), 2008 CSC 31, par. 14 et 15; *R. c. C.A.C.* (2009), 349 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 265, [2009] A.N.-B. n° 342 (QL), 2009 NBCA 68 (le juge d'appel Bell, au nom de la Cour, par. 4)). Si la sentence est le fruit d'une erreur qui justifie de l'infirmier, il incombe à la cour d'appel de prescrire le châtimeut qu'elle estime juste dans les circonstances. [par. 19, 20 et 25]

[38] Je ne crois pas que l'un ou l'autre des critères énoncés dans *Steeves* soit présent en l'espèce. Je ne relève aucune erreur de droit ou de principe, et je ne considère pas la peine infligée manifestement déraisonnable. Par conséquent, je rejetterais la demande d'autorisation d'interjeter appel.

#### V. Conclusion

[39] Je rejetterais l'appel à l'encontre de la déclaration de culpabilité et la demande en autorisation d'interjeter appel de la peine.