

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

125-08-CA
126-08-CA

C.P. and J.A.

C.P. et J.A.

APPELLANTS

APPELANTS

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

C.P. and J.A. v. R, 2009 NBCA 65

C.P. et J.A. c. R., 2009 NBCA 65

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appeal from a decision of the Provincial Court:
October 22, 2008

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 22 octobre 2008

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédure préliminaire ou accessoire :
S.O.

Appeal heard:
June 23, 2009

Appel entendu :
Le 23 juin 2009

Judgment rendered:
October 13, 2009

Jugement rendu :
Le 13 octobre 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

Motifs de jugement :
L'honorable juge Bell

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant C.P.:
James O'Neil

Pour l'appelant C.P. :
James O'Neil

For the appellant J.A.:
Jennifer Reid

Pour l'appellant J.A. :
Jennifer Reid

For the respondent:
Mario J. Cormier

Pour l'intimée :
Mario J. Cormier

THE COURT

LA COUR

The motions for leave to appeal sentence are granted. The sentences of the appellants are altered as set out in paragraphs 36 and 37 of the decision below.

Accueille les demandes en autorisation d'appel. Les peines des appelants sont modifiées de la façon indiquée aux paragraphes 36 et 37 de la décision qui suit.

The judgment of the Court was delivered by

BELL, J.A.

I. Introduction and statutory framework

[1] The appeals of C.P. (125-08-CA) and J.A. (126-08-CA) from custodial sentences a youth justice court judge imposed on October 22, 2008, were heard consecutively by this Court on June 23, 2009. Because the facts and issues arise from the same incident we consider it appropriate to consolidate the appeals and issue one set of reasons.

[2] C.P. and J.A. are members of the Elsipogtog First Nation. In the early morning hours of September 8, 2007, the appellants and at least one other person assaulted B.C. on the Elsipogtog First Nation. As a result of the assault, B.C., who was found lying on the ground by police, suffered non-permanent physical injuries to his face and head and was taken to hospital where he was released on the same day. The appellants plead guilty to indictable assault as set out in s. 266(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 and were sentenced on October 22, 2008.

[3] In the course of passing sentence, the judge attempted to inform himself about the circumstances of each appellant. For example, noting that the parents or guardians were not present, the trial judge enquired about their whereabouts and received what were, in my view, less than satisfactory responses. In the course of his enquiries to counsel about suitable facilities to house the two young people, the sentencing judge expressed some concern when he said: “I wish the youth worker would be present to comment on that. Are there always places available?” The sentencing judge, having noted that he must consider all reasonable and available alternatives to custody before imposing a custodial sentence, asked counsel to provide “submissions relating to the [alternatives] to custody that have been used in respect of the young persons for similar

offences committed in similar circumstances”. Neither counsel provided him with any alternatives. Both requested a custodial sentence.

[4] Section 39(3) of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, provides that in determining whether there are alternatives to custody a youth justice court shall consider submissions relating to alternatives to custody, the likelihood that the young person will comply with a non-custodial sentence and alternatives to custody that have been used in respect of young persons for similar offences committed in similar circumstances. Both accused had previously plead guilty before the youth criminal justice court for a similar “group” assault. The facts of that case were not canvassed by either defence or Crown counsel. The success or failure of the sentence imposed in that earlier case was not explored by either counsel. As already indicated, no alternatives to custody were proposed by either counsel.

[5] Section 40 of the *YCJA* directs that a sentencing judge “shall” consider a pre-sentence report if it is “required under this Act”. A pre-sentence report is required in any case in which a custodial sentence is imposed (s. 39(6) of the *YCJA*). In the present case, a pro-forma pre-sentence report was filed with the youth justice court. However, a careful examination of the report demonstrates that very few of the requirements of a pre-sentence report contemplated by s. 40(2) of the *YCJA* were included. In the left hand column below are the requirements of a pre-sentence report referred to in s. 40(2). To the right, I have set out the manner, if any, in which those matters were dealt with in the “pre-sentence report”:

a) *the results of an interview with the young person and, if reasonably possible, the parents of the young person and, if appropriate and reasonably possible, members of the young person’s extended family;*

In the present case it is evident that interviews were held with each of C.P. and J.A. However, there is nothing to indicate that interviews were held with parents or the extended family of either youth. In cases where it is neither appropriate nor reasonably possible to conduct such interviews the pre-sentence report should clearly indicate the reasons for those conclusions.

b) *the results of an interview with the victim in the case, if applicable and reasonably possible;*

There is no evidence the author of the pre-sentence report interviewed the victim. Also, there is no indication why such an interview was not reasonably possible.

c) *the recommendations resulting from any conference referred to in section 41;*

The sentencing judge did not order any such conference which is his prerogative.

d) (i) *age, maturity, character, behaviour and attitude of the young person and his or her willingness to make amends,*

The pre-sentence report includes a reference to the “ages” of C.P. and J.A. However, there is no discussion about their maturity, character, behaviour and attitude, including any willingness to make amends.

(ii) *any plans put forward by the young person to change his or her conduct or to participate in activities or undertake measures to improve himself or herself,*

The pre-sentence report contains no reference to any plans put forward by the young persons in this case. Perhaps there were none. However, the report should indicate this matter was raised with the young person and his or her response.

(iii) *the history of previous findings of offences under the YCJA and predecessor legislation, history of community or other services rendered to the young person and response to previous sentences or dispositions,*

Other than the fact of previous findings of guilt by the youth justice court, there are no other details as contemplated by this paragraph.

(iv) *history of extra-judicial sanctions,*

It appears this paragraph is not applicable in the present case.

(v) *the availability and appropriateness of community services and facilities for young persons and the willingness of the young person to avail himself or herself of those services or facilities,*

The pre-sentence report is wholly lacking regarding any discussion of these issues. If services and facilities are unavailable then that should be stated. If they are available and the young person is unwilling to avail himself of those services or facilities then the sentencing judge should be so informed.

(vi) *the relationship between the young person and his or her parents and extended family and the degree of control and influence of those parties upon the young person,*

This topic appears not to have been addressed in either pre-sentence report.

(vii) *the school attendance and performance record and the employment record of the young person.*

These were touched upon in each pre-sentence report. However, school performance records were not made available, nor did the pre-sentence report of either young person provide any detail about his employment record.

[6] Section 38(2)(d) of the *YCJA*, like s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, requires the court pay particular attention to the circumstances of aboriginal young people. While it is evident the trial judge knew he was dealing with aboriginal young people, there is no evidence he was provided any guidance from either the Crown or the defence regarding the circumstances of these particular aboriginal youths. Surprisingly, neither counsel even mentioned the Supreme Court of Canada decisions in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, [1999] S.C.J. No. 19 (QL) and *R. v. Wells*, [2000] 1 S.C.R. 207, [2000] S.C.J. No. 11 (QL), 2000 SCC 10, both of which are instructive when sentencing aboriginal offenders.

[7] In the case of C.P., the youth justice court judge imposed a sentence of 12 months consisting of eight months of open custody and four months of supervision. In the case of J.A., the judge imposed a sentence of 18 months consisting of 12 months of open custody and six months of supervision. I note that J.A. has a significantly longer youth justice record than does C.P.

II. Issues

A. *Admissibility of fresh evidence*

[8] At the outset of the hearing of this appeal the Court considered a motion for leave to admit fresh evidence pursuant to s. 683(1)(d) of the *Criminal Code*. Both

appellants sought to admit fresh evidence about crime statistics on the Elsipogtog First Nation. In addition, C.P. sought to admit affidavit evidence from Mr. F.P. His affidavit refers to C.P.'s public school records and scholastic results while at the Elsipogtog Learning Centre, a training centre for at-risk students. Mr. F.P.'s affidavit is silent about whether anyone contacted him regarding information to be incorporated into a pre-sentence report. Ms. B.A.'s affidavit provides scholastic and medical information regarding J.A., including a diagnosis from the Eastern Door Diagnostic Centre that J.A. suffers from fetal alcohol spectrum disorder. Ms. B.A. deposes that she was not contacted by anyone for purposes of providing information about J.A. to be incorporated into a pre-sentence report.

[9] The Crown consented to the admissibility of all the fresh evidence proposed by the defence.

B. *Grounds of appeal*

[10] While several grounds of appeal were raised by each of the appellants, there are only two which need be considered in these reasons, the latter being determinative of this appeal:

1. the trial judge erred in concluding that C.P. and J.A. met the requirements for the imposition of a custodial sentence pursuant to s. 39(1) of the *YCJA*.
2. the trial judge erred in failing to take into consideration, in the course of passing sentence, the requirements of the *YCJA* in relation to a) contents of the pre-sentence report (s. 40); and b) the circumstances of aboriginal young persons (s. 38(2)(d)).

[11] The appellants request they be granted leave to appeal, their appeal be allowed and their sentences be reduced from one of incarceration to a deferred sentence with a period of probation. The Crown agrees that the sentence is excessive but says the

sentencing judge correctly concluded that some period of incarceration is necessary. The Crown now recommends a custodial sentence of four months followed by two months of supervision for each appellant.

III. Analysis

A. *Admission of fresh evidence*

[12] The principles upon which fresh evidence may be admitted are set out in *Palmer v. The Queen* (1979), [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL), and were recently reiterated by this Court in *Walsh, Re* (2008), 335 N.B.R. (2d) 1, [2008] N.B.J. No. 370 (QL), 2008 NBCA 33:

- a. The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see, *McMartin v. The Queen* [1964] S.C.R. 484, [1964] S.C.J. No. 28 (QL);
- b. The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial [in this case, in the sentencing hearing];
- c. The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief; and
- d. It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. [para. 42]

[13] In *Walsh*, the Crown joined in the application for the admission of the fresh evidence and conceded that Mr. Walsh had suffered a miscarriage of justice, was wrongfully convicted and that the conviction ought to be quashed. As a result, this Court admitted the fresh evidence without assessing the admissibility of each piece of evidence against the four relevant criteria. Although the Crown does not join in the application for the admission of fresh evidence in this case, the result is the same. The Crown consents to

the application in whole, admits that the appeal should be allowed and, as was the case in *Walsh*, differs only on the issue of the appropriate remedy. In the circumstances, and following the approach taken by this Court in *Walsh*, I see little merit in assessing each piece of fresh evidence against the four part test set out in *Palmer*. I would add, however, that even with the consent of the Crown, before admitting the proffered evidence this Court must conclude it is otherwise admissible as being relevant and reliable. I am satisfied as to both of those requirements. Therefore, with the consent of the Crown, I would admit the fresh evidence.

B. *Were the requirements for the imposition of a custodial sentence pursuant to s. 39(1) met in this case?*

[14] The appellants argue that the youth justice court judge had no jurisdiction to impose a custodial sentence since none of the pre-conditions set out in s. 39(1) of the *YCJA* were met. With respect, I disagree. Section 39(1) contains four paragraphs, all of which are to be read disjunctively. If the requirements of any one of those paragraphs are met the sentencing judge has jurisdiction to impose a custodial sentence. Section 39(1)(a) provides:

39. (1) A youth justice court shall not commit a young person to custody under section 42 (youth sentences) unless

(a) the young person has committed a violent offence;

39. (1) Le tribunal pour adolescents n'impose une peine comportant le placement sous garde en application de l'article 42 (peines spécifiques) que si, selon le cas :

a) l'adolescent a commis une infraction avec violence;

[15] Unlike “serious violent offence”, no definition of “violent offence” is found in the *YCJA*. *Black's Law Dictionary*, 8th ed., defines “violent” in the following terms:

1. Of, relating to, or characterized by strong physical force <violent blows to the legs>. 2. Resulting from extreme or

intense force <violent death>. 3. Vehemently or passionately threatening <violent words>.

[16] The *Oxford English Dictionary* defines “violent”, in part, as follows: “4. Of actions: a. characterized by the doing of harm or injury”.

[17] In *R. v. L.R.P.* (2004), 290 N.B.R. (2d) 345, [2004] N.B.J. No. 544 (QL), 2004 NBCA 76, Chief Justice Drapeau made the following *obiter* comments regarding “violent offences” under the *YCJA*:

The expression "violent offence" has attracted interpretations by appellate courts that diverge in important respects (see *R. v. J.J.C.* (2003), 230 Nfld. & P.E.I.R. 267 (S.C.A.D.), *R. v. T.M.D.* (2003), 220 N.S.R. (2d) 109 (C.A.), and *R. v. C.D.* (2004), 346 A.R. 289 (C.A.), leave to appeal allowed [2004] S.C.C.A. No. 187 [(QL)]). I note parenthetically that none of these decisions focuses on the French version of s. 39(1)(a), which describes the situation to which it refers as one where "l'adolescent a commis une infraction avec violence". A literal translation of the quoted phrase would read "the adolescent has committed an offence with violence" and arguably sheds some light on the reach of s. 39(1)(a). [para. 2]

[18] As Chief Justice Drapeau indicated, *R. v. C.D.* was then on its way to the Supreme Court of Canada. That appeal has since been decided and is now reported as *R. v. C.D.*; *R. v. C.D.K.*, [2005] 3 S.C.R. 668, [2005] S.C.J. No. 79 (QL), 2005 SCC 78. In that case, the Court conducted a lengthy and detailed analysis of the meaning of “violent offence” for the purposes of the *YCJA*. Bastarache J., writing for the majority, concluded that: “for [the] purposes of s. 39(1)(a) of the *YCJA*, the term "violent offence" must be defined as an offence in the commission of which a young person causes, attempts to cause or threatens to cause bodily harm” (para. 87). The Court also concluded that “bodily harm”, by virtue of s. 2(2) of the *YCJA*, has the same definition as found in s. 2 of the *Criminal Code* (para. 20), *viz.* “any hurt or injury to a person that interferes with the health or comfort of the person and that is more than merely transient or trifling in nature.”

[19] As has already been mentioned, both accused plead guilty to indictable assault. The police found the victim lying on the ground. He suffered facial injuries. He was hospitalized. The offence was the result of several people ganging up on an individual for no apparent reason. I am satisfied the crime was a violent one as contemplated by the *YCJA* and, therefore, one for which the youth justice court could impose a custodial sentence. I would dismiss the first ground of appeal.

D. *Failing to take into consideration the requirements of the YCJA*

[20] The law is clear that sentencing judges are owed deference by appellate courts absent an error of law, an error of principle or unless the sentence imposed is clearly unreasonable: *R. v. L.R.P.*, para. 24, and cases cited therein; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, [1995] S.C.J. No. 52 (QL); *R. v. M.(C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, [1996] S.C.J. No. 28 (QL); *R. v. McDonnell* [1997] 1 S.C.R. 948, [1997] S.C.J. No. 42 (QL); *R. v. R.K.J.* (1998), 207 N.B.R. (2d) 24 (C.A.), [1998] N.B.J. No. 483 (QL); *R. v. LeBlanc (G.A.)* (2003), 264 N.B.R. (2d) 341, [2003] N.B.J. No. 398 (QL), 2003 NBCA 75, para 15; *R. v. Hawkins (R.K.)* (2008), 331 N.B.R. (2d) 129, [2008] N.B.J. No. 190 (QL), 2008 NBCA 40, para. 6; and *R. v. Nash (A.W.)* (2009), 340 N.B.R. (2d) 320, [2009] N.B.J. No. 17 (QL), 2009 NBCA 7. With respect, several errors of law and principle are apparent in the present case.

[21] First, as already noted, all available sanctions other than custody that are reasonable in the circumstances must be considered for all young persons (s. 38(2)(d)). In the present case, in the absence of any representations by counsel, one cannot know whether all reasonable and available sanctions were considered by the sentencing judge. Second, by operation of s. 39(6) and s. 40(1) of the *YCJA* a youth justice court is required to consider a pre-sentence report before imposing a custodial sentence. Unfortunately, a sentencing judge cannot rely upon the title of a document to conclude it is what it claims to be. The Court must satisfy itself that a document purporting to be a pre-sentence report pursuant to the *YCJA* is just that: a report which meets the requirements of that *Act*. In the present case I have set out above the ways in which the “pre-sentence report”

considered by the sentencing judge failed to respect those requirements. In my view, the judge erred in law by imposing a custodial sentence in circumstances where the information required in a pre-sentence report was not before him. Third, the sentencing judge is required to give particular attention to the circumstances of aboriginal young people (s. 38(2)(d)). There is nothing in the submissions of counsel, the “pre-sentence report” or the sentencing decision to indicate the judge gave particular attention to the circumstances of these aboriginal appellants. That failure constitutes an error in principle.

[22] Having concluded the sentencing judge erred in law and principle in passing sentence upon C.P. and J.A. and, having admitted fresh evidence on this appeal, this Court may now either dismiss the appeal or vary the sentence to one it considers fit (s. 687(1) *Criminal Code*). It is my view the fresh evidence accomplishes two things which are essential to a determination of a fit sentence for each appellant: (1) It remedies the defects that are apparent in the “pre-sentence report”; and (2) It permits this Court to consider the circumstances of these particular aboriginal offenders.

IV. The Appropriate Sentence

[23] In passing sentence this Court must consider the Policy for Canada with respect to young persons found in s. 3 of the *YCJA*, the Purposes and Principles of sentencing found in s. 38 and, where a custodial sentence is being considered, the provisions of s. 39, which require a pre-sentence report (s. 40).

[24] The “pre-sentence report” filed with the youth court judge, as supplemented by the fresh evidence, demonstrates that both C.P. and J.A., while facing several challenges in life, have benefited from community programs and structures to assist them. For example, C.P.’s biological parents abandoned him at a young age. He has, however, been adopted and cared for by concerned and loving parents within his community. He has benefited from enhanced educational programs to assist him in meeting his learning needs. J.A. suffers from fetal alcohol spectrum disorder. While this is definitely a hardship for him, and a serious circumstance to be considered in

sentencing, he has benefited from early diagnosis and treatment within his community. Both young people have benefited in the past from the services of youth workers and probation services delivered within their community.

[25] In those circumstances where denunciation and deterrence are primary considerations, such as in the case of violent crimes, there is authority to limit the application of *Gladue: R. v. Francis (J.)* (2001), 240 N.B.R. (2d) 159, [2001] N.B.J. No. 286 (QL), 2001 NBCA 81. (This trend in appellate case law is well-documented, although sometimes criticized: see generally, Kent Roach, “*One Step Forward, Two Steps Back: Gladue at Ten and in the Courts of Appeal*” (2009) 54 Crim. L.Q. 470). I would, however, reject any limitation of *Gladue* in relation to sentencing pursuant to the *YCJA*. In sentencing young people, the primary consideration is rehabilitation while providing ‘meaningful consequences’ for the harm done. The Supreme Court has specifically rejected general deterrence as a sentencing objective under the *YCJA: R. v. B.W.P.; R. v. B.V.N.*, [2006] 1 S.C.R. 941, [2006] S.C.J. No. 27 (QL), 2006 SCC 27.

[26] In sentencing these two young people the Court must craft a response, appropriate for aboriginal persons, within a legislative and jurisprudential system that is largely of European origin. Unfortunately, counsel did not provide the Court with any submissions regarding modern-day aboriginal responses to violent crime committed by young people. Traditional aboriginal forms of societal control include, but are not limited to, peacemaking, sentencing circles, talking circles, restitution, the direct involvement of the community, the input of elders and banning from the community for a period of time. One or more of these aboriginal justice initiatives must, in my view, form part of the sentence to be imposed upon each of the appellants in this case. Any sentence imposed must also reflect society’s response to the serious crimes committed by each of the appellants.

[27] Counsel was unable to provide this Court with any sentencing cases involving similarly situated young people charged with the same crime. However, two somewhat unrelated cases provide some guidance. The first involves an aboriginal adult

offender convicted of assault causing bodily harm and the second involves two non-aboriginal young people who participated in a sexual assault. In *R. v. Ward*, [2009] N.B.J. No. 192 (QL), 2009 NBQB 168, the accused aboriginal person participated with others in a motiveless beating of another aboriginal person at the Burnt Church First Nation. The injuries were significantly more serious than those in the present case. There the victim suffered a broken nose, a permanent five mm. depression of his right eye into the socket, broken bones around the eye and cheek which required surgery and a cut to his lip which required 12 – 14 stitches. Because Mr. Ward was an adult offender deterrence and denunciation were primary considerations in imposing a fit and proper sentence. In that case, the trial judge imposed a term of imprisonment of 12 months and made ancillary orders. I am mindful of s. 38(2)(a) which provides that the sentence of a young person must not result in a sentence that is greater than that imposed upon an adult convicted of the same offence in similar circumstances. The second case to which I would refer is that of *R. v. K.G.B and S.R.B.* (2005), 291 N.B.R. (2d) 327, [2005] N.B.J. No. 433 (QL), 2005 NBCA 96. In that case, 15 year old K.G.B. and 14 year old S.R.B. committed a sexual assault upon a 15 year old victim. Neither accused had any prior record. This Court imposed sentences of six months and four months of secure custody followed by three months and two months of supervision, respectively, upon each accused. In that case this Court concluded the principles of proportionality, accountability and meaningful consequences were inconsistent with the imposition of a non-custodial sentence. Although the accused in *K.G.B.* were younger than the appellants and had no prior involvement in the criminal justice system, I consider the offence for which they were sentenced much more serious than the one in the present case.

[28] In determining the appropriate sentence the Court is required, pursuant to s. 38(3) of the *YCJA* to take into account:

(a) the degree of participation by the young person in the commission of the offence;

a) du degré de participation de l'adolescent à l'infraction;

(b) the harm done to victims and whether it was intentional or

b) des dommages causés à la victime et du fait qu'ils ont été causés

reasonably foreseeable;	intentionnellement ou étaient raisonnablement prévisibles;
(c) any reparation made by the young person to the victim or the community;	c) de la réparation par l'adolescent des dommages causés à la victime ou à la collectivité;
(d) the time spent in detention by the young person as a result of the offence;	d) du temps passé en détention par suite de l'infraction;
(e) the previous findings of guilt of the young person; and	e) des déclarations de culpabilité antérieures de l'adolescent;
(f) any other aggravating and mitigating circumstances related to the young person or the offence that are relevant to the purpose and principles set out in this section.	f) des autres circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation de l'adolescent et pertinentes au titre des principes et objectif énoncés au présent article.

[29] C.P. and J.A. both participated equally in the offence. The harm done to the victim was clearly intentional and deliberate. His injuries were foreseeable. I am unaware of any reparations that have been made to the victim or the community. Neither C.P. nor J.A. spent any time in pre-charge custody. Each served a portion of his sentence from October 22, 2008 to November 26, 2008, prior to being released pending the determination of this appeal.

[30] J.A.'s youth justice record includes summary convictions for assault on a peace officer (s. 270(2)(b) of the *Criminal Code*), obstructing a peace officer in the execution of his or her duty (s. 129(a)), failing to appear (s. 145(2)(b)), breach of sentence, surcharge or disposition (*YCJA* s. 137), and the previously mentioned indictable assault (s. 266(a)). He also has two summary convictions under the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10.

[31] C.P.'s youth justice record includes the indictable assault currently under consideration and the previous indictable assault committed in concert with J.A. C.P.

committed the assault currently under consideration approximately two weeks prior to being sentenced for the first offence.

[32] Both appellants co-operated with authorities and both plead guilty. Both have expressed remorse for their actions. There are no mitigating or aggravating circumstances other than those already mentioned. I am satisfied the deficiencies of the pre-sentence report filed with the youth justice court judge have been corrected by the admission of the fresh evidence.

[33] I have considered whether a non-custodial sanction would be adequate to serve the purpose set out in s. 38(1) for each of C.P. and J.A. and have determined that it would not. C.P. has previously plead guilty to a similar offence and J.A. has had convictions entered for several similar offences. Both appellants have previously engaged in a similar offence, committed in their community, by them, acting together. Their willingness to gang up on innocent third parties requires meaningful consequences. Neither appellant has previously received a custodial sentence.

[34] The Crown seeks the same sentence for each appellant, namely, a period of four months' open custody followed by a period of supervision. Each appellant seeks the same sentence, namely, a period of probation.

[35] In the circumstances, I would sentence C.P. to a period of custody and supervision for a total of three months pursuant to s. 42(2)(n) of the *YCJA*. He will serve two months in open custody plus one month of supervision in the community, subject to conditions. Due to his much longer history before the youth justice court, and the failure of non-custodial sanctions in the past, I would sentence J.A. to a period of custody and supervision for a total of six months pursuant to s. 42(2)(n) of the *YCJA*. He will serve four months in open custody and two months under supervision in the community, subject to conditions. The following conditions apply to both C.P. and J.A. during their period of supervision:

- 1) keep the peace and be of good behaviour;
- 2) abstain completely from the consumption of alcohol and unlawful drugs;
- 3) enroll in an anger management course as directed by the youth worker;
- 4) not initiate any contact, direct or indirect with the victim;
- 5) report in writing to the Chief of the Elsigpogtog First Nation during the period of supervision with suggestions as to how the community can reduce the incidents of group attacks. In the written report, each of C.P. and J.A. are to offer to appear personally before the Band Council to apologize to the community for the harm done to the victim and the community. If the Chief accepts the offer, each of C.P. and J.A. shall attend before the Band Council, in the company of the youth worker, to deliver the apology.

[36] In the case of both C.P. and J.A. the custodial portion of the sentence is to be reduced by the time already served from October 22 to November 26, 2008.

LE JUGE BELL

I. Introduction et cadre législatif

[1] Les appels de C.P. (125-08-CA) et de J.A. (126-08-CA) interjetés à l'encontre des peines de placement sous garde infligées par un juge du tribunal pour adolescents le 22 octobre 2008 ont été entendus l'un à la suite de l'autre le 23 juin 2009. Étant donné que les faits et les questions découlent du même incident, la Cour estime qu'il est approprié de réunir les appels et de fournir des motifs communs dans une seule décision.

[2] C.P. et J.A. sont membres de la Première nation d'Elsipogtog. Aux premières heures du matin, le 8 septembre 2007, les appelants et au moins une autre personne se sont livrés à des voies de fait sur la personne de B.C., sur la réserve d'Elsipogtog. B.C., qui gisait sur le sol lorsque la police l'a découvert, a subi des blessures non permanentes au visage et à la tête et a été amené à l'hôpital où il a reçu son congé le même jour. Les appelants ont plaidé coupables à une accusation de voies de fait, infraction visée à l'al. 266a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et leur peine a été prononcée le 22 octobre 2008.

[3] Au cours du prononcé de la peine, le juge a tenté d'en apprendre davantage sur la situation de chacun des appelants. Ainsi, lorsqu'il a constaté que les parents ou les tuteurs des appelants n'étaient pas présents, le juge du procès a cherché à savoir où ils se trouvaient et les réponses qu'on lui a données étaient, à mons avis, loin d'être satisfaisantes. Lorsqu'il a demandé aux avocats des renseignements sur les lieux de garde appropriés pour héberger les deux adolescents, le juge qui a prononcé la peine a exprimé certaines réserves : [TRADUCTION] « J'aimerais que le délégué à la jeunesse soit présent pour qu'il nous donne son avis à ce propos. Y a-t-il toujours des places libres? » Le juge qui a prononcé la peine, après avoir fait remarquer qu'il se devait

d'examiner toutes les mesures de rechange raisonnables dont il disposait avant d'infliger une peine de placement sous garde, a demandé aux avocats de présenter des [TRADUCTION] « observations concernant les [mesures de rechange] qui ont été imposées à des adolescents pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ». Ni l'un ni l'autre des avocats ne lui a proposé de mesures de rechange; ils ont plutôt demandé l'infliction d'une peine de placement sous garde.

[4] Le paragraphe 39(3) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (la « Loi »), prévoit que, dans le cadre de son examen des mesures de rechange, le juge du tribunal pour adolescents tient compte des observations faites sur les mesures de rechange à sa disposition, sur le fait que l'adolescent se conformera vraisemblablement ou non à une peine ne comportant pas de placement sous garde et sur les mesures imposées à des adolescents pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables. Les deux accusés avait déjà plaidé coupables devant le tribunal pour adolescents pour une infraction de voies de fait semblables commise en groupe. Les faits de cette affaire n'ont été discutés ni par la défense ni par le ministère public. Le succès ou l'échec de la peine infligée dans cette affaire antérieure n'a pas été examiné par les avocats. Tel qu'il a déjà été mentionné, ni l'un ni l'autre des avocats n'a proposé de mesures de rechange.

[5] L'article 40 de la *Loi* prescrit que le juge qui prononce la peine « doit » prendre connaissance d'un rapport prédécisionnel dans les cas où « la présente loi l'[y] oblige ». Un rapport prédécisionnel est obligatoire dans les cas où le placement sous garde est imposé (par. 39(6) de la *Loi*). Dans la présente affaire, un rapport prédécisionnel *pro forma* a été déposé auprès du tribunal pour adolescents. Toutefois, un examen minutieux du rapport révèle qu'il comprend très peu des éléments d'information prévus au par. 40(2) de la *Loi*. Les éléments d'information mentionnés au par. 40(2), que doit comprendre un rapport prédécisionnel, sont présentés dans la colonne de gauche ci-dessous. Dans la colonne de droite, j'expose de quelle manière ces questions ont été traitées dans le « rapport prédécisionnel », le cas échéant.

a) *le résultat d'une entrevue avec l'adolescent et, autant que possible, celui d'une entrevue avec ses père et mère et, s'il y a lieu et autant que possible, celui d'une entrevue avec des membres de sa famille étendue;*

Dans la présente affaire, il est évident que des entrevues ont été réalisées avec C.P. et J.A. Toutefois, rien n'indique que des entrevues ont eu lieu avec leur père et mère ou avec des membres de leur famille étendue. Dans les cas où il n'est ni approprié ni raisonnablement possible de mener ces entrevues, le rapport prédécisionnel doit indiquer clairement les motifs de ces conclusions.

b) *s'il y a lieu et autant que possible, le résultat d'une entrevue avec la victime;*

Rien n'indique dans la preuve présentée que l'auteur du rapport prédécisionnel a interrogé la victime. De plus, il n'est fait état d'aucun motif expliquant pourquoi cette entrevue n'était pas raisonnablement possible.

c) *le cas échéant, les recommandations faites par un groupe consultatif mentionné à l'article 41;*

Le juge qui a prononcé la peine n'a pas ordonné qu'un groupe consultatif soit constitué, bien qu'il ait le choix de le faire.

d) (i) *l'âge, le degré de maturité, le caractère et le comportement de l'adolescent et son désir de réparer les dommages causés,*

Le rapport prédécisionnel fait mention de l'« âge » de C.P. et de J.A. Par ailleurs, il ne décrit pas le degré de maturité, le caractère et le comportement des adolescents, notamment leur désir de réparer les dommages causés.

(ii) *les projets de l'adolescent en vue de modifier sa conduite, de participer à des activités ou de prendre des dispositions en vue de s'amender,*

Le rapport prédécisionnel ne fait aucunement état des projets des adolescents en l'espèce. Peut-être n'y en avait-il pas. Toutefois, le rapport devrait mentionner que cette question leur a été posée et préciser leur réponse.

(iii) *[...] les antécédents de l'adolescent en ce qui concerne les déclarations de culpabilité [...] pour des infractions [prévues par la Loi et par des lois précédentes], les services rendus à l'adolescent notamment par la collectivité [...], et les effets produits sur l'adolescent par les*

Outre le fait qu'ils ont déjà été condamnés par le tribunal pour adolescents, le rapport ne fait état d'aucun autre renseignement prévu dans cette disposition.

peines ou décisions prononcées à son égard [...],

(iv) *[...] les antécédents de l'adolescent en ce qui concerne [...] les sanctions extrajudiciaires qui lui ont été appliquées,*

(v) *l'existence de services communautaires et d'installations adaptés aux adolescents, et le désir de l'adolescent de profiter de ces services et installations,*

(vi) *les rapports entre l'adolescent et ses père et mère [...] et les membres de sa famille étendue ainsi que le degré de surveillance et d'influence qu'ils peuvent exercer sur lui,*

(vii) *l'assiduité et les résultats scolaires de l'adolescent, ainsi que ses antécédents professionnels[.]*

Il semble que cette disposition ne soit pas applicable en l'espèce.

Le rapport prédécisionnel ne traite aucunement de ces questions. S'il n'existe aucun service ni aucune installation, il faut alors le mentionner dans le rapport. Si ces services ou installations existent et si l'adolescent ne veut pas en profiter, il faut en informer le juge qui prononce la peine.

Ce sujet ne semble pas avoir été traité dans le rapport prédécisionnel de l'un ou l'autre adolescent.

Ces éléments ont été abordés dans chacun des rapports prédécisionnels. Toutefois, les résultats scolaires n'ont pas été fournis et le rapport prédécisionnel visant chacun des adolescents ne donne aucune précision sur les antécédents professionnels.

[6] L'alinéa 38(2)d) de la *Loi*, de la même manière que l'al. 718.2e) du *Code criminel*, exige que le tribunal prête une attention particulière à la situation des adolescents autochtones. Même s'il est évident que le juge du procès savait que sa décision visait des adolescents autochtones, rien n'indique dans la preuve que le ministère public ou la défense lui ait donné des indications concernant la situation de ces adolescents autochtones en particulier. Il est surprenant de constater que ni l'un ni l'autre des avocats n'a fait référence aux décisions de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, [1999] A.C.S. n° 19 (QL), et dans *R. c. Wells*, [2000] 1

R.C.S. 207, [2000] A.C.S. n° 11 (QL), 2000 CSC 10, qui, toutes les deux, nous renseignent abondamment sur la détermination de la peine à l'égard des adolescents autochtones.

[7] Dans le cas de C.P., le juge du tribunal pour adolescents lui a infligé une peine de 12 mois qui consistait en huit mois de garde en milieu ouvert et quatre mois de surveillance. Dans le cas de J.A., le juge lui a infligé une peine de 18 mois qui consistait en douze mois de garde en milieu ouvert et six mois de surveillance. Je constate que J.A. a beaucoup plus d'antécédents en matière de justice pénale pour adolescents que C.P.

II. Questions

A. *Admissibilité d'une nouvelle preuve*

[8] Au début de l'audience, la Cour a examiné une motion en autorisation de présenter une nouvelle preuve, en vertu de l'al. 683(1)d) du *Code criminel*. Les deux appelants cherchaient à faire admettre une nouvelle preuve concernant la statistique criminelle au sein de la Première nation d'Elsipogtog. De plus, C.P. cherchait à faire admettre une preuve par affidavit de F.P. Cet affidavit porte sur les dossiers de C.P. à l'école publique et sur ses résultats scolaires au Elsipogtog Learning Centre, un centre de formation pour élèves à risque. F.P. ne dit pas dans son affidavit si quelqu'un a communiqué avec lui pour préciser les renseignements que devait contenir un rapport prédécisionnel. L'affidavit de B.A. fournit des données scolaires et médicales sur J.A., notamment le diagnostic du Eastern Door Diagnostic Centre suivant lequel J.A. souffrirait d'un ensemble de troubles causés par l'alcoolisation foetale. B.A. déclare que personne n'a communiqué avec elle pour préciser les renseignements concernant J.A. à inclure dans le rapport prédécisionnel.

[9] Le ministère public a consenti à ce que toute la nouvelle preuve proposée par la défense soit admise.

B. *Moyens d'appel*

[10] Plusieurs moyens d'appel ont été soulevés par chacun des appelants, mais seulement deux d'entre eux doivent être examinés dans les présents motifs, ces derniers étant déterminants dans le présent appel. Ils se résument ainsi :

1. Le juge du procès a fait erreur en concluant que les conditions étaient réunies à l'égard de C.P. et de J.A. pour qu'une peine comportant un placement sous garde leur soit infligée en vertu du par. 39(1) de la *Loi*.
2. Le juge du procès a fait erreur en ne prenant pas en compte, au cours du prononcé de la peine, les exigences de la *Loi* concernant : a) le contenu du rapport prédécisionnel (art. 40); b) la situation des adolescents autochtones (al. 38(2)d).

[11] Les appelants demandent qu'on leur accorde la permission d'interjeter appel, que leur appel soit accueilli et que leur peine de placement sous garde soit réduite à une condamnation avec sursis assortie d'une période de probation. Le ministère public convient que la peine est excessive, mais il dit que c'est à bon droit que le juge qui a prononcé la peine a conclu que cette période de placement sous garde était nécessaire. Le ministère public recommande maintenant, à l'égard de chacun des appelants, un placement sous garde de quatre mois suivi d'une période de surveillance de deux mois.

III. Analyse

A. *Admission d'une nouvelle preuve*

[12] Les principes qui sous-tendent l'admission d'une nouvelle preuve sont exposés dans l'arrêt *Palmer c. La Reine* (1979), [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL), et ont d'ailleurs été réitérés par notre Cour dans *Walsh, Re* (2008), 335 R.N.-B. (2^e) 1, [2008] A.N.-B. n° 370 (QL), 2008 NBCA 33. Voici ces principes :

- a. On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles : voir *McMartin c. La Reine* [1964] R.C.S. 484, [1964] A.C.S. n° 28(QL).
- b. La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès [en l'espèce, quant à l'audience de détermination de la peine].
- c. La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi.
- d. Elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [par. 42]

[13] Dans *Walsh*, le ministère public est devenu partie à la motion en vue de l'admission de nouvelles preuves et a reconnu que M. Walsh avait été victime d'une erreur judiciaire, qu'il avait été condamné à tort et qu'il y avait lieu d'annuler la déclaration de culpabilité. Dès lors, la Cour a admis la nouvelle preuve sans apprécier l'admissibilité de chaque élément de preuve en tenant compte des quatre critères pertinents. Même si le ministère public n'est pas partie à la motion présentée en vue de l'admission d'une nouvelle preuve en l'espèce, le résultat est le même. Le ministère public appuie la motion dans son intégralité, il reconnaît que l'appel devrait être accueilli et, comme ce fut le cas dans *Walsh*, il se dit en désaccord seulement sur la question de la réparation appropriée. Dans ces circonstances, et appliquant la démarche adoptée par la Cour dans *Walsh*, je me rends compte qu'il n'y a pas vraiment lieu d'apprécier chacun des éléments de la nouvelle preuve à la lumière du critère en quatre volets exposé dans l'arrêt *Palmer*. J'ajouterais toutefois que, même avec le consentement du ministère public, avant d'admettre la preuve produite, notre Cour doit conclure qu'elle est par ailleurs admissible à titre de preuve pertinente et de preuve fiable. Je suis convaincu

qu'elle répond à ces deux exigences. Par conséquent, avec le consentement du ministère public, j'admettrais la nouvelle preuve.

B. *Les conditions relatives à l'infliction d'une peine comportant un placement sous garde en application du par. 39(1) sont-elles réunies en l'espèce?*

[14] Les appelants allèguent que le juge du tribunal pour adolescents n'avait pas compétence pour infliger un placement sous garde puisque aucune des conditions préalables énoncées au par. 39(1) de la *Loi* n'existe. En toute déférence, je ne souscris pas à cet argument. Le paragraphe 39(1) comporte quatre alinéas qui s'interprètent tous de façon disjonctive. Si les conditions précisées à l'un de ces alinéas, peu importe lequel, sont réunies, le juge qui prononce la peine a compétence pour infliger une peine comportant le placement sous garde. L'alinéa 39(1)a) est rédigé comme suit :

39. (1) A youth justice court shall not commit a young person to custody under section 42 (youth sentences) unless

(a) the young person has committed a violent offence;

39. (1) Le tribunal pour adolescents n'impose une peine comportant le placement sous garde en application de l'article 42 (peines spécifiques) que si, selon le cas :

a) l'adolescent a commis une infraction avec violence[.]

[15] Contrairement à l'« infraction grave avec violence », l'« infraction avec violence » n'est pas définie dans la *Loi*. Le terme anglais « *violent* » est défini comme suit dans le *Black's Law Dictionary*, 8^e édition :

[TRADUCTION]

1. Qui est d'une force physique brutale, lié à pareille force ou caractérisé par celle-ci <coups violents aux jambes>.
2. Qui résulte d'une force extrême ou intense <mort violente>.
3. Qui constitue une menace véhémement animée par la passion <mots violents>.

[16] Le *Oxford English Dictionary* définit le terme anglais « *violent* » en partie comme suit : « 4. Qui résulte d'une action : a. caractérisée par le fait de causer un préjudice ou une blessure ».

[17] Dans *R. c. L.R.P.* (2004), 290 R.N.-B. (2^e) 345, [2004] A.N.-B. n^o 544 (QL), 2004 NBCA 76, le juge en chef Drapeau a fait la remarque incidente suivante concernant les « infractions avec violence » considérées sous le régime de la *Loi* :

[...] L'expression anglaise « *violent offence* » a fait l'objet, de la part des cours d'appel, d'interprétations qui divergent à certains égards importants (voir *R. c. J.J.C.* (2003), 230 Nfld. & P.E.I.R. 267 (C.S.Î.-P.-É., Div. d'appel), *R. c. T.M.D.* (2003), 220 N.S.R. (2d) 109 (C.A.), et *R. c. C.D.* (2004), 346 A.R. 289 (C.A.), autorisation de pourvoi accordée [2004] S.C.C.A. No. 187 [QL]. Je souligne, incidemment, qu'aucune de ces décisions ne s'arrête à la version française de l'alinéa 39(1)*a*), où la situation dont il est question est décrite comme une situation où « l'adolescent a commis une infraction avec violence ». Une traduction littérale de cette expression donnerait, en anglais, « *the adolescent has committed an offence with violence* », ce qui, peut-on penser, jette la lumière sur la portée de l'alinéa 39(1)*a*). [par. 2]

[18] Comme le juge en chef Drapeau l'a mentionné, la décision *R. c. C.D.* faisait alors l'objet d'un pourvoi à la Cour suprême du Canada. L'appel a depuis été tranché et la décision est répertoriée sous l'intitulé *R. c. C.D.; R. c. C.D.K.*, [2005] 3 R.C.S. 668, [2005] A.C.S. n^o 79 (QL), 2005 CSC 78. Dans cette affaire, la Cour a procédé à une analyse longue et détaillée du sens de l'expression « infraction avec violence » dans le cadre de la *Loi*. Le juge Bastarache, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu que « pour l'application de l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*, le terme « infraction avec violence » doit s'entendre de toute infraction commise par un adolescent et au cours de la perpétration de laquelle celui-ci cause des lésions corporelles ou bien tente ou menace d'en causer » (par. 87). La Cour suprême du Canada a également conclu que l'expression « lésion corporelle », conformément au par. 2(2) de la *Loi*, a le même sens que la définition donnée à l'art. 2 du *Code criminel* (par. 20), à savoir une

« [b]lessure qui nuit à la santé ou au bien-être d'une personne et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance ».

[19] Tel qu'il a déjà été mentionné, les deux accusés ont plaidé coupables à une accusation de voies de fait. La police a trouvé la victime gisant sur le sol. L'homme avait des blessures au visage et a dû être hospitalisé. L'infraction résulte du fait que plusieurs personnes ont décidé de se liguer contre une personne pour aucune raison apparente. Je suis d'avis que le crime était violent au sens où l'entend la *Loi* et, par conséquent, qu'il s'agissait d'un crime pour lequel le tribunal pour adolescents pouvait infliger une peine comportant le placement sous garde. Je rejetterais le premier moyen d'appel.

D. *Défaut de prendre en compte les exigences de la Loi*

[20] La jurisprudence établit clairement que, en l'absence d'une erreur de droit ou d'une erreur de principe ou à moins que la peine infligée ne soit clairement déraisonnable, les cours d'appel doivent faire preuve de retenue à l'égard des décisions rendues par les juges qui prononcent les peines : *R. c. L.R.P.*, par. 24, et les décisions qui y sont citées; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, [1995] A.C.S. n° 52 (QL); *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, [1996] A.C.S. n° 28 (QL); *R. c. McDonnell* [1997] 1 R.C.S. 948, [1997] A.C.S. n° 42 (QL); *R. c. R.K.J.* (1998), 207 R.N.-B. (2^e) 24 (C.A.), [1998] A.N.-B. n° 483 (QL); *R. c. LeBlanc (G.A.)* (2003), 264 R.N.-B. (2^e) 341, [2003] A.N.-B. n° 398 (QL), 2003 NBCA 75, par. 15; *R. c. Hawkins (R.K.)* (2008), 331 R.N.-B. (2^e) 129, [2008] A.N.-B. n° 190 (QL), 2008 NBCA 40, par. 6; *R. c. Nash (A.W.)* (2009), 340 R.N.-B. (2^e) 320, [2009] A.N.-B. n° 17 (QL), 2009 NBCA 7. En toute déférence, plusieurs erreurs de droit et de principe sont manifestes en l'espèce.

[21] Premièrement, dans le cas de tous les adolescents, tel qu'il a déjà été mentionné, toutes les sanctions applicables qui ne comportent pas de placement sous garde et qui sont justifiées dans les circonstances doivent être considérées (al. 38(2)d)). En l'espèce, sans la présentation d'observations par les avocats, il est impossible de savoir si le juge qui a prononcé la peine a examiné toutes les sanctions applicables et

justifiées. Deuxièmement, par application des par. 39(6) et 40(1) de la *Loi*, le tribunal pour adolescents doit prendre connaissance du rapport prédécisionnel avant d'infliger une peine comportant le placement sous garde. Malheureusement, le juge qui prononce la peine ne peut s'appuyer sur le titre d'un document pour conclure qu'il est ce qu'il dit être. La Cour doit s'assurer qu'un document qui est censé être un rapport prédécisionnel rédigé conformément à la *Loi* en est bel et bien un, c'est-à-dire un rapport qui satisfait aux exigences de la *Loi*. Dans la présente affaire, j'ai exposé précédemment en quoi le « rapport prédécisionnel » examiné par le juge qui a prononcé la peine ne remplissait pas ces exigences. À mon avis, le juge a commis une erreur de droit en infligeant le placement sous garde dans des circonstances où il n'avait pas à sa disposition les éléments d'information devant figurer dans un rapport prédécisionnel. Troisièmement, le juge qui prononce la peine doit prêter une attention particulière à la situation des adolescents autochtones (al. 38(2)d)). Rien n'indique dans les observations des avocats, dans le « rapport prédécisionnel » ou dans le prononcé de la sentence que le juge a prêté une attention particulière à la situation de ces appelants autochtones. Cette omission constitue une erreur de principe.

[22] Après avoir conclu que le juge qui a prononcé la peine a commis une erreur de droit et de principe dans le prononcé de la sentence à l'égard de C.P. et de J.A. et après avoir admis une nouvelle preuve dans le présent appel, notre Cour peut maintenant décider de rejeter l'appel ou de modifier la sentence en prononçant la peine qu'elle juge appropriée (par. 687(1) du *Code criminel*). Je suis d'avis que la nouvelle preuve permet d'atteindre deux objectifs essentiels à la détermination d'une juste peine à l'égard de chacun des appelants : (1) elle remédie aux vices apparents du rapport prédécisionnel; (2) elle permet à la Cour d'examiner la situation particulière de ces délinquants autochtones.

IV. La peine appropriée

[23] Dans le prononcé de la sentence, notre Cour doit s'en remettre à la politique canadienne à l'égard des adolescents qui est énoncée à l'art. 3 de la *Loi*, à

l'objectif et aux principes de détermination de la peine prévus à l'art. 38 et, dans le cas où un placement sous garde est envisagé, aux dispositions de l'art. 39, qui exigent un rapport prédécisionnel (art. 40).

[24] Le « rapport prédécisionnel » déposé auprès du tribunal pour adolescents, complété par la nouvelle preuve, démontre que C.P. et J.A., qui font face à plusieurs difficultés dans leur vie, ont bénéficié des programmes et des structures communautaires mis en place pour leur venir en aide. Par exemple, les père et mère naturels de C.P. l'ont abandonné en bas âge. Il a toutefois été adopté et soigné par des parents responsables et affectueux au sein de sa collectivité. Il a bénéficié de programmes éducatifs enrichis qui l'ont aidé à satisfaire ses besoins d'apprentissage. J.A. souffre de troubles causés par l'alcoolisation foetale. Son état lui cause assurément de graves difficultés et constitue une circonstance préoccupante dont il faut tenir compte dans la détermination de la peine, mais il a été diagnostiqué très tôt et il a pu être traité au sein de sa collectivité. Par le passé, ces deux adolescents ont bénéficié des services de délégués à la jeunesse et des services de probation offerts au sein de leur collectivité.

[25] Dans des circonstances où la dénonciation et la dissuasion sont des aspects essentiels à prendre en considération, notamment dans le cas d'un crime violent, l'application de l'arrêt *Gladue* peut être restreinte : *R. c. Francis (J.)* (2001), 240 R.N.-B. (2^e) 159, [2001] A.N.-B. n^o 286 (QL), 2001 NBCA 81. (Ce courant jurisprudentiel dans les décisions d'appel est bien documenté, même s'il est parfois décrié : voir l'article de Kent Roach intitulé *One Step Forward, Two Steps Back: Gladue at Ten and in the Courts of Appeal* (2009), 54 Crim. L.Q. 470). Je ne serais toutefois pas en faveur de restreindre l'application de l'arrêt *Gladue* dans la détermination de la peine sous le régime de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*. Dans la détermination de la peine applicable à des adolescents, la Cour doit viser d'abord la réadaptation tout en assurant la prise de mesures qui offrent aux adolescents des « perspectives positives ». La Cour suprême du Canada a précisément rejeté le principe de la dissuasion générale comme objectif de détermination de la peine sous le régime de

la *Loi* : *R. c. B.W.P.*; *R. c. B.V.N.*, [2006] 1 R.C.S. 941, [2006] A.C.S. n° 27 (QL), 2006 CSC 27.

[26] Pour établir la peine applicable à ces deux adolescents, la Cour doit formuler une réponse appropriée pour les adolescents autochtones dans un système législatif et jurisprudentiel d'origine européenne en grande partie. Malheureusement, les avocats n'ont pas présenté d'observations concernant la réaction autochtone contemporaine relativement à la perpétration d'un crime violent par des adolescents. Les formes autochtones traditionnelles de contrôle sociétal comprennent notamment le rétablissement de la paix, les cercles de détermination de la peine, les cercles de discussion, le dédommagement, l'engagement direct de la collectivité, la participation des aînés et l'exclusion de la collectivité pour une période de temps. Une ou plusieurs de ces initiatives en matière de justice applicable aux Autochtones doivent, à mon avis, faire partie de la peine qui sera prononcée contre chacun des appelants en l'espèce. La peine infligée doit également tenir compte de la réaction de la société concernant les actes criminels graves commis par chacun des appelants.

[27] Les avocats n'ont pas été en mesure de fournir à la Cour des prononcés de sentences visant des adolescents ayant commis le même crime dans des circonstances semblables. Toutefois, deux décisions n'ayant guère de rapport avec la présente affaire nous fournissent certaines indications. La première concerne un délinquant adulte autochtone déclaré coupable de voies de fait causant des lésions corporelles et la deuxième intéresse deux adolescents non autochtones ayant commis une agression sexuelle. Dans *R. c. Ward*, [2009] A.N.-B. n° 192 (QL), 2009 NBBR 168, l'accusé, un Autochtone, s'est livré sans raison, avec d'autres personnes, à des voies de fait sur un autre Autochtone faisant partie de la Première nation de Burnt Church. Les blessures causées étaient beaucoup plus graves que celles causées dans la présente affaire. La victime a eu le nez fracturé, une dépression permanente de cinq millimètres de l'oeil droit dans la cavité oculaire, les os du pourtour de l'oeil et de la joue fracturés, pour lesquels il a d'ailleurs fallu recourir à la chirurgie, et une coupure à la lèvre qui a nécessité 12 à 14 points de suture. Compte tenu du fait que M. Ward était un délinquant adulte, la

dénonciation et la dissuasion constituaient les principaux facteurs à prendre en considération dans l'infliction d'une peine juste et appropriée. Dans cette affaire, le juge du procès a infligé une peine d'emprisonnement de 12 mois et il a prononcé des ordonnances accessoires. Je garde à l'esprit l'al. 38(2)a) qui prévoit que la peine infligée à un adolescent ne doit en aucun cas aboutir à une peine plus sévère que celle infligée à un adulte condamné pour la même infraction commise dans des circonstances semblables. La deuxième affaire à laquelle je ferais référence est celle de *R. c. K.G.B. and S.R.B.* (2005), 291 R.N.-B. (2^e) 327, [2005] A.N.-B. n^o 433 (QL), 2005 NBCA 96. Dans cette affaire, K.G.B., âgé de 15 ans, et S.R.B., âgé de 14 ans, ont agressé sexuellement une victime âgé de 15 ans. Ni l'un ni l'autre des accusés n'avaient d'antécédents. Notre Cour a infligé à chacun des accusés des peines comportant le placement sous garde en milieu fermé d'une durée de six mois et de quatre mois, respectivement, suivies de périodes de surveillance de trois mois et de deux mois, respectivement. Dans cette affaire, la Cour a conclu que les principes de la proportionnalité, de la responsabilité et de l'obligation de prendre des mesures offrant des perspectives positives n'étaient pas compatibles avec l'infliction d'une peine ne comportant pas de placement sous garde. Même si les accusés dans l'affaire *K.G.B.* étaient plus jeunes que les appelants et n'avaient jamais été pris en charge par le système de justice pénale auparavant, j'estime que l'infraction pour laquelle ils ont été condamnés était beaucoup plus grave que celle en l'espèce.

[28] Pour déterminer la peine appropriée, la Cour doit, conformément au par. 38(3) de la *Loi*, tenir compte :

(a) the degree of participation by the young person in the commission of the offence;

a) du degré de participation de l'adolescent à l'infraction;

(b) the harm done to victims and whether it was intentional or reasonably foreseeable;

b) des dommages causés à la victime et du fait qu'ils ont été causés intentionnellement ou étaient raisonnablement prévisibles;

(c) any reparation made by the young

c) de la réparation par l'adolescent des

person to the victim or the community;	dommages causés à la victime ou à la collectivité;
(d) the time spent in detention by the young person as a result of the offence;	d) du temps passé en détention par suite de l'infraction;
(e) the previous findings of guilt of the young person; and	e) des déclarations de culpabilité antérieures de l'adolescent;
(f) any other aggravating and mitigating circumstances related to the young person or the offence that are relevant to the purpose and principles set out in this section.	f) des autres circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation de l'adolescent et pertinentes au titre des principes et objectif énoncés au présent article.

[29] C.P. et J.A. ont participé de façon égale à la perpétration de l'infraction. Les dommages causés à la victime étaient clairement intentionnels et délibérés. Ses blessures étaient prévisibles. Je ne sais pas s'il y a eu réparation des dommages causés à la victime ou à la collectivité. Ni C.P. ni J.A. n'ont fait l'objet d'une détention préalable à l'inculpation. Les deux ont purgé une partie de leur peine du 22 octobre 2008 au 26 novembre 2008, avant d'être libérés dans l'attente de l'issue du présent appel.

[30] Les antécédents de J.A. sous le régime de justice pénale pour adolescents comprennent des déclarations de culpabilité par procédure sommaire pour voies de fait contre un agent de la paix (al. 270(2)b) du *Code criminel*), pour entrave dans l'exécution des fonctions d'un agent de la paix (al. 129a) du *Code criminel*), pour omission de comparaître (al. 145(2)b)) et pour défaut de se conformer à la peine ou à la décision ou d'acquitter la suramende (art. 137 de la *Loi*), ainsi que l'infraction de voies de fait punissable par voie de mise en accusation dont il a été question précédemment (al. 266a) du *Code criminel*). De plus, il a été déclaré coupable par procédure sommaire de deux infractions à la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-10.

[31] Les antécédents de C.P. sous le régime de justice pénale pour adolescents comprennent l'infraction de voies de fait punissable par voie de mise en accusation qui est actuellement examinée et une infraction antérieure de voies de fait, punissable par

voie de mise en accusation, qu'il a commise conjointement avec J.A. Fait à noter, C.P. a commis l'infraction de voies de fait actuellement examinée environ deux semaines avant d'être condamné pour la première infraction.

[32] Les appelants ont tous les deux coopéré avec les autorités et plaidé coupables. Ils ont tous les deux dit qu'ils regrettaient leurs gestes. À l'exception de celles déjà mentionnées, il n'y a aucune autre circonstance atténuante ou aggravante. Je suis convaincu que, avec l'admission de la nouvelle preuve, il a été remédié aux lacunes du rapport prédécisionnel déposé auprès du tribunal pour adolescents.

[33] Je me suis penché sur la question de savoir si une peine ne comportant pas de placement sous garde était suffisante pour atteindre l'objectif énoncé au par. 38(1), tant pour C.P. que pour J.A., et j'ai conclu qu'elle ne l'était pas. C.P. a déjà plaidé coupable à une infraction semblable et J.A. a déjà été condamné pour plusieurs infractions semblables. Les deux appelants ont été impliqués précédemment dans une infraction semblable qu'ils ont commise ensemble dans leur collectivité. Leur propension à se liguer contre des tiers innocents exige la prise de mesures leur offrant des perspectives positives. Ni l'un ni l'autre des appelants n'a déjà fait l'objet d'une peine comportant le placement sous garde.

[34] Le ministère public demande la même peine pour chacun des appelants, à savoir une période de garde de quatre mois en milieu ouvert suivie d'une période de surveillance. Les appelants demandent chacun la même peine, à savoir une période de probation.

[35] Eu égard aux circonstances, je condamnerais C.P. à une période de garde et de surveillance d'une durée totale de trois mois, conformément à l'al. 42(2)n) de la *Loi*. Il purgera une peine de garde en milieu ouvert d'une durée de deux mois suivie d'une période de surveillance d'un mois au sein de la collectivité, sous réserve de certaines conditions. En raison de ses longs antécédents devant le tribunal pour adolescents et de son non-respect des peines ne comportant pas de placement sous garde dont il a fait

l'objet par le passé, je condamnerais J.A. à une période de garde et de surveillance d'une durée totale de six mois, conformément à l'al. 42(2)n) de la *Loi*. Il purgera une peine de garde en milieu ouvert d'une durée de quatre mois suivie d'une période de surveillance de deux mois au sein de la collectivité, sous réserve de certaines conditions. Les conditions suivantes s'appliqueront tant à C.P. qu'à J.A. durant la période de surveillance :

- 1) ne pas troubler l'ordre public et avoir une bonne conduite;
- 2) s'abstenir complètement de consommer de l'alcool et des drogues illicites;
- 3) suivre un cours pour apprendre à maîtriser sa colère, selon les instructions du délégué à la jeunesse;
- 4) ne pas tenter de communiquer directement ou indirectement avec la victime;
- 5) rédiger un rapport, destiné au chef de la Première nation d'Elsipogtog, durant la période de surveillance, en proposant des solutions que la collectivité peut envisager pour réduire les attaques collectives. Dans le rapport écrit, C.P. et J.A. doivent tous les deux offrir de comparaître en personne devant le conseil de bande pour demander pardon à la collectivité pour les dommages causés à la victime et à la collectivité. Si le chef accepte cette offre, C.P. et J.A. se présenteront individuellement devant le conseil de bande, accompagnés du délégué à la jeunesse, pour présenter leurs excuses.

[36] Dans les deux cas, la partie de la sentence qui comporte le placement sous garde doit être réduite du nombre de jours déjà purgés entre le 22 octobre et le 26 novembre 2008.