

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

32-12-CA

THEODORE VINCENT SIMON

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Simon v. R., 2014 NBCA 4

CORAM:

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

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

History of Case:

Decision under appeal:
February 16, 2012 (unreported)

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
October 9, 2012

Judgment rendered:
January 30, 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

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

THEODORE VINCENT SIMON

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Simon c. R., 2014 NBCA 4

CORAM :

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

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

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
le 16 février 2012 (inédite)

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 9 octobre 2012

Jugement rendu :
le 30 janvier 2014

Motifs de jugement :
l'honorable juge Green

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:

Pour l'appelant :

Theodore Vincent Simon appeared in person

Theodore Vincent Simon a comparu en personne

For the respondent:

Pour l'intimée :

Cameron H. Gunn, Q.C.

Cameron H. Gunn, c. r.

THE COURT

LA COUR

The application for leave to appeal sentence is dismissed.

La demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine est rejetée.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN J.A.

I. Introduction

[1] The appellant was convicted by a judge of the Provincial Court on one charge of robbery under s. 344(1)(b) of the *Criminal Code*, and one charge of aggravated assault under s. 268(1). On the robbery conviction, the appellant was sentenced to seven years, less a credit of nine months for time spent in remand. On the aggravated assault, the sentence was five years, to be served concurrently. He was also prohibited from possessing a firearm for life. Mr. Simon now seeks leave to appeal his sentence. A Crown cross-appeal was abandoned prior to the hearing. For the reasons which follow, I would dismiss the application for leave.

II. Notice of Appeal

[2] The Notice of Appeal issued March 14, 2012, indicated the appellant was appealing his convictions, and seeking leave to appeal the sentence. At the outset of his hearing, the appellant abandoned the conviction appeal, and chose to proceed on sentence alone.

III. Background

[3] The appellant concocted a scheme to rob an acquaintance, one Matthew King. He was familiar with Mr. King's residence, having been there often to purchase drugs from Mr. King.

[4] On the day of the robbery, the appellant met his son, Colton Simon, who at the time was sixteen years old. The appellant invited his son to join him in carrying out his plan against Mr. King, and Colton Simon agreed. The two later met with a third individual, Daniel Stephen Ginnish, who also agreed to participate in the robbery.

[5] The appellant outlined the details of his plan to the others, and gave specific instructions to his son on how the robbery was to be conducted. Colton Simon and Daniel Ginnish were instructed to wait five minutes before going to Mr. King's residence, and once Mr. King opened the door of his home, the two were to "beat him up". The appellant told his son to place a rock in a pair of socks, and use this improvised weapon to hit Mr. King over the head.

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

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

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

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

[10] The appellant's role, in addition to developing the plan and recruiting the others to join him in carrying it out, was to steal from inside Mr. King's residence while

the attack was going on. The trial judge found the appellant was not a mere decoy, but an active participant in the robbery.

IV. Issue

[11] The appellant provided a single written paragraph to set out his grounds for appeal, most of which relates to his conviction. With respect to the sentence received, the essence of his argument is relatively straightforward: he believes seven years is excessive. Thus, the appellant challenges the fitness of the sentence imposed.

V. Law and Analysis

A. *Standard of Review*

[12] The law on sentence appeals is well settled. Appellate intervention is to be exercised cautiously, and only when specific criteria are met. Drapeau, C.J.N.B. set out the analytical framework for appellate review in sentencing matters in *R. v. Steeves*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88:

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 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,

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

(b) dismiss the appeal.

Thus, Parliament's instruction to appellate courts is, at least from a textual standpoint, relatively straightforward: it is the fitness of the impugned sentence that stands to be considered. Numerous pronouncements emanating from the Supreme Court of Canada make plain that the concept of "fitness" is not limited to an assessment of quantum.

Indeed, courts of appeal may be required to consider whether the sentence imposed is lawful. The most obvious illustration of unfitness as a matter of law involves the sentencing judge's failure to comply with prescribed minimum or maximum punishments (see *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, [2000] S.C.J. No. 19 (QL), 2000 SCC 18; *R. v. Fice*, [2005] 1 S.C.R. 742, [2005] S.C.J. No. 30 (QL), 2005 SCC 32; and *R. v. LeBlanc (D.)* (2005), 279 N.B.R. (2d) 121, [2005] N.B.J. No. 21 (QL), 2005 NBCA 6). For other examples of sentence appeals that turned on points of law, see *R. v. Middleton*, [2009] 1 S.C.R. 674, [2009] S.C.J. No. 21 (QL), 2009 SCC 21, *R. v. Sinclair* (1972), 6 C.C.C. (2d) 523, [1972] O.J. No. 345 (QL) (C.A.), *R. v. Robillard* (1985), 22 C.C.C. (3d) 505, [1985] J.Q. no 353 (QL) (C.A.), *R. v. Amaralik* (1984), 16 C.C.C. (3d) 22, [1984] N.W.T.J. No. 42 (QL) (C.A.) and *R. v. Drost* (1996), 172 N.B.R. (2d) 67 (C.A.), [1996] N.B.J. No. 23 (QL). Of course, no deference is owed to the sentencing court's quantum selection when it is challenged on a point of law.

Appellate courts may also be called upon to determine whether the contested sentence reflects a proper application of the principles of sentencing. Most of those principles are now codified in Part XXIII of the *Criminal Code*. It is axiomatic that, while great deference is owed to the sentencing judge's weighting of the relevant factors, correctness is the standard by which his or her understanding of the governing principles is reviewed on appeal.

Finally, courts of appeal may engage in a consideration of the quantum itself. Here, once again, great deference is owed to the sentencing judge's judgment-call. The sentence under consideration will be at risk of variation if, and only if, it is a substantial and marked departure from the sentence customarily imposed for similarly situated offenders committing similar crimes.

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.R.B. (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. 19-25]

To be successful, the onus is on the appellant to establish the presence of one or more of the above noted criteria: an error of law, an error in principle, or that the sentence is clearly unreasonable.

B. *Section 348.1 Aggravating Circumstance – Home Invasion*

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

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

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

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

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

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

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

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

[...] s. 348.1 creates a specific aggravating circumstance which is to be taken into account in addition to all other aggravating circumstances, when imposing a sentence for the offence of unlawful confinement contrary to s. 279(2), robbery contrary to s. 343, extortion contrary to s. 346, or break and enter contrary to s. 348(1) (“the listed crimes”), if any of these offences are committed at or in relation to a dwelling-house. The essential elements of a home invasion are: (1) occupancy of a dwelling-house at the time one of the listed crimes was committed; (2) knowledge or recklessness on the part of the offender as to whether the dwelling-house was occupied; and (3) actual or threatened use of violence to persons or property. [...] [para. 24]

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

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

[para. 57]

[16] Our Court first considered the concept of “home invasion” in *R. v. Joyce* (1998), 203 N.B.R. (2d) 1, [1998] N.B.J. No. 312 (C.A.) (QL), and was equally forceful in its view of the seriousness of such incidents:

In my view, the instant case is exceptional because of the cumulative effect of the many aggravating factors which are present.

First and foremost, it involves a home invasion. In such a situation, deterrence must play a pivotal role in the sentence imposed: courts must respond with severity to the challenge posed by home intrusions in an era of easy access to addictive hard drugs. [paras. 36-37] [Emphasis added.]

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

THE COURT: [...] I agree with defence counsel that this was not a home invasion, nor was it tantamount to a home invasion. I don't believe that the jurisprudence of home invasions applies to this case. I do consider as a factor in sentencing that Mr. King was at his home when the robbery occurred, and also that the accused intended the assault to occur at his home. I believe this to be an aggravating factor. Mr. King should not have been attacked while he was at his residence, but he was pulled out of the home and he was attacked in the street, and for this reason I believe that this does not constitute what would otherwise be a home invasion. [pp. 45-46]

[Transcript of Sentencing - Feb. 16, 2012]

[18] With respect, I disagree with the sentencing judge's conclusion. In my opinion, this was a home invasion. The essential elements as required by the *Criminal Code*, and considered in cases such as *Campeau*, are all present. Although the main assault took place outside the victim's home, that was only because his assailants pulled

him outside once he had opened his front door. To suggest that if a victim opens the door to his or her home, is pushed backwards onto the floor, and is then further assaulted, it would amount to a home invasion, but if that same victim is instead pulled outside the home and subjected to the exact same assault with the exact same injuries, it would not be a home invasion, is not reasonable. The appellant was in the victim's home under false pretenses, for the express purpose of robbing him. The appellant's accomplices were to conduct the attack, and thus provide the opportunity for the robbery to take place. As such, this was a home invasion, and on this point the sentencing judge was in error.

C. *Fitness of the Sentence Imposed*

[19] The sentencing judge made it clear he did not consider the facts before him to amount to a home invasion, but the appellant maintains he was sentenced as though the contrary finding had been made. In other words, in spite of what was said by the Court, the appellant harbours the belief he was sentenced for a home invasion, and thus the sentence imposed is too harsh. I disagree: the appellant should have been sentenced on the basis that this was a home invasion, but he was not.

[20] Prior to imposing sentence, the judge reviewed the purpose and principles of sentencing set out in s. 718 of the *Code*. He went on to outline each of the six objectives listed therein, and discussed the proportionality principle. The sentencing judge then acknowledged the importance of s. 718.2(e), which provides:

Other sentencing principles

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

[...]

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

Principes de détermination de la peine

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

[...]

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

[21] The next step undertaken by the sentencing judge was to enumerate what he considered to be aggravating factors, of which he identified six:

1. The attack on the unsuspecting and unarmed victim was planned and deliberate.
2. There were two assailants involved in the attack, making it even more difficult for the victim to defend himself.
3. The attack was vicious and the injuries inflicted were serious.
4. Both assailants used weapons in the attack.
5. The appellant recruited his sixteen-year-old son, who had no prior criminal record, to take part in the attack.
6. The appellant and Mr. Ginnish had extensive criminal records. In the case of the appellant, 59 criminal convictions in a record spanning 20 years from May, 1991, to February, 2011. Particular note was made of the fact the appellant's record disclosed eight prior convictions involving violence.

[22] When the sentencing judge turned his attention to the search for mitigating factors, he could identify none. The judge did, however, embark upon a detailed discussion of the appellant's background as disclosed in the pre-sentence report. He then cited the Supreme Court decision in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, [1999] S.C.J. No. 19 (QL), and considered the implications thereof for the appellant, who is an aboriginal person.

[23] Upon giving due consideration to all of the above, the judge imposed a sentence of seven years in penitentiary on the robbery conviction, less a credit of nine months for time spent in remand. On the aggravated assault, the sentence was five years, to be served concurrently.

[24] In support of its position that the sentence is both fit and reasonable, the Crown has cited this Court's decision in *R. v. Goulette*, 2009 NBCA 49, 350 N.B.R. (2d) 152, wherein Richard J.A. reviewed the relevant jurisprudence for cases with similarities to the one presented here.

[25] This Court's decision in *R. v. Basque (G.)* (1999), 211 N.B.R. (2d) 273, [1999] N.B.J. No. 211 (QL), is also pertinent. In that case, the Court provided a clear statement of the law on the acceptable range of sentences imposed in this jurisdiction for robbery. The Court states:

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

The sentence imposed in this matter falls squarely within this range, and cannot be said to be unreasonable.

[26] In conclusion, none of the criteria enunciated in *Steeves* have been established. The only error to be found in the sentencing judge's decision, which was to conclude the facts of the case did not support a finding of home invasion, was to the benefit of the appellant. The Crown chose to abandon its cross-appeal on the issue, and no more need be said with respect to s. 348.1 of the *Code*. The decision on sentencing was thoughtful, thorough, and fair. I find no scope for appellate intervention.

VI. Disposition

[27] I would dismiss the application for leave to appeal sentence.

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] Un juge de la Cour provinciale a déclaré l'appelant coupable relativement à une accusation de vol qualifié portée en vertu de l'al. 344(1)b) du *Code criminel* et à une accusation de voies de fait graves portée en vertu du par. 268(1). Pour ce qui concerne la déclaration de culpabilité pour vol qualifié, l'appelant a été condamné à sept ans de prison, peine dont on a soustrait neuf mois pour le temps passé en détention préventive. Pour ce qui concerne les voies de fait graves, la peine infligée a été de cinq ans, à purger concurremment. On lui a également interdit d'avoir une arme à feu en sa possession pendant toute sa vie. M. Simon sollicite maintenant l'autorisation d'interjeter appel de sa peine. Un appel reconventionnel interjeté par le ministère public a été abandonné avant l'audience. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter la demande en autorisation d'appel.

II. L'avis d'appel

[2] L'avis d'appel déposé le 14 mars 2012 indiquait que l'appelant interjetait appel de ses déclarations de culpabilité et sollicitait l'autorisation d'interjeter appel de la peine. Au début de l'audience, l'appelant a abandonné l'appel des déclarations de culpabilité et a choisi de s'en tenir à l'appel de la peine.

III. Le contexte

[3] L'appelant a concocté une combine en vue de voler une de ses connaissances, un certain Matthew King. Il connaissait le domicile de M. King puisqu'il y était souvent allé pour acheter de la drogue à M. King.

[4] Le jour du vol qualifié, l'appelant a rencontré son fils, Colton Simon, qui, à l'époque, était âgé de seize ans. L'appelant a invité son fils à se joindre à lui dans l'exécution de son plan contre M. King et Colton Simon a accepté. Plus tard, ils se sont tous deux réunis avec une troisième personne, Daniel Stephen Ginnish, qui a lui aussi accepté de prendre part au vol.

[5] L'appelant a exposé les détails de son plan aux autres et il a donné à son fils des instructions précises sur la façon dont le vol devait se dérouler. Colton Simon et Daniel Ginnish ont reçu comme directive d'attendre cinq minutes avant de se rendre chez M. King et une fois que celui-ci aurait ouvert la porte de sa maison, ils devaient le [TRADUCTION] « battre ». L'appelant a dit à son fils de mettre une roche dans une paire de chaussettes et de se servir de cette arme improvisée pour frapper M. King à la tête.

[6] Avant d'arriver au domicile de M. King, Colton Simon s'est armé d'une roche placée à l'intérieur d'une paire de chaussettes conformément aux directives de son père. M. Ginnish était armé d'une bouteille de bière qu'il a cassée pendant qu'il se dirigeait vers la maison.

[7] Lorsque les deux agresseurs sont arrivés chez M. King, l'appelant était déjà à l'intérieur de la maison. Colton Simon a frappé à la porte et M. King est venu ouvrir. Colton Simon a frappé M. King à l'arrière de la tête avec la roche et M. King a été tiré à l'extérieur. Colton Simon a alors frappé M. King à l'arrière de la tête une deuxième fois.

[8] Daniel Ginnish, quant à lui, a attaqué M. King avec la bouteille de bière cassée, le coupant au bras et à la poitrine. Pendant que M. King était au sol, l'agression a continué, Colton Simon lui donnant des coups de pied à la tête et Daniel Ginnish lui infligeant des coupures au dos avec la bouteille cassée. Colton Simon a ensuite fait une prise de cou à M. King et M. King a dit [TRADUCTION] « j'abandonne », après quoi il a été relâché.

[9] À ce moment-là, l'appelant est sorti de la maison. Colton Simon et Daniel Ginnish ont fui les lieux de l'attaque. Colton Simon a été arrêté peu après; Daniel Ginnish et l'appelant l'ont été plus tard. Les blessures de M. King ont notamment consisté en une lacération à l'arrière de la tête, de profondes éraflures à un bras et au côté de la poitrine et une lacération en V au dos.

[10] Le rôle de l'appelant, outre l'élaboration du plan et le recrutement des autres personnes afin qu'elles l'aident à le mettre à exécution, a consisté à commettre un vol à l'intérieur du domicile de M. King pendant que l'attaque avait lieu. Le juge du procès a conclu que l'appelant n'avait pas eu pour simple rôle de faire diversion, mais qu'il avait activement participé au vol qualifié.

IV. La question à trancher

[11] L'appelant a énoncé dans un seul paragraphe ses moyens d'appel, lesquels se rapportent pour la plupart à sa condamnation. En ce qui concerne la peine infligée, son argumentation est, pour l'essentiel, relativement simple : il croit qu'un emprisonnement de sept ans est excessif. L'appelant conteste donc la justesse de la peine infligée.

V. Droit applicable et analyse

A. *La norme de contrôle*

[12] Les règles de droit qui régissent l'appel de la peine sont bien établies. L'intervention de la cour d'appel doit être marquée par la prudence et n'avoir lieu que lorsque des critères précis sont remplis. Dans l'arrêt *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2^e) 88, le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, a énoncé le cadre analytique qui régit l'examen en appel de questions ressortissant à la détermination de la peine :

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

Les prescriptions du législateur sont donc relativement simples, du moins par leur texte : les cours d'appel sont tenues de considérer la justesse de la sentence contestée. Il se dégage nettement de nombreuses déclarations de la Cour suprême du Canada que le concept de « justesse » n'intéresse pas que l'importance de la sentence prononcée.

De fait, il peut arriver que les cours d'appel aient à juger de la conformité de la sentence au droit. Le cas le plus évident de non-justesse d'une sentence, en droit, se présente lorsque le juge chargé de la détermination de la peine n'inflige pas la sanction minimale ou maximale prescrite (*R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, [2000] A.C.S. n° 19 (QL), 2000 CSC 18; *R. c. Fice*, [2005] 1 R.C.S. 742, [2005] A.C.S. n° 30 (QL), 2005 CSC 32; et *R. c. LeBlanc (D.)* (2005), 279 R.N.-B. (2^e) 121, [2005] A.N.-B. n° 21 (QL), 2005 NBCA 6). Dans les décisions suivantes, de même, l'appel interjeté de la sentence était axé sur un point de

droit : *R. c. Middleton*, [2009] 1 R.C.S. 674, [2009] A.C.S. n° 21 (QL), 2009 CSC 21, *Regina c. Sinclair* (1972), 6 C.C.C. (2d) 523, [1972] O.J. No. 345 (QL) (C.A.), *Regina c. Robillard*, (1985), 22 C.C.C. (3d) 505, [1985] J.Q. n° 353 (QL) (C.A.), *Regina c. Amaralik*, (1984), 16 C.C.C. (3d) 22, [1984] N.W.T.J. No. 42 (QL) (C.A.) et *R. c. Drost (L.B.)* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 67, [1996] A.N.-B. n° 23 (C.A.). Bien sûr, le tribunal d'appel n'est tenu à aucune déférence lorsque la peine choisie par le juge chargé de la déterminer est contestée sur un point de droit.

Les tribunaux d'appel peuvent en outre avoir à déterminer si la sentence contestée témoigne d'une application appropriée des principes de détermination de la peine. Aujourd'hui, pour la plupart, ces principes sont devenus loi et se retrouvent dans la partie XXIII du *Code criminel*. Il est acquis que, quoique le poids que le juge chargé de déterminer la peine a accordé aux facteurs pertinents requière une grande déférence, la norme de contrôle applicable en appel à sa compréhension de ces principes est celle de la décision correcte.

Enfin, les tribunaux d'appel peuvent entreprendre d'examiner l'importance proprement dite de la peine contestée. Encore une fois, ici, une grande déférence s'impose envers le choix du juge chargé de la détermination de la peine. Une modification ne sera envisageable qu'à la stricte condition que la peine constitue un écart important et marqué par rapport à la peine habituellement infligée à des délinquants qui se trouvent dans la même situation et qui commettent des crimes semblables.

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^e) 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 à 25]

Pour pouvoir avoir gain de cause, l'appelant doit s'acquitter de la charge d'établir la présence d'un ou de plusieurs des critères susmentionnés : une erreur de droit, une erreur de principe ou le fait que la peine est nettement déraisonnable.

B. *L'article 348.1 Circonstance aggravante – Invasion de domicile*

[13] Le législateur fédéral a estimé approprié de reconnaître le caractère sacré du domicile d'une personne en adoptant l'art. 348.1 du *Code criminel*, qui est ainsi rédigé :

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

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

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

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

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

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

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

[TRADUCTION]

[L]'article 348.1 crée une circonstance aggravante bien précise qu'il faut prendre en compte en plus de toutes les autres circonstances aggravantes, au moment d'infliger une peine pour les infractions de séquestration, prévue au par. 279(2), de vol qualifié, prévue à l'art. 343, d'extorsion,

prévue à l'art. 346, ou d'introduction par effraction, prévue au par. 348(1) (« les crimes énumérés »), si l'une ou l'autre de ces infractions est commise dans une maison d'habitation ou à l'égard d'une maison d'habitation. Les éléments essentiels d'une invasion de domicile sont les suivants : (1) l'occupation de la maison d'habitation au moment où un des crimes énumérés a été commis; (2) le fait que le contrevenant savait que la maison d'habitation était occupée ou ne s'en est pas soucié; et (3) l'emploi de la violence ou de menaces de violence contre une personne ou des biens. [...] [Par. 24]

[15] Dans l'arrêt *Campeau*, il est fait mention d'une décision antérieure de la même Cour, *R. c. Pelly*, 2006 SKCA 60, [2006] S.J. No. 332 (QL), dans laquelle le juge d'appel Cameron a souligné avec force la gravité que les tribunaux, et la société canadienne dans son ensemble, reconnaissent aux incidents comme celui-ci. Je souscris à son évaluation, qu'il a ainsi exprimée :

[TRADUCTION]

Il faut qu'il soit bien clair que des crimes de cette nature portent atteinte aux fondements mêmes d'une société qui se veut paisible et sûre, perturbent la sécurité du foyer et causent souvent un préjudice physique et psychologique persistant. Ce sont des crimes terrifiants et il faut absolument qu'ils soient traités avec la plus grande sévérité si l'on veut préserver la sécurité publique et maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. Donc, tous et chacun devraient savoir que les tribunaux de notre province, à l'instar de ceux d'autres provinces, puniront sévèrement les crimes violents où il y a « invasion de domicile » afin de protéger le public contre leur effet attentatoire et la violence dont ils s'accompagnent.

[Par. 57]

[16] Notre Cour a examiné la notion d'« invasion de domicile » pour la première fois dans l'arrêt *R. c. Joyce (K.R.)* (1998), 203 R.N.-B. (2^e) 1, [1998] A.N.-B. n° 312 (C.A.) (QL), et elle y a exprimé avec une égale vigueur son opinion sur la gravité des incidents de cette nature :

[TRADUCTION]

À mon sens, le cas présent est exceptionnel en raison de l'effet cumulatif de nombreux facteurs d'aggravation.

En tout premier lieu, il s'agit de violation du domicile. En ce cas, la dissuasion doit jouer un rôle capital dans la détermination de la peine : les tribunaux doivent réagir par des sanctions sévères au défi que posent les intrusions chez des particuliers à une époque d'accès facile aux drogues dures génératrices de dépendance. [Par. 36 et 37] [C'est moi qui souligne.]

[17] Lors de l'audience de détermination de la peine, le ministère public a prétendu que l'invasion de domicile était une circonstance aggravante dont la Cour devait tenir compte au moment de déterminer la peine de M. Simon. Toutefois, le juge chargé de déterminer la peine a jugé que la situation factuelle qui nous occupe en l'espèce ne correspondait pas à la définition de l'expression « invasion de domicile ». Voici le passage pertinent de sa décision :

[TRADUCTION]

LA COUR : [...] Je souscris à la prétention de l'avocat de la défense selon laquelle il ne s'agissait pas en l'espèce d'une invasion de domicile et la situation ne s'apparente pas non plus à une invasion de domicile. Je ne crois pas que la jurisprudence en matière d'invasion de domicile s'applique en l'espèce. Je considère que le fait que M. King se trouvait chez lui lorsque le vol qualifié a été commis – et en outre que l'accusé voulait que l'agression ait lieu à son domicile – constitue un facteur à prendre en compte aux fins de déterminer la peine. Je crois que c'est là une circonstance aggravante. M. King n'aurait pas dû être attaqué pendant qu'il était chez lui, mais on l'a tiré à l'extérieur de la maison et il a été attaqué dans la rue et pour ce motif, je crois que cela ne constitue pas ce qui serait par ailleurs une invasion de domicile. [P. 45 et 46]

[Transcription de l'audience de détermination de la peine – le 16 fév. 2012]

[18] En toute déférence, je ne souscris pas à la conclusion du juge qui a déterminé la peine. J'estime qu'il s'agissait en l'espèce d'une invasion de domicile. Les

éléments essentiels qui sont prescrits par le *Code criminel*, et qui ont été examinés dans des décisions comme l'arrêt *Campeau*, sont tous présents. Certes, l'agression principale a eu lieu à l'extérieur de la maison de la victime, mais ce n'est que parce que ses agresseurs ont tiré M. King à l'extérieur après qu'il a ouvert sa porte. Il n'est pas raisonnable de laisser entendre que si la victime ouvre la porte de son domicile, est poussée vers l'arrière, tombe sur le plancher et est ensuite agressée davantage, il s'agit d'une invasion de domicile, mais que si la même victime est plutôt tirée à l'extérieur de chez elle et subit exactement la même agression et exactement les mêmes blessures, il ne s'agit pas d'une invasion de domicile. L'appelant se trouvait au domicile de la victime sous un faux prétexte, dans le dessein précis de le voler. Les complices de l'appelant devaient attaquer la victime et ainsi permettre que le vol ait lieu. Il s'agissait donc d'une invasion de domicile et sur ce point, le juge qui a déterminé la peine a fait erreur.

C. *La justesse de la peine infligée*

[19] Le juge qui a déterminé la peine a clairement dit qu'il ne considérait pas que les faits exposés devant lui constituaient une invasion de domicile, mais l'appelant affirme que la peine qui lui a été infligée l'a été comme si la conclusion contraire avait été tirée. En d'autres termes, malgré ce que la Cour a dit, l'appelant entretient la conviction qu'il a été condamné pour invasion de domicile et que la peine infligée est donc trop lourde. Je ne souscris pas à sa prétention : l'appelant aurait dû être condamné pour avoir commis une invasion de domicile, mais il ne l'a pas été.

[20] Avant de prononcer la sentence, le juge a rappelé l'objet et les principes de la détermination de la peine qui sont énoncés à l'art. 718 du *Code*. Il a ensuite souligné chacun des six objectifs qui y sont énumérés et a examiné le principe de la proportionnalité. Le juge chargé de déterminer la peine a ensuite reconnu l'importance de l'al. 718.2e), qui est ainsi rédigé :

Other sentencing principles

718.2 A court that imposes a sentence

Principes de détermination de la peine

718.2 Le tribunal détermine la peine à

shall also take into consideration the following principles:

[...]

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

infliger compte tenu également des principes suivants :

[...]

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

[21]

Le juge qui a déterminé la peine est ensuite passé à l'étape suivante qui a consisté à énumérer ce qu'il estimait être des circonstances aggravantes, lesquelles étaient au nombre de six :

1. L'attaque contre la victime sans méfiance et non armée était préméditée et a été commise de propos délibéré.
2. Deux agresseurs ont pris part à l'attaque, de sorte qu'il était d'autant plus difficile à la victime de se défendre.
3. L'attaque était brutale et les blessures infligées étaient graves.
4. Les deux agresseurs ont utilisé des armes pendant l'attaque.
5. L'appelant a recruté son fils âgé de seize ans, qui n'avait pas d'antécédents judiciaires, afin qu'il prenne part à l'attaque.
6. L'appelant et M. Ginnish avaient de longs antécédents judiciaires. Dans le cas de l'appelant, son casier judiciaire comprenait cinquante-neuf condamnations au criminel sur une période de vingt ans qui allait de

mai 1991 à février 2011. On a souligné en particulier le fait que le casier judiciaire de l'appelant révélait qu'il avait déjà été condamné à huit reprises pour des infractions avec violence.

[22] Lorsque le juge chargé de déterminer la peine a entrepris de chercher des facteurs atténuants, il n'en a trouvé aucun. Il s'est toutefois lancé dans un examen détaillé des antécédents de l'appelant qui étaient exposés dans le rapport présentiel. Il a ensuite cité la décision de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, [1999] A.C.S. n° 19 (QL), et a examiné les incidences de cet arrêt sur l'appelant, qui est autochtone.

[23] Après avoir dûment pris tout ce qui précède en considération, le juge a infligé une peine de sept ans à purger dans un pénitencier relativement à la condamnation pour vol qualifié, peine dont il a soustrait neuf mois pour le temps passé en détention préventive. Pour ce qui concerne les voies de fait graves, la peine infligée a été de cinq ans, à purger concurremment.

[24] À l'appui de sa position selon laquelle la peine est à la fois juste et raisonnable, le ministère public a invoqué la décision de notre Cour dans l'affaire *R. c. Goulette*, 2009 NBCA 49, 350 R.N.-B. (2^e) 152, dans laquelle le juge d'appel Richard a fait un survol de la jurisprudence applicable aux instances présentant des similitudes avec celle qui nous occupe en l'espèce.

[25] La décision de notre Cour dans l'affaire *R. c. Basque (G.)* (1999), 211 R.N.-B. (2^e) 273, [1999] A.N.-B. n° 211 (QL), est également pertinente. Dans cette affaire, la Cour a fait un énoncé clair du droit en ce qui concerne l'échelle acceptable des peines infligées dans notre ressort pour vol qualifié. Voici ce qu'on peut y lire :

Un survol de la jurisprudence dans le domaine révèle rapidement que la peine infligée en l'espèce s'écarte, de façon marquée et déraisonnable, des peines imposées

habituellement pour les infractions de vol qualifié et de déguisement dans un dessein criminel perpétrées dans des circonstances semblables à celles qui prévalent en l'espèce. Elle n'est donc pas conforme au principe de l'harmonisation des peines. Cette cour a pris acte du fait que le vol qualifié constitue une infraction très grave et que le Parlement a jugé opportun de reconnaître cette gravité en prévoyant que quiconque la commet est coupable d'un acte criminel passible de l'emprisonnement à perpétuité. En effet, cette cour a approuvé une échelle des sentences de trois à huit ans d'emprisonnement dans un pénitencier pour cette infraction lorsqu'elle est perpétrée par un individu, autre qu'un jeune délinquant. Voir les arrêts *R. c. Matthews* (1983), 45 R.N.-B. (2^e) 265 (C.A.), à la p. 268, et *R. c. Vautour* (1987), 76 R.N.-B. (2^e) 389 (C.A.). [Par. 30] [C'est moi qui souligne.]

La peine infligée en l'espèce s'inscrit parfaitement dans cette échelle et on ne saurait dire qu'elle est déraisonnable.

[26] En conclusion, aucun des critères énoncés dans l'arrêt *Steeves* n'a été établi. La seule erreur que l'on puisse trouver dans la décision du juge qui a déterminé la peine, laquelle a consisté à conclure que les faits de l'instance n'étaient pas une conclusion d'invasion de domicile, a été commise au profit de l'appelant. Le ministère public a choisi d'abandonner son appel reconventionnel sur cette question et il n'y a rien d'autre à dire en ce qui concerne l'art. 348.1 du *Code*. La décision sur la détermination de la peine a été réfléchie, minutieuse et équitable. Je ne vois rien qui justifie l'intervention de la Cour d'appel.

VI. Dispositif

[27] Je suis d'avis de rejeter la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine.