

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

26-12-CA

LUKE BANKS

LUKE BANKS

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Banks v. R., 2012 NBCA 80

Banks c. R., 2012 NBCA 80

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Robertson  
The Honourable Justice Green

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau  
L'honorable juge Robertson  
L'honorable juge Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
February 29, 2012

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 29 février 2012

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
2012 NBQB 132

Décision frappée d'appel :  
2012 NBBR 132

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appeal heard and judgment rendered:  
September 12, 2012

Appel entendu et jugement rendu :  
Le 12 septembre 2012

Reasons delivered:  
November 8, 2012

Motifs déposés :  
Le 8 novembre 2012

Reasons for judgment by:  
The Honourable Chief Justice Drapeau

Motifs de jugement :  
L'honorable juge en chef Drapeau

Concurred in by:  
The Honourable Justice Robertson  
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Robertson  
L'honorable juge Green

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

Luke A. Banks appeared in person

Luke A. Banks a comparu en personne

For the respondent:  
Cameron H. Gunn

Pour l'intimée :  
Cameron H. Gunn

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed.

L'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] The appellant, along with fellow inmates Michael McKinnon and Charles Ross, stood trial in the Court of Queen’s Bench on two charges of mischief, the first for wilful damage to property at the premises where they were incarcerated (s. 430(3)(a) of the *Criminal Code*), the second for wilfully obstructing, interrupting or interfering with the lawful use, enjoyment or operation of that property, which the Indictment described as “contrary to the provisions of Section 430(4)(a)”. In a decision reported at 2012 NBQB 132, [2012] N.B.J. No. 142 (QL), Mr. Ross was acquitted of both charges, while the appellant and Mr. McKinnon were convicted of mischief under s. 430(3)(a). Applying the principle articulated in *R. v. Kienapple*, [1975] 1 S.C.R. 729, [1974] S.C.J. No. 76 (QL), the trial judge directed a stay for the second charge in favour of both the appellant and Mr. McKinnon. Issue is not taken with that disposition or the basis upon which it was made.

[2] The appellant, who is now self-represented, appeals his conviction, arguing lack of evidence and ineffective assistance of counsel. Following the hearing, the Court dismissed the appeal and indicated reasons would follow. Here are those reasons.

II. Background

[3] The appellant was one of 16 inmates sharing 12 cells in Unit 4(b) of the Saint John Regional Correctional Centre. Unit 4(b) also featured: (1) a “day room,” containing, among other things, a television and a telephone; and (2) a control room, referred to as the “bubble”, from which corrections officers were able to supervise the inmates of Unit 4(b) as well as those in an adjacent sector, Unit 4(a).

[4] On January 9, 2010, an inmate of Unit 4(b), Kayne Crothers, was observed handing a package to Mr. McKinnon in the exercise yard. Mr. McKinnon was subsequently taken inside the building where, following the package's search, contraband was seized. Meanwhile, Mr. Crothers was returned to the "day room", where he eventually "rallied" other inmates and instigated what the trial judge described as a "rampage".

[5] Five hours of chaos followed. During that time, several inmates caused extensive damage to property in Unit 4(b). Specifically, sprinkler heads were broken and the contents of the cells and the "day room" (except for the telephone) were destroyed, using the Unit's porcelain toilets as projectiles. In this fashion, the inmates succeeded in breaching the security of the "bubble" by smashing the window overlooking Unit 4(b). During the "rampage", inmates wearing makeshift masks caused several windows to be obstructed. They also ignited a small fire by smearing hand sanitizer on one of the control room's windows and setting it ablaze. Related repairs to Unit 4(b) took more than two months and cost over \$350,000.

[6] At trial, several corrections officers identified the appellant as an active participant in the mayhem. It was their testimony that he damaged sprinkler heads, hurled the first toilet to hit the control room window, and threw pieces of broken toilet into the "day room".

### III. Grounds of Appeal

[7] The appellant's primary objection is best described as an assertion that the verdict of guilty entered at trial is unreasonable. In that regard, the appellant submits: (1) there was "absolutely no physical evidence" he committed the acts underlying the charge for which he was convicted; (2) the guards who testified "were coached into what to say on the stand"; and (3) he was convicted on "reputation not facts". The appellant also complains his counsel provided ineffective representation by failing to competently

highlight, through cross-examination, the “contradictions” and “inconsistencies” in the accounts provided by corrections officers called as Crown witnesses.

#### IV. Law and Analysis

##### A. *Verdict unreasonableness*

[8] Section 686(1)(a)(i) provides that a court of appeal may allow an appeal against conviction where it concludes the verdict is “unreasonable or cannot be supported by the evidence”. In *Hubbard v. R.*, 2009 NBCA 28, 360 N.B.R. (2d) 1, Bell J.A., writing for the Court, provides a helpful summary of the jurisprudence dealing with the scope of review envisaged by s. 686(1)(a)(i):

An appellate court may allow an appeal if it concludes the verdict is unreasonable within the scope of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. The test is whether a verdict is unreasonable and not whether it is unjustified: *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, [1973] S.C.J. No. 157 (QL). The function of this court is not to substitute itself for the jury, but to decide whether the verdict is one that “a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered” (p. 282). Subsequent Court decisions including *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, [1987] S.C.J. No. 51 (QL), *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, [1996] S.C.J. No. 27 (QL), *R. v. A.G.*, [2000] 1 S.C.R. 439, [2000] S.C.J. No. 18 (QL), 2000 SCC 17, *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, [2000] S.C.J. No. 16 (QL), 2000 SCC 15, have applied the law as set out in *Corbett*. In *R. v. A.G.*, Arbour J. for the majority states that “[...] [a]s this Court’s s. 686(1)(a)(i) jurisprudence makes very clear, the fact that an appeal court judge would have had a doubt when the trial judge did not is insufficient to justify the conclusion that the trial judgment was unreasonable” (para. 29). [...]

In undertaking a review under s. 686(1)(a)(i), the appellate court must be mindful of the advantageous position of the trial judge in assessing the credibility of the witnesses, including the accused [...][paras. 11-12]

[Emphasis added.]

[9] In *R. v. Deschênes*, 2012 NBCA 10, 382 N.B.R. (2d) 334, the appellant contended his conviction rested upon unreliable testimony and, consequently, that he should be acquitted. The Court rejected this submission on the following basis:

It has consistently been held that an appellate court should not retry cases. The role of the court of appeal was described as follows in *R. v. Simon*, [1999] N.B.J. No. 393 (QL), at para. 2:

Since this Court is a court of review, its function is not to retry an accused. Rather, its role is essentially to review the record of the proceedings below to determine whether the accused received a fair trial on proper evidence and according to the law. Matters of credibility are clearly within the province of the trier of fact and this Court is duty bound to respect a trial judge's conclusions in respect of such matters except in the most unusual cases. See *R. v. Léger*, [1999] N.B.J. No. 43, (January 27, 1999 (N.B.C.A.)). Indeed, the credibility of witnesses, including the accused, is a question of fact and leave to appeal on this ground must first be obtained pursuant to s. 675(1)(a)(ii) of the *Code*.

See also *R. v. Shalala (R.H.)* (2000), 224 N.B.R. (2d) 118, [2000] N.B.J. No. 14 (C.A.) (QL) leave to appeal refused, [2000] S.C.C.A. No. 133 (QL); *Boudreau v. R.*, 2004 NBCA 87, [2004] N.B.J. No. 416 (QL); *Sweeney v. R.*, 2005 NBCA 91, [2005] N.B.J. No. 431 (QL); *Moffitt v. R.*, 2006 NBCA 100, [2006] N.B.J. No. 464 (QL) and *Thomas v. R.*, 2007 NBCA 3, 310 N.B.R. (2d) 342. [para. 3]

[10] In sum, intervention pursuant to s. 686(1)(a)(i) is out of the question unless we conclude the contested verdict is one that was not reasonably open to the trial judge, acting judicially. In making that determination, great deference is owed to the trial judge's findings of fact, including his credibility findings, and the court must remain faithful to its role, as described in *R. v. Deschênes*.

[11] Stripped to its essential nature, the present appeal is no more than an invitation to engage in an exercise beyond our jurisdiction: a trial *de novo*. That said, I

will undertake a brief analysis of the record to ensure the appellant “received a fair trial on proper evidence and according to the law” (see *R. v. Simon*, [1999] N.B.J. No. 393 (QL), at para. 2).

[12] In his reasons for decision, the trial judge addresses each of the factual controversies that emerged at trial and have been raised on appeal. Although the appellant did not testify, credibility remained central to the Crown’s case. The evidence proffered against the appellant consisted of arguably inconclusive video recordings and testimony from a number of corrections officers whose credibility was challenged at trial. The judge emphasized the importance of credibility in cases such as the present one and adopted the following approach to the determination of that critical issue:

[...] In deciding whether a witness is worthy of belief it is necessary to bring to bear common everyday experience in such matters and exercise good commonsense. The Court is entitled to believe all the evidence given by a witness, part of that evidence or none of it. In determining whether to believe a witness, the Court should consider such things as his or her ability and opportunity to observe, his or her appearance and manner while testifying, his or her power of recollection, any interest, bias or prejudice he or she may have, any inconsistencies in his or her testimony and the reasonableness of his or her testimony when considered in the light of all the evidence in this case. The Court can only accept evidence as being credible if the Court can believe it to be true beyond a reasonable doubt. [para. 23]

The judge then undertook an analysis of the evidence in light of defence arguments that: (1) window coverings and the masks worn by the inmates impeded the officers’ ability to observe events and to identify participants in the mayhem; and (2) the appellant’s reputation as a “difficult inmate” may have influenced testimony against him. The judge further acknowledged that names of inmates did not appear in most of the corrections officers’ incident reports and were only provided later in statements to police, a state of affairs which in the appellant’s submission undermined the credibility and reliability of all Crown witnesses.

[13] Nevertheless, upon consideration of the evidence as a whole, the trial judge concluded the appellant's guilt had been proven beyond a reasonable doubt. He substantiated that conclusion by providing a summary of the key evidence:

Correctional Officer Monteith near the start of the incident saw him busting a sprinkler head with a broom handle or something like a broom handle and then the water coming down on him. She was sent away to turn off the water.

Correctional Officer Richards says that she saw him throwing porcelain, that is broken toilet pieces of porcelain as I understand the evidence, from the top landing into the games room.

Officer Hawkins also saw him throwing porcelain from the window. He then backed off a bit and described himself as reasonably certain not absolutely certain. I will attach no weight to that evidence and disregard Mr. Hawkins' evidence because it is not proof beyond a reasonable doubt if he is only saying that he is reasonably certain.

The shift supervisor, Michael Lewis, says that he saw Mr. Banks throw the first toilet cracking the bubble window. At the time, the person who threw that toilet had their head covered with some sort of pillowcase or some other material. Mr. Lewis says that he was a hundred percent certain that it was Mr. Banks who he knew by the way he walks and because he is one of the bigger inmates.

Correction Officer John Lowe says that he saw Mr. Banks at the top of a landing with a large piece of the toilet trying to smash out a window into the lounge or games room next door or adjacent.

Correction Officer Surette says that he saw Mr. Banks breaking sprinkler heads and although there was a pillowcase over his head, he recognized him by the tattoos on his neck. He at one point said that he was the only inmate on this unit that had tattoos on his neck but then on cross-examination conceded that Kayne Crothers also had tattoos on his neck too and was in that unit.

I have considered all the evidence about the role of Mr. Banks in committing mischief by willfully damaging the property of the correctional centre. I am satisfied that he



has been proven guilty beyond a reasonable doubt on Count  
1. [paras. 39-46]

[14] In his quest for reversal, the appellant provided the Court with an extensive analysis of the testimony in first instance. This analysis was designed to buttress his contention that the trial judge overlooked, or was insufficiently alive to, a number of testimonial inconsistencies which, it is argued, ought to have given rise to a reasonable doubt. In particular, the appellant took issue with the account of events provided by the corrections officers, placing some emphasis on the matter of the sprinkler system's activation. Indeed, many of the appellant's fact-related objections are grounded in his understanding that the facility's sprinkler system could only be activated once, making it impossible for officers to have, as they claimed, witnessed him activate sprinkler heads at different times. However, when questioned on point, Corrections Officer Monteith confirmed the sprinkler heads were activated individually. There is no evidence to the contrary.

[15] Moreover, and despite the appellant's assertions to the contrary, Crown witnesses were competently cross-examined, and the trial judge's reasons for decision reveal he was alive to all factual controversies. Having carefully considered the record, I am satisfied the appellant received a fair trial and that there was ample evidence to support the verdict at issue. In the result, the case for verdict unreasonableness has not been made and, thus, we are not at liberty to intervene under the authority of s. 686(1)(a)(i).

B. *The claim of ineffective legal assistance*

[16] The law on point is summarized by Richard J.A., writing for the Court, in *R. v. Gardiner*, 2010 NBCA 46, 362 N.B.R. (2d) 179:

It is incontestable that, in the modern Canadian criminal justice system, a person who chooses to be represented by a lawyer has the right to the "effective assistance" of that counsel. This proposition goes to the very heart of the

adversarial system upon which our criminal justice system is founded. It is a principle the Supreme Court of Canada recognized in *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, as a principle of fundamental justice that is “derived from the evolution of the common law, s. 650(3) of the *Criminal Code of Canada*, and ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (para. 24). It follows, therefore, that in some circumstances, the ineffective assistance of counsel at trial may form the basis for appellate intervention. However, the standard is high.

To be successful in an appeal based on an ineffectiveness claim, an appellant must establish that his counsel’s “acts or omissions constituted incompetence” (the performance component) and that “a miscarriage of justice resulted” (the prejudice component). Appellate interference is only justified when both components have been established.

[...]

[...] [I]n the course of a trial, defence counsel is called upon to make a number of strategic judgment calls, and judges should not lightly “second guess the tactical decisions of counsel” (see *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] S.C.J. No. 20 (QL), at para. 37). As the Supreme Court said, “[i]n an adversarial system of criminal trials, trial judges must, barring exceptional circumstances, defer to the tactical decisions of counsel” and there is “a ‘strong presumption’ that defence counsel are competent in advancing the interests of their clients” (para. 36). Appellate judges are likewise duty bound to apply that deferential approach. [paras. 1, 2 and 10]

See also *E.K.M. v. R.*, 2012 NBCA 64, [2012] N.B.J. No. 261 (QL).

[17] In order to satisfy the performance component of the test adopted in *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, the appellant points to what he contends are flaws or weaknesses in his counsel’s cross-examination. As I understand the appellant’s complaint it also targets what he perceives as a lack of aggressiveness on his counsel’s part in challenging Crown witnesses. There is no merit to the appellant’s complaint. In my respectful judgment, defence counsel was both thorough and appropriately respectful

in his questioning of Crown witnesses and it is to his credit that he did not behave as the appellant argues was his duty. Additionally, it bears noting that, in crafting his written submission to this Court, the appellant relied, to a significant extent, on answers elicited by his counsel's cross-examination. In my view, the appellant has not come close to establishing sub-par performance on the part of his counsel at trial.

C. *The trial judge's disregard of Corrections Officer Hawkins' testimony*

[18] While this issue is not raised as a ground of appeal, some observations on point are nevertheless apposite. It is now settled that the rule of reasonable doubt applies to the issue of credibility at least in any case where, as here, "credibility is important" (see *R. v. W.(D.)* [D.W.], [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL), at para. 27). However, that principle does not mean the trier of fact can disregard testimony whose credibility and reliability has not been established beyond a reasonable doubt. Indeed, a trier of fact could conclude to the existence of a reasonable doubt on the ultimate issue of guilt based upon testimony that might reasonably be true or was probably truthful. When the trier of fact eliminates from consideration testimonial evidence simply because its believability or reliability has not been established beyond a reasonable doubt the pool of available evidence is impermissibly reduced. In that regard, I can do no better than reproduce the Court's observations in *R. v. L.C.M.*, 2011 NBCA 14, 368 N.B.R. (2d) 194:

The appellant submits the trial judge erred in law by applying an overly stringent test to his determination of "credible evidence", including that offered by the appellant. At paragraphs 28 and 29, the trial judge states:

The law is also clear the Court is not obliged to accept any part of the evidence of a witness just because there is no denial of it. The Court can only accept evidence as being credible if it is believed to be true beyond a reasonable doubt.

Having decided what evidence to accept the Court must consider it as a whole in arriving at the decision.

[Emphasis in original.]

This approach to the evidence is inconsistent with the jurisprudence set out in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, [1988] S.C.J. No. 80 (QL), para. 41, *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL), para. 26). The trial judge's error eliminated from consideration individual pieces of evidence, which he did not believe beyond a reasonable doubt. A similar error resulted in a new trial being ordered by this Court in *R.S.L. v. R*, 2006 NBCA 64, 300 N.B.R. (2d) 24:

The jurors were clearly told that, in making a decision, they could not rely on evidence which they had not accepted as true beyond a reasonable doubt. As was the case in *R. v. Miller* (1991), 68 C.C.C. (3d) 517 (Ont. C.A.) at 541, this instruction "had the effect of eliminating from their consideration evidence which was neither accepted nor rejected, upon which they entertained a reasonable doubt, and to consider only the residual evidence in arriving at their verdict."

[...]

This instruction eliminated from consideration any evidence that was not believed beyond a reasonable doubt, even if such evidence might, nevertheless, have caused the jury to entertain a reasonable doubt. [paras. 101, 103]

The decision under consideration is tainted by similar errors.

It is apparent the trial judge eliminated from consideration evidence that could have raised a reasonable doubt. Recently, in *R v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, the Supreme Court concluded:

More recently, in *R. v. Dinardo*, [2008] 1 S.C.R. 788, 2008 SCC 24, the Court, *per* Charron J., rejected a formalistic approach. The case turned on credibility. The trial judge's reasons failed to articulate the alternatives to be considered in determining reasonable doubt as set out in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. Charron J. stated that only the substance, not the form, of *W. (D.)* need be captured by the trial judge, then went on to say:

In a case that turns on credibility, such as this one, the trial judge must direct his or her mind to the decisive question of whether the accused's evidence, considered in the context of the evidence as a whole, raises a reasonable doubt as to his guilt. [para. 23][para. 31] [paras. 2-4]

[19] After noting Corrections Officer Hawkins had backed away from his earlier assertion that he had witnessed the appellant “throwing porcelain from the window”, the trial judge went on to “disregard” all of his evidence “because it is not proof beyond a reasonable doubt if he is only saying that he is reasonably certain”. Because Corrections Officer Hawkins’ testimony, viewed contextually and in the light most favourable to the appellant, provides absolutely no basis for a reasonable doubt as to guilt, the trial judge’s flawed approach is wholly inconsequential. That will not always be the case, and everyone knows, or should know, that re-trials consume scarce public resources and are easily avoided by the application of settled principles of law. Nothing further need be added on the subject.

V. Conclusion

[20] It is for the reasons outlined above that I joined my colleagues in dismissing the appeal.

DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] L'appelant et les codétenus Michael McKinnon et Charles Ross ont subi un procès devant la Cour du Banc de la Reine relativement à deux accusations de méfait. La première accusation portait sur la détérioration volontaire d'un bien sur les lieux où les détenus étaient incarcérés (al. 430(3)a) du *Code criminel*). La deuxième infraction, décrite dans l'acte d'accusation comme étant [TRADUCTION] « une infraction aux dispositions de l'alinéa 430(4)a », portait sur l'empêchement, l'interruption ou la gêne volontaire de l'emploi, de la jouissance ou de l'exploitation légitime de ce bien. Dans une décision publiée à 2012 NBBR 132, [2012] A.N.-B. n° 142 (QL), M. Ross a été acquitté relativement aux deux accusations, alors que l'appelant et M. McKinnon ont été déclarés coupables de méfait et condamnés en vertu de l'al. 430(3)a). Le juge du procès, appliquant le principe énoncé dans l'arrêt *R. c. Kienapple*, [1975] 1 R.C.S. 729, [1974] A.C.S. n° 76 (QL), a ordonné un arrêt des procédures relativement à la deuxième accusation, à la fois en faveur de l'appelant et de M. McKinnon. Ni la décision du juge à cet égard, ni les fondements de cette décision ne sont contestés.

[2] L'appelant, qui se représente maintenant lui-même, appelle de sa déclaration de culpabilité, en invoquant comme moyens un manque de preuve et une représentation inefficace de la part de son avocat. À la suite de l'audience, notre Cour a rejeté l'appel et a indiqué que les motifs de cette décision suivraient. Voici ces motifs.

II. Le contexte

[3] L'appelant faisait partie d'un groupe de 16 détenus qui partageaient 12 cellules dans l'unité 4b) du Centre correctionnel régional de Saint John. En plus des cellules, on retrouvait : 1) une [TRADUCTION] « salle de séjour commune », où il y

avait, entre autres, un téléviseur et un téléphone; et 2) un poste de contrôle, que l'on appelait [TRADUCTION] « la bulle » (une enceinte vitrée), à partir duquel les agents correctionnels pouvaient surveiller les détenus de l'unité 4b), de même que ceux du secteur attenant, l'unité 4a).

[4] Le 9 janvier 2010, on a vu Kayne Crothers, un détenu de l'unité 4b), tendre un paquet à M. McKinnon dans la cour d'exercice. Par la suite, on a fait entrer M. McKinnon dans l'édifice, le paquet en question a été fouillé et des objets interdits ont été saisis. Pendant ce temps, on avait ramené M. Crothers à la [TRADUCTION] « salle de séjour commune ». Ce dernier a fini par rallier les autres détenus et par être l'instigateur de ce que le juge du procès a décrit comme [TRADUCTION] « un saccage ».

[5] Les détenus ont semé le chaos pendant cinq heures, où plusieurs d'entre eux ont causé des dommages considérables aux biens de l'unité 4b). Plus particulièrement, ils ont cassé des têtes d'extincteurs automatiques et ils ont détruit le contenu des cellules et de la [TRADUCTION] « salle de séjour commune » (à l'exception du téléphone) en lançant des toilettes en porcelaine comme projectiles. Les détenus ont ainsi réussi à compromettre la sécurité de l'enceinte vitrée en fracassant la fenêtre donnant sur l'unité 4b). Au cours de ce [TRADUCTION] « saccage », les détenus, portant des masques improvisés, ont obstrué certaines fenêtres. Ils ont aussi mis le feu à l'une des fenêtres du poste de contrôle, après avoir recouvert celle-ci de désinfectant pour les mains. Les réparations effectuées à l'unité 4b) à la suite de ces actes de violence ont pris plus de deux mois et ont coûté plus de 350 000 \$.

[6] Au procès, plusieurs agents correctionnels ont témoigné que l'appelant avait participé activement au grabuge, affirmant notamment qu'il avait endommagé des têtes d'extincteurs automatiques, qu'il avait lancé violemment la première toilette à frapper la fenêtre du poste de contrôle et qu'il avait lancé des morceaux d'une toilette cassée dans la [TRADUCTION] « salle de séjour commune ».

### III. Moyens d'appel

[7] L'appelant fait valoir essentiellement, comme principale objection, que le verdict de culpabilité inscrit au procès est déraisonnable. À cet égard, l'appelant soutient : 1) qu'il n'y avait [TRADUCTION] « absolument aucune preuve matérielle » du fait qu'il avait commis les actes à l'origine de l'accusation pour laquelle il avait été déclaré coupable; 2) que l'on [TRADUCTION] « avait expliqué aux agents correctionnels quoi dire à la barre des témoins »; et 3) qu'il a été déclaré coupable [TRADUCTION] « sur le fondement de sa réputation et non en fonction des faits ». L'appelant soulève aussi une représentation inefficace de la part de son avocat, dans la mesure où ce dernier n'a pas réussi à faire ressortir pleinement en contre-interrogatoire, les [TRADUCTION] « contradictions » et les [TRADUCTION] « incohérences » entre les comptes rendus donnés par les agents correctionnels qui ont été appelés comme témoins à charge.

### IV. Les règles de droit applicables et l'analyse

#### A. *Verdict déraisonnable*

[8] Le sous-alinéa 686(1)a)(i) prévoit qu'une cour d'appel peut accueillir l'appel d'une déclaration de culpabilité si elle conclut que le verdict « est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve ». Dans l'arrêt *Hubbard c. R.*, 2009 NBCA 28, 360 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1, le juge d'appel Bell, écrivant au nom de notre Cour, présente un résumé utile de la jurisprudence qui traite de la portée du pouvoir de révision d'une cour d'appel envisagé au s.-al. 686(1)a)(i) :

Une cour d'appel peut faire droit à un appel si elle conclut que le verdict est déraisonnable dans la mesure énoncée au sous-alinéa 686(1)a)(i) du *Code criminel*. Le critère consiste à savoir si le verdict est déraisonnable et non s'il est injustifié : *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, [1973] A.C.S. n<sup>o</sup> 157 (QL). Notre Cour n'a pas pour rôle de se substituer au jury mais de décider si le verdict est l'un de ceux « qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement



rendre » (à la p. 282). Dans des décisions subséquentes, dont *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, [1987] A.C.S. n° 51 (QL), *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, [1996] A.C.S. n° 27 (QL), *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439, [2000] A.C.S. n° 18 (QL), 2000 CSC 17, *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, [2000] A.C.S. n° 16 (QL), 2000 CSC 15, la Cour a appliqué les règles de droit qui ont été énoncées dans l'arrêt *Corbett*. Dans l'arrêt *R. c. A.G.*, la juge Arbour qui s'exprimait au nom de la majorité, a dit que « [...] [c]omme l'indique très clairement la jurisprudence de notre Cour relative au sous-al. 686(1)a(i), le fait qu'un juge d'une cour d'appel aurait eu un doute que le juge du procès n'a pas eu est insuffisant pour justifier la conclusion que le jugement de première instance était déraisonnable » (par. 29). [...]

Lorsqu'elle effectue une révision sous le régime [du sous-alinéa] 686(1)a(i), la cour d'appel 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.  
[...][Par. 11 et 12]

[C'est moi qui souligne.]

[9] Dans l'arrêt *R. c. Deschênes*, 2012 NBCA 10, 382 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 334, l'appelant soutenait que les témoignages sur lesquels le juge s'est fondé pour conclure à sa culpabilité n'étaient pas fiables et, par conséquent, qu'il devrait être acquitté. Notre Cour a rejeté cet argument pour le motif suivant :

Il est bien établi en droit qu'il n'appartient pas à une cour d'appel d'instruire à nouveau les affaires. Le rôle de la cour d'appel a été décrit comme suit dans l'arrêt *R. c. Simon*, [1999] A.N.-B. n° 393 (QL), au par. 2:

[TRADUCTION]

Puisque notre Cour est un tribunal de révision, elle n'a pas pour fonction de juger le prévenu de nouveau. Son rôle consiste essentiellement à examiner le dossier d'instance afin de déterminer si l'accusé a bénéficié d'un procès équitable fondé sur une preuve appropriée et sur les règles de droit. Il est manifeste que les questions de crédibilité ressortissent au juge des faits et notre Cour est tenue de respecter les conclusions du juge du procès en ce qui concerne ces questions sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles. Voir l'arrêt

*R. c. Léger*, [1999] A.N.-B. n° 43, (le 27 janvier 1999, (C.A.N.-B.). D'ailleurs, la crédibilité des témoins, y compris celle du prévenu, est une question de fait et l'autorisation d'interjeter un appel fondé sur ce moyen doit d'abord être obtenue conformément au s.-al. 675(1)a)(ii) du *Code*.

Voir également *R. c. Shalala* (2000), 224 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 118, [2000] A.N.-B. n° 14 (C.A.) (QL) demande en autorisation d'appel rejetée, [2000] C.S.C.R. n° 133 (QL); *Boudreau c. R.*, 2004 NBCA 87, [2004] A.N.-B. n° 416 (QL); *Sweeney c. R.*, 2005 NBCA 91, [2005] A.N.-B. n° 431 (QL); *Moffitt c. R.*, 2006 NBCA 100, [2006] A.N.-B. n° 464 (QL) et *Thomas c. R.*, 2007 NBCA 3, 310 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 342. [Par. 3]

[10] Somme toute, une intervention en appel, telle qu'il est prévu au s.-al. 686(1)a)(i), n'est possible que si la Cour conclut que le verdict contesté est un verdict qu'il n'était pas loisible au juge du procès, agissant judiciairement, de rendre. Pour trancher cette question, il faut faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de fait tirées par le juge du procès, notamment celles qu'il a tirées en matière de crédibilité, et la Cour doit demeurer fidèle à son rôle, tel qu'il est décrit dans l'arrêt *R. c. Deschênes*.

[11] Essentiellement, le présent appel n'est rien de plus qu'une invitation à se livrer à un exercice qui n'entre pas dans nos compétences : un procès *de novo*. J'entreprendrai tout de même une brève analyse du dossier afin de vérifier que l'appelant a bel et bien [TRADUCTION] « bénéficié d'un procès équitable fondé sur une preuve appropriée et sur les règles de droit » (voir *R. c. Simon*, [1999] A.N.-B. n° 393 (QL), au par. 2).

[12] Dans les motifs de sa décision, le juge du procès s'est penché sur chacun des faits litigieux qui sont ressortis au procès et qui ont été soulevés en appel. Bien que l'appelant n'ait pas témoigné, la notion de crédibilité est demeurée au cœur de la thèse du ministère public. La preuve présentée contre l'appelant consistait en des enregistrements vidéo qui étaient, à la rigueur, peu concluants, ainsi qu'en des témoignages d'un certain nombre d'agents correctionnels dont la crédibilité a été mise en doute au procès. Le juge

a insisté sur l'importance de la crédibilité dans des cas comme celui en l'espèce et a adopté la démarche suivante pour trancher cette question cruciale :

[TRADUCTION]

[...] Pour déterminer si un témoin est crédible, il est nécessaire de faire appel à l'expérience de tous les jours à cet égard et de faire preuve de bon sens. La Cour peut croire toute la preuve présentée par un témoin, en croire une partie ou ne pas la croire du tout. Pour déterminer si la Cour doit croire un témoin, elle devrait considérer des aspects comme sa capacité et ses possibilités d'observer les faits, son apparence et son comportement pendant son témoignage, sa capacité de se souvenir, ses intérêts, son parti pris ou ses préjugés, les incohérences de son témoignage s'il y a lieu ainsi que le caractère raisonnable de son témoignage considéré à la lumière de l'ensemble de la preuve en l'espèce. La Cour peut admettre la véracité d'un élément de preuve si elle le croit vrai hors de tout doute raisonnable. [Par. 23]

Le juge a ensuite effectué une analyse des éléments de preuve, à la lumière des arguments présentés par la défense, savoir que : 1) les couvre-fenêtres, ainsi que les masques portés par les détenus, ont nui à la capacité des agents correctionnels d'observer les événements et d'identifier les participants au grabuge; et que 2) la réputation de l'appelant, qui était considéré comme un [TRADUCTION] « détenu difficile », a peut-être influencé les témoignages livrés contre lui. Le juge a de plus fait remarquer que les noms des détenus ne figuraient pas dans la plupart des rapports d'incident et qu'ils avaient seulement été fournis par les agents correctionnels au moment où ils ont fait leur déclaration à la police. Ce sont des circonstances, tel que l'appelant l'a fait valoir dans son mémoire, qui minent la crédibilité et la fiabilité de tous les témoins à charge.

[13] Quoi qu'il en soit, le juge du procès a conclu, après avoir pris en considération l'ensemble de la preuve, que la culpabilité de l'appelant avait été établie hors de tout doute raisonnable. Il a justifié cette conclusion en fournissant un résumé des éléments de preuve clés :

[TRADUCTION]

L'agente correctionnelle Monteith dit avoir vu, au début de l'incident, l'appelant briser une tête d'extincteur avec un manche de balai ou avec quelque chose ressemblant à un manche de balai, et elle a vu l'eau tomber sur l'appelant. On lui a dit d'aller fermer l'eau.

L'agente correctionnelle Richards affirme qu'elle a vu l'appelant lancer de la porcelaine, c'est-à-dire des morceaux de toilettes en porcelaine, selon ma compréhension de la preuve, du palier supérieur dans la salle de jeux.

L'agent correctionnel Hawkins dit lui aussi avoir vu l'appelant lancer de la porcelaine de la fenêtre. Il s'est ensuite repris en disant qu'il était raisonnablement certain de l'avoir vu, mais pas absolument certain. Je n'accorderai donc aucun poids à cet élément de preuve et je ne tiendrai pas compte du témoignage de M. Hawkins parce qu'il ne s'agit pas de preuve hors de tout doute raisonnable s'il dit qu'il est raisonnablement certain.

Michael Lewis, le chef de quart, dit avoir vu M. Banks lancer la première toilette qui a fêlé la fenêtre de l'enceinte vitrée. Bien que la tête de la personne qui lançait la toilette ait été recouverte d'un genre de taie d'oreiller ou d'une autre sorte de tissu, M. Lewis dit qu'il est certain à cent pour cent que c'était M. Banks, parce qu'il l'avait reconnu à sa façon de marcher et qu'il est l'un des détenus les plus costauds.

L'agent correctionnel John Lowe dit qu'il a vu M. Banks, en haut d'un palier, tenter de fracasser la fenêtre du salon ou de la salle de jeu attenante ou voisine, avec un gros morceau de la toilette.

L'agent correctionnel Surette affirme qu'il a vu M. Banks briser les têtes d'extincteurs automatiques. Même si ce dernier portait une taie d'oreiller sur la tête, il l'a reconnu grâce aux tatouages sur son cou. À un moment donné, il a dit que M. Banks était le seul détenu de l'unité à avoir des tatouages sur son cou. Toutefois, au moment du contre-interrogatoire, il a reconnu que Kayne Crothers avait aussi des tatouages sur le cou et qu'il était aussi détenu dans l'unité en question.

J'ai examiné tous les éléments de preuve relativement au rôle qu'a joué M. Banks dans la perpétration d'un méfait, notamment la détérioration volontaire des biens du Centre correctionnel. Je suis convaincu que sa culpabilité a été prouvée hors de tout doute raisonnable pour ce qui est du premier chef. [Par. 40 à 46]

[14] Dans sa demande visant à faire infirmer la décision rendue contre lui, l'appelant a fourni à la Cour une analyse approfondie des témoignages rendus en première instance. Cette analyse avait pour but d'étayer sa prétention selon laquelle le juge du procès avait omis de tenir compte, ou n'avait pas suffisamment tenu compte, d'un certain nombre de témoignages contradictoires qui auraient dû susciter un doute raisonnable. L'appelant a notamment contesté les comptes rendus des agents correctionnels, mettant l'accent sur le déclenchement du système d'extinction automatique. En fait, bon nombre des objections de l'appelant sur des questions de fait sont fondées sur sa croyance que le système d'extinction automatique du centre correctionnel ne pouvait être déclenché qu'une fois. Ainsi, il aurait été impossible pour les agents correctionnels de voir l'appelant déclencher les têtes des extincteurs automatiques à différents moments. Toutefois, lorsque la question lui a été posée, l'agente correctionnelle Monteith a confirmé que les têtes des extincteurs automatiques avaient été déclenchées individuellement. Aucune preuve contraire n'a été présentée.

[15] De plus, et malgré les assertions contraires de l'appelant, les témoins à charge ont été contre-interrogés de façon compétente, et les motifs de décision du juge du procès démontrent qu'il était conscient des divergences factuelles. Après avoir attentivement examiné le dossier, je suis convaincu que l'appelant a bénéficié d'un procès équitable et qu'une preuve abondante vient appuyer le verdict contesté. Il s'ensuit que l'appelant n'a pas démontré que le verdict était déraisonnable et, en conséquence nous ne pouvons intervenir en invoquant le s.-al. 686(1)a)(i).

B. *Représentation inefficace de la part de son avocat*

[16] Le juge d'appel Richard, écrivant au nom de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, 2010 NBCA 46, 362 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 179, résume les règles de droit pertinentes à cet égard :

Il est incontestable que, dans le système canadien moderne de justice pénale, une personne qui choisit d'être représentée par un avocat a droit à l'« assistance effective » de cet avocat. Ce principe est au cœur même du système accusatoire sur lequel repose notre système de justice pénale. C'est un principe que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, a reconnu comme un principe de justice fondamentale qui « découle de l'évolution de la common law, du par. 650(3) du *Code criminel* canadien ainsi que de l'art. 7 et de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (par. 24). Il s'ensuit donc que, dans certaines circonstances, l'aide inefficace de l'avocat au procès peut constituer le motif d'une intervention en appel. Toutefois, la norme est élevée.

Pour avoir gain de cause dans un appel fondé sur une allégation de représentation inefficace, l'appelant doit établir que « les actes ou les omissions » de l'avocat « relevaient de l'incompétence » (volet examen du travail de l'avocat) et qu'« une erreur judiciaire en a résulté » (volet appréciation du préjudice). Une intervention en appel est justifiée seulement si les deux volets ont été établis. [...]

[...]

[...] [A]u cours d'un procès, l'avocat de la défense est appelé à prendre bon nombre de décisions stratégiques, et les juges ne devraient pas « remettre en question les décisions tactiques d'un avocat » (voir *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] A.C.S. n<sup>o</sup> 20 (QL), au par. 37). Comme l'a dit la Cour suprême, « [d]ans un système de justice criminelle accusatoire, les juges instruisant les procès doivent, à moins de circonstances exceptionnelles, déférer aux décisions tactiques des avocats », et il existe « une “forte présomption” que l'avocat de la défense sert les intérêts de son client avec compétence » (par. 36). Les juges

d'appel ont pareillement l'obligation d'adopter cette attitude déferente. [Par. 1, 2 et 10]

Voir aussi *E.K.M. c. R.*, 2012 NBCA 64, [2012] A.N.-B. n° 261 (QL).

[17] En essayant de satisfaire aux exigences du volet examen du travail de l'avocat du critère adopté dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, l'appelant invoque ce qu'il estime être des lacunes ou des faiblesses du contre-interrogatoire mené par son avocat. Si je comprends bien la plainte de l'appelant, elle vise également ce qu'il perçoit comme un manque d'audace de la part de son avocat au moment du contre-interrogatoire des témoins à charge. Ce moyen d'appel est sans fondement. Je suis respectueusement d'avis que l'avocat de la défense a été méthodique et respectueux, avec raison, au moment d'interroger les témoins à charge et c'est tout à son honneur s'il n'a pas agi comme l'appelant prétend qu'il aurait dû faire. De plus, il faut remarquer que, dans son mémoire, l'appelant a accordé une grande importance aux réponses obtenues par son avocat en contre-interrogatoire. Je suis d'avis que l'appelant est loin d'avoir établi une représentation inefficace de la part de son avocat au procès.

C. *L'omission par le juge du procès de tenir compte du témoignage de l'agent correctionnel Hawkins*

[18] Bien que cette question n'ait pas été soulevée comme moyen d'appel, les observations suivantes s'avèrent tout de même pertinentes. Il est maintenant bien établi en droit que la règle du doute raisonnable s'applique à la question de la crédibilité, au moins dans une affaire où, comme en l'espèce, « la crédibilité est importante » (voir *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL), au par. 27). Toutefois, ce principe ne signifie pas que l'arbitre des faits peut écarter un témoignage dont la crédibilité et la fiabilité n'ont pas été établies hors de tout doute raisonnable. En fait, l'arbitre des faits pourrait conclure qu'il existe un doute raisonnable sur la question ultime de la culpabilité en se fondant sur un témoignage qui pourrait raisonnablement être vrai ou qui l'était probablement. Lorsque le juge des faits écarte des témoignages simplement parce que leur crédibilité ou leur fiabilité n'est pas établie hors de tout doute raisonnable, l'ensemble de la preuve disponible s'en trouve appauvrie de façon

inadmissible. À cet égard, je ne peux faire mieux que de reproduire les observations de notre Cour dans l'arrêt *R. c. L.C.M.*, 2011 NBCA 14, 368 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 194 :

L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur de droit en appliquant un critère excessivement rigoureux en déterminant ce qui constituait une [TRADUCTION] « preuve crédible », notamment lorsqu'il a évalué le témoignage de l'appelant. Aux par. 28 et 29, le juge du procès affirme ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le droit est également clair quant au fait que la Cour n'est pas tenue d'accepter un élément quelconque de la preuve d'un témoin simplement parce qu'il n'a pas été contredit. La Cour ne peut accepter un élément de preuve comme étant crédible que si elle croit qu'il est vrai hors de tout doute raisonnable.

Une fois que la Cour a décidé quelle preuve elle accepte, elle examine cette preuve dans son ensemble afin de parvenir à une décision.

[C'est moi qui souligne.]

Cette manière d'aborder la preuve est incompatible avec la jurisprudence établie dans les arrêts *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, [1988] A.C.S. n<sup>o</sup> 80 (QL), par. 41, et *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n<sup>o</sup> 26 (QL), par. 26. Le juge du procès a écarté de son examen certains éléments de preuve qu'il ne tenait pas pour vrais hors de tout doute raisonnable. Une erreur semblable a amené notre Cour à ordonner la tenue d'un nouveau procès dans l'arrêt *R.S.L. c. R.*, 2006 NBCA 64, 300 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 24 :

Les jurés se sont fait dire clairement que, en rendant une décision, ils ne pouvaient s'appuyer sur des éléments de preuve qu'ils n'avaient pas admis comme vrais hors de tout doute raisonnable. Comme l'indique l'arrêt *R. c. Miller* (1991), 68 C.C.C. (3d) 517 (C.A. Ont.), à la page 541, cette directive [TRADUCTION] « avait pour effet d'empêcher le jury de tenir compte des éléments de preuve qu'il n'avait ni acceptés ni rejetés et sur



lesquels il entretenait un doute raisonnable, et de tenir compte seulement des éléments de preuve restants pour en arriver à son verdict ».

[...]

Cette directive empêchait le jury de tenir compte de tout élément de preuve qu'il ne croyait pas hors de tout doute raisonnable, même s'il était susceptible d'inspirer au jury un doute raisonnable. [Par. 101 et 103]

La décision à l'étude est entachée d'erreurs semblables.

Il est évident que le juge du procès a écarté de son examen des éléments de preuve qui auraient pu soulever un doute raisonnable. Récemment, dans l'arrêt *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, la Cour suprême a conclu :

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Dinardo*, [2008] 1 R.C.S. 788, 2008 CSC 24, rédigé par la juge Charron, la Cour a écarté une approche formaliste. L'issue de la cause reposait sur la crédibilité. Les motifs du juge du procès ne précisaient pas toutes les possibilités à envisager avant de tirer une conclusion sur l'existence d'un doute raisonnable comme l'exige l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Après avoir affirmé que seule la substance, et non la forme, de l'arrêt *W. (D.)* doit être respectée par le juge du procès, la juge Charron a ajouté ceci :

Dans une cause dont l'issue repose sur la crédibilité, comme en l'espèce, le juge du procès doit répondre à la question déterminante de savoir si la preuve offerte par l'accusé, appréciée au regard de l'ensemble de la preuve, soulève un doute raisonnable quant à sa culpabilité [par. 23], [par. 31], [par. 2 à 4].

[19]

Après avoir noté que l'agent correctionnel Hawkins était revenu sur son assertion selon laquelle il avait vu l'appelant [TRADUCTION] « lancer de la porcelaine

de la fenêtre », le juge du procès a choisi de ne pas tenir compte de son témoignage, [TRADUCTION] « parce qu'il ne s'agit pas de preuve hors de tout doute raisonnable s'il dit qu'il est raisonnablement certain ». Si l'on examine le témoignage de l'agent correctionnel Hawkins en contexte et sous l'angle le plus favorable à l'appelant, on constate qu'il ne suscite aucunement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'appelant, donc la décision erronée du juge du procès sur ce point est entièrement sans conséquence. Il n'en sera pas toujours ainsi, et chacun sait, ou devrait le savoir, que la tenue de nouveaux procès oblige à dépenser des ressources publiques limitées, ce qu'on peut facilement éviter en appliquant des principes de droit déjà établis. Inutile d'en dire plus sur ce point.

V. Conclusion

[20] Pour les motifs exposés précédemment, je rejette, à l'instar de mes collègues, l'appel formé en l'espèce.