

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

11-09-CA

PHILIP JOSEPH DALTON PENNY

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Penny v. R., 2010 NBCA 49

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg

Appeal from decisions
of the Court of Queen's Bench:
May 23, 2008 and December 12, 2008

History of Case:

Decisions under appeal:

2008 NBQB 208
2008 NBQB 15

Preliminary or incidental proceedings:

N/A

Appeal heard:

January 20, 2010

Judgment rendered:

June 30, 2010

Reasons for judgment by:

The Honourable Justice Quigg

Concurred in by:

The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson

PHILIP JOSEPH DALTON PENNY

APPELANT

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

INTIMÉE

Penny c. R., 2010 NBCA 49

CORAM :

L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Quigg

Appel des décisions
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 23 mai 2008 et le 12 décembre 2008

Historique de la cause :

Décisions frappées d'appel :

2008 NBBR 208
2008 NBBR 15

Procédures préliminaires ou accessoires :

S.O.

Appel entendu :

Le 20 janvier 2010

Jugement rendu :

Le 30 juin 2010

Motifs de jugement :

L'honorable juge Quigg

Souscrivent aux motifs :

L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson

Counsel at hearing:

For the appellant:
Margaret Gallagher

For the respondent:
Jeffrey L. Mockler, Q.C.

THE COURT

The appeal is dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Margaret Gallagher

Pour l'intimée :
Jeffrey L. Mockler, c.r.

LA COUR

L'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] On May 23, 2008, a judge of the Court of Queen's Bench convicted the appellant of aggravated assault, under section 268(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. On December 12, 2008, the appellant was found to be a dangerous offender and sentenced to an indeterminate term of incarceration in a federal penitentiary. The appellant seeks to have his conviction overturned and a new trial. In the alternative, he appeals against the dangerous offender designation and the resulting indeterminate term of incarceration and he asks this Court to impose a fit sentence. The appellant submits that, in finding him to be a dangerous offender, the sentencing judge did not adequately consider the long term offender provisions of the *Criminal Code*. For the reasons that follow, I am of the view that the appeal should be dismissed. I find no error in the decision of the judge in convicting the appellant, nor any error of law or mixed fact and law in the determination of the sentence. The dangerous offender designation can be reasonably supported by the evidence adduced at the sentencing hearing.

II. Background

[2] Since the appellant states in his written submission that he does not take issue with the facts as generally set out in the trial judgment, I will borrow liberally from its text, as well as the report prepared by Dr. P.S. Theriault (M.D., F.R.C.P.C.), the forensic psychiatrist who conducted the assessment of the appellant, pursuant to an assessment order issued by the trial judge (see s. 752.1(1) of the *Criminal Code*). The report is dated September 1, 2008.

[3] The appellant was 36 years of age at the time of sentencing. He was given up for adoption as an infant due to a medical illness suffered by his biological mother,

and, in 1972 was adopted into a home where he resided for approximately ten years. Upon entering the school system in 1978 the appellant exhibited bizarre and disruptive behaviour. He would eat his own lunch on the way to school and in the morning and then steal lunches from the other students. The appellant had compulsive eating behaviors, such as regurgitation. He was constantly disruptive in the classroom and fought with other students. The appellant began stealing, lying and was, at times, noted as being aggressive then quiet and withdrawn at others. He was resentful of authority and destructive of his clothing and personal property. The appellant is said to have been a victim of early childhood physical and emotional abuse at the hands of his adoptive parents. As a result of this abuse, provincial authorities intervened and in 1982, the appellant was placed at the Dr. William F. Roberts Hospital School, an institution for emotionally and behaviorally challenged children, where he resided for approximately two years. Reports from the school indicate that after an initial period of adjustment the appellant's behaviour improved, although school staff expressed concerns about the lack of contact between the appellant and his adoptive parents. The adoptive parents, although quite ambivalent toward the appellant, eventually began to take the appellant home on more regular weekend visits in the fall of 1980. School staff observed deterioration in the appellant's behaviour in the school setting after these weekend visits. An anonymous source provided information suggesting that the conditions at the adoptive family's home were unacceptable for their adoptive son. It was revealed that the appellant was locked in a tiny room in the basement from approximately 8:00 p.m. until 11:00 a.m. The appellant was given a bottle in which to urinate. This treatment was confirmed by the appellant and his mother at the time. A home visit was undertaken and the room the appellant had been confined to was found to be very small with a lock on the door. It had one small window and was barely able to accommodate a cot-sized bed.

[4] Eventually, due to concerns regarding potential disruption in attachment and the impact on the appellant should the adoption fail, it was decided that the appellant would continue to be under the care and supervision of his adoptive parents. The appellant was returned to their home for a number of months before returning to the Roberts Hospital School; all of the problematic behaviours present prior to the appellant's

admission to the school had reappeared. The adoptive parents acknowledged that they were unable to care for the appellant any longer. Following the appellant's readmission to the Roberts School, the main focus of his caregivers became finding a new placement in the community for him.

[5] The appellant was subsequently adopted by Reverend Philip Penny, and his wife, Marina Penny, who, as a result of having been foster parents for a number of years, had chosen to consider adoption. With the involvement of the then Department of Social Services, they became aware of the appellant. The couple was advised that the appellant was an emotionally and physically healthy child. The adoption was completed. It should be noted that the appellant is aboriginal and the Pennys are not. The Pennys continued to foster children and subsequently adopted two more children. When the appellant reached the age of 13, Rev. and Mrs. Penny were expecting a natural child, and the appellant began to act out at home. The Pennys eventually had a second natural child and the appellant began to cause more difficulty at home. He began to steal from the home, church and the local community store. The appellant began drinking, and commenced a cycle that followed him into adulthood: substance abuse, blaming others for his troubles, and conflict with the law. It did not seem to matter where the Penny family relocated due to Rev. Penny's pastoral placements, the appellant became more and more difficult to control and his behavior escalated to his sneaking out of the house at night and committing crimes. At the age of 16 the appellant was given an ultimatum: stop using drugs or leave the family home. He chose to leave.

[6] The appellant attended a number of schools during the course of his education. He repeated a few grades and was, on occasion, socially promoted to a higher grade level due to his physical size. The appellant presented a discipline problem in school and was given suspensions for both fighting and absenteeism. He completed grade ten in Moncton before being suspended for a verbal altercation with the school's vice-principal. The record shows that the appellant may have completed his GED in 1992 when he was 20 years of age.

[7] The appellant has an extensive criminal history dating back to his youth. His formal criminal record indicates that his first youth conviction occurred in Saint John in September 1988. He has seven convictions from youth court dating between September 1988 and August, 1989, including possession of a weapon, accessory to the commission of an indictable offence, break, enter and theft, and possession of a prohibited weapon. At that time, the respondent received periods of probation and secure custody.

[8] The appellant's adult record reveals that, prior to the current offence, he had 20 convictions with 14 separate sentencing dates. He has served four previous periods of incarceration in federal penitentiaries. He has a history of both violent and non-violent offences. The non-violent offences include: possession of property obtained by crime; failure to comply with a recognizance; break and enter; failure to comply with a probation order; obstruction of a peace officer; mischief; taking a motor vehicle without consent; possession of a prohibited weapon; theft over \$1000.00; fraud under \$1000; driving while impaired; and failure to comply with an undertaking.

[9] The violent offences include assault (s. 266(b)), aggravated assault (s. 268(2)) and robbery (s. 344(b)). It is imperative to review the assault convictions in relation to the dangerous offender designation. In August, 1996, while working for Campbell's Amusements in southern Ontario, the appellant, a co-worker of the appellant's (Grosleau) and the appellant's girlfriend at the time (Tessier), decided to look for an individual (Hockley) who had once dated Grosleau's girlfriend. Grosleau's girlfriend had told him that she had been raped by Hockley. The appellant, Grosleau and Tessier located Hockley and invited him to a party. Hockley accompanied the three of them, got into the back of the appellant's vehicle and sat next to Grosleau. Hockley knew Grosleau but did not recognize him because Grosleau had tucked his long hair into a baseball cap. Tessier was driving. When the vehicle did not proceed to the location where Hockley had been told they were going, he became nervous and then realized he was sitting next to Grosleau. Hockley attempted to escape out the front passenger door and ran into a plowed field. The appellant and Grosleau caught him and began to beat him.

Grosleau had a sledge hammer handle with which he beat Hockley. The appellant used his hands and feet to punch and kick Hockley. The appellant and Grosleau returned to the vehicle and departed from the scene leaving Hockley in the field. They returned to their place of employment where they washed the blood from themselves.

[10] Hockley was found in the early morning hours of August 24, 1996, and was transferred to and treated at the Brantford General Hospital. His injuries included five skull fractures, a 17 cm laceration across his forehead, bruising and a gash to his right leg. Hockley was blinded in his left eye. The criminal profile report regarding this incident indicates that the appellant told police that the severe injuries were not “to happen and he did not know his co-accused was going to lay a severe beating on the victim”. The appellant was originally charged with attempted murder for this assault. In the psychological assessment completed in 1998 by a Dr. Hoge, it was noted: “He displayed no remorse for his past transgressions and stated proudly that he has no regrets. In particular he reported having no feelings regarding the victim (Hockley) of the current offense (*sic*) and reiterated that the victim was at the wrong place at the wrong time”. The appellant repeatedly told Dr. Hoge “He thought the victim was dead and could not have cared less if he died”. (Dr. P. S. Theriault’s psychological report dated September 1, 2008).

[11] The appellant was sentenced to three years on the charge of aggravated assault commencing January 21, 1997. During his period of incarceration, the appellant was involved in fighting, committed damage to the institution, and was put into segregation. He was transferred between institutions as a result of his behavior. The appellant was statutorily released and apprehended on three different occasions; after his third statutory release the appellant was arrested and charged with assault on a police officer. On December 22, 1999, the appellant and an accomplice were arrested and charged with robbery and mischief with respect to a robbery in Hamilton, Ontario. The appellant pled not guilty to the offence and unsuccessfully appealed the guilty verdict. As a result, the appellant commenced his third period of incarceration in a federal penitentiary on June 21, 2000. He was rated a maximum-security offender. He was

statutorily released in October 2001. On November 2, 2001, the appellant failed to return by his curfew. On November 3, 2001, he contacted officials to advise he would “think about” turning himself in. Before he was rearrested on November 17, 2001, he was charged with robbery and assault on a woman with whom he had developed a relationship while incarcerated. From the information available it does not appear that these charges proceeded. The appellant returned to a penitentiary but was once again statutorily released in April 2002. The appellant went missing for six days after his release, and subsequently tested positive for alcohol, cocaine and THC; he was once again returned to the penitentiary. He reached his warrant of committal’s expiry date on June 20, 2002.

[12] With respect to the conviction for aggravated assault in 2003, the appellant was convicted of assaulting an individual named Joey Brooks, the appellant’s half-brother. The Fredericton City Police responded to a 911 call and upon arriving at the scene they noted a man lying on his back on the kitchen floor with a large amount of blood on the left side of his face, a cut above his left eyebrow and a pool of blood on the floor around his head. There was also blood on the wall and the bottom drawer of the stove. Apparently the appellant, along with the victim and an individual, Toby Brooks, were drinking together at the residence. The appellant and the victim went into the kitchen to cook. They began to argue as the victim had told the appellant to move out of the residence. The appellant went into the bedroom to pack, but returned to the kitchen shortly thereafter. Toby Brooks stated that he heard a bang, went into the kitchen, and saw the victim lying on the floor. The appellant grabbed a kitchen knife, pointed it at Toby Brooks and told him to “go back into the living room and sit the fuck down because it [was none of his] business”. Mr. Brooks retreated to the living room but could hear the appellant beating the victim as he was lying on the floor. Mr. Brooks went back into the kitchen and told the appellant to leave. The appellant put the knife down on the kitchen table and left. Mr. Brooks called 911.

[13] The history behind this altercation, according to the appellant, is that after being released from incarceration in 2002, he resided and worked for a time in the

Toronto area. He eventually returned to the St. Mary's First Nation in New Brunswick in December, 2002, and took up residence with his brother, Joey Brooks, the victim. He stated that his brother was always trying to fight with him. According to Dr. Theriault, the appellant was very dismissive of the assault. He stated: "he (Mr. Brooks) went to the hospital for three days and I went for three years." During his incarceration, the appellant was classified as a maximum security inmate, placed in the Atlantic Institution, and remained there until his warrant expiry date on January 2, 2006. Overall, the appellant has had four periods of incarceration, three for violent offences.

[14] This factual background brings us to the present matter: a conviction for aggravated assault and the designation of the appellant as a dangerous offender.

A. *The Crown's Version*

[15] On December 14, 2007, Krista Reed arrived at a convenience store located near the rooming house where she had been cohabitating with the appellant. She was severely injured, suffering from a fractured jaw. The Crown's theory was quite straightforward. The appellant and Ms. Reed were involved in a troubled relationship and there was much tension between them. On the night of December 14, 2007, while in the room they shared, the appellant struck Ms. Reed in the jaw, fracturing it on both sides, punched her on both sides of her face and left bruises on her neck and arms. The marks on her neck and arms suggested that she had been held while being struck. After the assault, Ms. Reed lay down, leaving blood on the couch. A short time later, while the appellant was in the bathroom, Ms. Reed changed her clothing, fled from the room without her coat, and ran to the nearby convenience store, just as the owner was about to close for the evening.

[16] The Crown emphasized the fact that Ms. Reed did not want the individuals at the convenience store to call either the police or an ambulance. With the assistance of the store owner, Ms. Reed telephoned the appellant's adoptive parents' home. At approximately 11:15 p.m. the appellant's adoptive father and a friend arrived at the

convenience store. They assisted Ms. Reed into the car and, as they drove to the Saint John Regional Hospital, they observed the appellant on his bicycle outside the rooming house where the couple resided. They drove to the hospital, arriving at approximately 11:33 p.m. Ms. Reed told the appellant's adoptive father, as well as medical staff, that it was the appellant who had assaulted her.

B. *The Appellant's Version*

[17] The appellant's version of what occurred is quite different. At trial, the appellant denied that he had assaulted Ms. Reed. He said he had been out the evening of December 14, 2007, and when he returned to the couple's room he noticed blood on the bedding and on the couch, as well as other drops of blood elsewhere. The appellant stated that he had gone out to look for Ms. Reed, then returned home and went to sleep or passed out. The police found him in the apartment at approximately 1:00 a.m.

[18] The appellant alleged Ms. Reed may have had other acquaintances, and that she may have been assaulted by someone else while he was out. He hypothesized that Ms. Reed returned to their room, bled briefly while she was there, and then went to seek help. The appellant implied in his argument that Ms. Reed told a number of people that the appellant had assaulted her because it was, perhaps, more respectable than to admit that an individual with whom she may have associated briefly was responsible for the assault.

C. *Trial Judge's Decision*

[19] After a three-day trial in May, 2008, the trial judge found that Ms. Reed had been the victim of an aggravated assault. The trial judge rejected the defence's theory that Ms. Reed had been assaulted by someone other than the appellant at another location, and that she had returned to their room briefly, leaving behind blood, and then went for help.

[20] The trial judge recognized the crucial issue was the identity of the perpetrator of the assault. The trial judge disregarded evidence he determined to be legally irrelevant as well as evidence that he determined amounted to smear and innuendo respecting the victim. The trial judge determined the assault was based on the volatile relationship between Ms. Reed and the appellant and that the appellant had lost his temper and struck Ms. Reed. The trial judge further commented on the fact that Ms. Reed did not wish to involve the authorities. The trial judge convicted the appellant and adjourned the matter for sentencing until June 27, 2008.

D. *Dangerous Offender Application*

[21] On June 27, 2008, the Crown filed a notice of application to have the appellant remanded for an assessment pursuant to s. 752.1 of the *Criminal Code*. This section requires the court to remand an offender for a period not exceeding sixty days for the purpose of obtaining an assessment for use on an application to find an offender to be a dangerous offender under s. 753 of the *Criminal Code* or a long-term offender under s. 753.1 of the *Criminal Code*. The consent of the Attorney General, which is required for commencing an application pursuant to s. 752.1, was filed with the court as was the appellant's criminal record, victim impact statements, a pre-sentence report, the affidavit of a Saint John City Police constable, twelve Correctional Service of Canada files and the *curriculum vitae* of psychiatrist Dr. P. S. Theriault.

[22] On July 18, 2008, the trial judge ruled that, in accordance with s. 752.1(1), there were sufficient grounds to believe the appellant might be found to be a dangerous or long term offender. The appellant was remanded for an assessment. On October 24, 2008, the forensic report of Dr. P.S. Theriault was filed with the Court, along with further documents. In order to be designated a dangerous offender under s. 752 of the *Criminal Code*, the appellant had to: (1) be convicted of committing a serious personal injury offence that is a designated offence in the *Criminal Code*; (2) have been previously convicted at least twice of a designated offence; and (3) to have been sentenced to at least two years of imprisonment for each of these convictions. The hearing to determine

whether the appellant should be designated a dangerous or long-term offender was held on December 8, 9 and 10, 2008. On December 12, 2008, the trial judge, after a thorough review of all of the evidence as well as an assessment of the appellant's criminal record, found "beyond a reasonable doubt that the offence for which [he was being] sentenced [was] a serious personal injury offence" (para. 20). He went on to say:

After considering all of the evidence and all that I heard during the trial and here in this proceeding, I find beyond a reasonable doubt that the offence for which Mr. Penny has been convicted for which he is to be sentenced is a serious personal injury offence. I also find that pursuant to Section 752(a), 753(1)(a)(i) & (ii) & (iii) that his conduct constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well being of other persons due to a pattern of repetitive behaviour of which the offence for which he has been convicted forms a part showing a failure to restrain his behaviour and the likelihood of causing death or injury to other persons or inflicting severe psychological damage on other persons through failure in the future to restrain his behaviour and a pattern of persistent, aggressive behaviour by him of which the offence for which he has been convicted form a part show a substantial degree of indifference on his part respecting the reasonably foreseeable consequences to other persons of his behaviour and also that the behaviour associated with the offence for which he has been convicted is of such a brutal nature as to compel the conclusion that the offender's behaviour in the future is unlikely to be inhibited by normal patterns of behavioral restraint.

However, before deciding whether or not Mr. Penny should also be found to be a dangerous offender, I have to consider whether there is some other lessor (*sic*) sanction that might be appropriate. I have to consider whether his conduct is so intractable and so hopeless that there is no other solution than to treat him as a dangerous offender.

In reaching that conclusion, I have to consider the fundamental principles of sentencing which are spelled out in the *Criminal Code* and include cautions in Section 718.2(e) that the Court consider:

"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.”

[...]

The Supreme Court of Canada emphasized in *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357 at paragraph 19:

In *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, this Court affirmed that the primary purpose of the dangerous offender regime is the protection of the public: see also *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (Ont. H.C.), cited with approval in *Lyons, supra*, at p. 329. In *Lyons*, LaForest J. explained that preventive detention under the dangerous offender regime goes beyond what is justified on a "just deserts" rationale based on the reasoning that in a given case, the nature of the crime and the circumstances of the offender call for the elevation of the goal of protection of the public over the other purposes of sentencing. LaForest J. confirmed, at page 339, that the legislation was designed "to carefully define a very small group of offenders whose personal characteristics and particular circumstances militate strenuously in favour of preventive incarceration".

Indeterminate detention under the dangerous offender regime is warranted only insofar as it actually serves the purpose of protecting the public. As we discuss more thoroughly below, there may be circumstances in which an offender meets the statutory criteria for a dangerous offender designation but the goal of protecting the public can be achieved without indeterminate detention.

[paras. 20-22 & 24]

[23]

The trial judge concluded:

After considering all the evidence and all of the legal authorities and submissions and argument made, I find beyond a reasonable doubt that Philip Joseph Dalton Penny is a dangerous offender and that there is no reasonable legal measure other than finding him a dangerous offender that

will sufficiently reduce the public threat he poses to an acceptable level.

[para. 33]

III. Grounds of Appeal

[24] The appellant appeals against the conviction and the indeterminate term of incarceration resulting from the dangerous offender designation. In his written submission he puts forth four grounds of appeal alleging the trial judge erred in law or erred in fact and law :

- 1) in convicting Philip Joseph Dalton Penny, without giving reasons sufficient to allow for meaningful appellate review on the questions of credibility and reasonable doubt;
- 2) in sentencing by improperly considering assertions to the facts of the offence contained in a victim impact statement;
- 3) in sentencing without adequately considering the mental health of Philip Joseph Dalton Penny;
- 4) in designating Philip Joseph Dalton Penny as a dangerous offender without adequately considering whether the less restrictive means of the long-term offender provisions of the Criminal Code were adequate to protect the public from the threat of harm.

IV. Analysis

A. *Sufficiency of Reasons in the assessment of credibility and proof beyond a reasonable doubt*

[25] In *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, [2002] S.C.J. No. 30 (QL), 2002 SCC 26, the Supreme Court confirmed that courts have a duty to provide reasons. In *R. v. Dinardo*, [2008] 1 S.C.R. 788, [2008] S.C.J. No. 24 (QL), 2008 SCC 24, Justice Charron stated:

At the trial level, reasons "justify and explain the result" (*Sheppard*, at para. 24). Where a case turns largely on determinations of credibility, the sufficiency of the reasons should be considered in light of the deference afforded to trial judges on credibility findings. Rarely will the deficiencies in the trial judge's credibility analysis, as expressed in the reasons for judgment, merit intervention on appeal. Nevertheless, a failure to sufficiently articulate how credibility concerns were resolved may constitute reversible error (see *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27, at para. 23). As this Court noted in *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, the accused is entitled to know "why the trial judge is left with no reasonable doubt":

Assessing credibility is not a science. It is very difficult for a trial judge to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses and attempting to reconcile the various versions of events. That is why this Court decided, most recently in *H.L.*, that in the absence of a palpable and overriding error by the trial judge, his or her perceptions should be respected.

This does not mean that a court of appeal can abdicate its responsibility for reviewing the record to see whether the findings of fact are reasonably available. Moreover, where the charge is a serious one and where, as here, the evidence of a child contradicts the denial of an adult, an accused is entitled to know why the trial judge is left with no reasonable doubt. [paras. 20-21]

[para. 26]

[26] Essentially, *Sheppard* directs appeal courts to adopt a functional approach when reviewing the sufficiency of reasons with respect to credibility findings. Our Court recently reviewed this issue in *R. v. R.D.H.*, [2009] N.B.J. No. 141 (QL), 2009 NBCA 28, where Bell J.A. states:

More recently, in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, [2002] S.C.J. No. 30 (QL), 2002 SCC 26, the Court again addresses the issue of the sufficiency of reasons. Binnie J.,

writing the judgment of the Court, states that "[t]he appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself" (para. 26). Binnie, J. further states that the duty to give reasons "should be given a functional and purposeful interpretation" (para. 53) and failure of this duty does not provide a "[...] free-standing right of appeal and [...] entitlement to appellate intervention" (para. 53). Essentially, *Sheppard* holds that appellate courts should ask whether the reasons respond to the case's issues, having regard to the evidence as a whole and the submissions of counsel. An appeal based upon insufficient reasons will only be allowed when the trial judge's reasons are so deficient that they foreclose meaningful appellate review (see also, *R. v. Walker*, [2008] 2 S.C.R. 245, [2008] S.C.J. No. 34 (QL), 2008 SCC 34, where Binnie J. concludes that the duty to give adequate reasons is founded upon the need for trial judges to justify and explain the result; to tell the losing party why he or she lost; to provide for informed consideration of the grounds of appeal; and to satisfy the public that justice has been done).

In *R. v. R.E.M.*, [2008] 3 S.C.R. 3, [2008] S.C.J. No. 52 (QL), 2008 SCC 51, the court was required to consider the adequacy of reasons of a trial judge in his assessment of the credibility of witnesses. McLachlin C.J. explains that credibility findings may involve factors that are difficult to verbalize. The Chief Justice goes on to state that an appellate court reviewing reasons for sufficiency should start from a deferential stance toward the trial judge's findings of fact. Next, the appellate court, proceeding with deference, must determine whether the reasons, considered with the evidentiary record, the submissions of counsel and the live issues at the trial, reveal the basis for the verdict reached (para. 67) (see also *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) v. T.L.M. (Litigation guardian of)*, [2009] N.B.J. No. 19 (QL), 2009 NBCA 8 regarding sufficiency of reasons). [paras. 7-8]

Therefore, it is clear that appellate intervention should be avoided unless the trial judge's reasons are deficient to the point of foreclosing meaningful review.

[27] It is apparent to me, from the trial judge’s analysis that he was alive to the issue of the credibility of the witnesses and that he considered the arguments put forth by both the Crown and the accused. The trial judge’s reasons regarding the issue of credibility as well as guilt beyond a reasonable doubt satisfy the “functional and purposeful interpretation” approach discussed by Binnie J. in *R. v. Sheppard*; *R. v. Walker*, [2008] 2 S.C.R. 245, [2008] S.C.J. No. 34 (QL), 2008 SCC 34, and by this Court in *R. v. R.D.H.* I would reject this ground of appeal.

B. *Consideration of assertions as to the facts of the offence contained in the victim impact statement*

[28] Section 722 of the *Criminal Code* sets out the circumstances under which a victim impact statement is admissible. Where a statement is properly before the court, the court “shall” consider the statement in determining the sentence. Section 722 states:

**PROCEDURE
AND EVIDENCE**

722. (1) For the purpose of determining the sentence to be imposed on an offender or whether the offender should be discharged pursuant to section 730 in respect of any offence, the court shall consider any statement that may have been prepared in accordance with subsection (2) of a victim of the offence describing the harm done to, or loss suffered by, the victim arising from the commission of the offence.

(2) A statement referred to in subsection (1) must be

(a) prepared in writing in the form and in accordance with the procedures established by a program designated for that purpose by the lieutenant governor in council of the province in which the court is exercising its jurisdiction; and

(b) filed with the court.

**PROCÉDURE
ET RÈGLES DE PREUVE**

722. (1) Pour déterminer la peine à infliger ou pour décider si un délinquant devrait être absous en vertu de l’article 730, le tribunal prend en considération la déclaration de la victime, rédigée en conformité avec le paragraphe (2), sur les dommages — corporels ou autres — ou les pertes causées à celle-ci par la perpétration de l’infraction.

(2) La déclaration visée au paragraphe (1) est à rédiger selon la forme et en conformité avec les règles prévues par le programme désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province où siège le tribunal et doit être déposée auprès de celui-ci.

(2.1) The court shall, on the request of a victim, permit the victim to read a statement prepared and filed in accordance with subsection (2), or to present the statement in any other manner that the court considers appropriate.

(3) Whether or not a statement has been prepared and filed in accordance with subsection (2), the court may consider any other evidence concerning any victim of the offence for the purpose of determining the sentence to be imposed on the offender or whether the offender should be discharged under section 730.

(4) For the purposes of this section and section 722.2, “victim”, in relation to an offence,

(a) means a person to whom harm was done or who suffered physical or emotional loss as a result of the commission of the offence; and

(b) where the person described in paragraph (a) is dead, ill or otherwise incapable of making a statement referred to in subsection (1), includes the spouse or common-law partner or any relative of that person, anyone who has in law or fact the custody of that person or is responsible for the care or support of that person or any dependant of that person.

R.S., 1985, c. C-46, s. 722; 1995, c. 22, s. 6; 1999, c. 25, s. 17(Preamble); 2000, c. 12, s. 95

722.1 The clerk of the court shall provide a copy of a statement referred to in subsection 722(1), as soon as practicable after a finding of guilt, to the offender or counsel for the offender, and to the prosecutor.
1995, c. 22, s. 6; 1999, c. 25, s. 18(Preamble).

722.2 (1) As soon as practicable after a finding of guilt and in any event before imposing sentence, the court shall

(2.1) Si la victime en fait la demande, le tribunal lui permet de lire la déclaration rédigée et déposée auprès du tribunal en conformité avec le paragraphe (2) ou d’en faire la présentation de toute autre façon qu’il juge indiquée.

(3) Qu’il y ait ou non rédaction et dépôt d’une déclaration en conformité avec le paragraphe (2), le tribunal peut prendre en considération tout élément de preuve qui concerne la victime afin de déterminer la peine à infliger au délinquant ou de décider si celui-ci devrait être absous en vertu de l’article 730.

(4) Pour l’application du présent article et de l’article 722.2, la victime est :

a) la personne qui a subi des pertes ou des dommages — matériels, corporels ou moraux — par suite de la perpétration d’une infraction;

b) si la personne visée à l’alinéa a) est décédée, malade ou incapable de faire la déclaration prévue au paragraphe (1), soit son époux ou conjoint de fait, soit un parent, soit quiconque en a la garde, en droit ou en fait, soit toute personne aux soins de laquelle elle est confiée ou qui est chargée de son entretien, soit une personne à sa charge.

L.R. (1985), ch. C-46, art. 722; 1995, ch. 22, art. 6; 1999, ch. 25, art. 17(préambule); 2000, ch. 12, art. 95.

722.1 Dans les meilleurs délais possible suivant la déclaration de culpabilité, le greffier fait parvenir au poursuivant et au délinquant ou à son avocat, une copie de la déclaration visée au paragraphe 722(1).
1995, ch. 22, art. 6; 1999, ch. 25, art. 18(préambule).

722.2 (1) Dans les meilleurs délais possible suivant la déclaration de culpabilité et, en tout état de cause,

inquire of the prosecutor or a victim of the offence, or any person representing a victim of the offence, whether the victim or victims have been advised of the opportunity to prepare a statement referred to in subsection 722(1).

(2) On application of the prosecutor or a victim or on its own motion, the court may adjourn the proceedings to permit the victim to prepare a statement referred to in subsection 722(1) or to present evidence in accordance with subsection 722(3), if the court is satisfied that the adjournment would not interfere with the proper administration of justice.

1999, c. 25, s. 18(Preamble).

avant la détermination de la peine, le tribunal est tenu de s'enquérir auprès du poursuivant ou de la victime — ou de toute personne la représentant — si elle a été informée de la possibilité de rédiger une déclaration visée au paragraphe 722(1).

(2) Le tribunal peut, de sa propre initiative ou à la demande de la victime ou du poursuivant, ajourner les procédures pour permettre à celle-ci de rédiger sa déclaration ou de présenter tout élément de preuve en conformité avec le paragraphe 722(3), s'il est convaincu que cela ne nuira pas à la bonne administration de la justice.

1999, ch. 25, art. 18(préambule).

[29] The appellant says the trial judge relied excessively on the victim impact statement of Ms. Reed. He further states the victim impact statement included extraneous facts such as that Ms. Reed “believed the appellant was asking for a kiss before she was assaulted”. This assertion had not been heard in the victim’s evidence at trial. It is the appellant’s position that this added statement of fact should not have been considered by the trial judge because victim impact statements should not include “representations against the accused independent of those which the Crown wishes to put forward” or “assertions as to the facts of the offence”.

[30] The case of *R. v. Bremner* (2000), 146 C.C.C. (3d) 59, [2000] B.C.J. No. 1096 (QL), 2000 BCCA 345 is relied on by both the appellant and Crown counsel. It is a case which involved an appeal from four concurrent sentences resulting in 18 months of incarceration. Bremner had been convicted of indecent assault offences which occurred in the late 1960s and early 1970s. At that time, Bremner was in his early twenties and was an officer in a quasi-naval organization for youths. The complainants were Sea Cadets between the ages of 13 and 16. Bremner had subsequently married and had two grown sons. He had stable employment and no criminal record. A psychologist reported that Bremner was a very low risk for sexual recidivism and did not represent a risk to society.

The complainants provided victim impact statements. One of the complainants read the statement into court and another requested a harsh sentence not available to the court in law. The statements contained material not properly before the court and more than one of the victim impact statements sought personal revenge. In imposing sentence, the trial judge focused on denunciation, general deterrence and restitution. He determined that a conditional sentence was not appropriate as Bremner had not admitted his actions and a message of general deterrence would not be sent to the community if Bremner was allowed to serve the sentence at home. The appeal was allowed as the trial judge had placed too much reliance on the victim impact statements. The victims should not have been allowed to suggest the sentence they wished to be imposed. The Court of Appeal held “there is nothing in the sections of the *Criminal Code* which permit victims to have a role in suggesting the length of sentence or kind of sentence to be imposed” (para 23).

[31] In the present case, the Crown argues the victim impact statement is allowable in its entirety. According to the Crown, the purported offensive comment is that Ms. Reed believed the appellant was “asking for a kiss”. The Crown says this would have no impact on the trial judge’s decision as to whether to declare the appellant a dangerous offender. The Crown states that the *Bremner* case stands for the proposition that a victim may not address the court regarding the severity of the penalty to be imposed. *Bremner* is distinguishable from the case before us in that the victim impact statement submitted in that case contained a victim’s recommendation for sentence. In this case, the victim was merely explaining the circumstances surrounding the assault and her emotional reaction to it.

[32] In my view, a victim impact statement should be confined to what is set out in s. 722(1), that is a description of “the harm done to or loss suffered by, the victim”. It should not contain elaboration on testimony that was given at trial regarding the manner by which the offence was committed or comment on the type and length of sentence. A review of Ms. Reed’s victim impact statement reveals that it does not, in any way, suggest the length or type of sentence she would have liked to have seen imposed upon the appellant. While it could be said that the victim impact statement elaborated on

the circumstances in which the offence was committed, Ms. Reed's comment could also be interpreted to indicate the emotional harm she suffered as a result of the offence. In any event, I do not believe the statement played any role in the ultimate determination. I would therefore reject this ground of appeal.

C. *Adequate consideration of the appellant's mental health*

[33] As explained in the annotations in *Martin's Annual Criminal Code 2010* (Aurora: Canada Law Book, 2010) at s. 2: "the definition of 'unfit to stand trial' statutorily entrenches the extensive case law in the area. Any individual who is unable to understand either the nature or object of the proceedings, the possible consequences or to communicate with counsel as a result of a mental disorder is rendered 'unfit to stand trial'".

[34] The test for fitness to stand trial, which had developed under the common law, is codified in s. 2 of the *Criminal Code*:

"unfit to stand trial" means unable on account of mental disorder to conduct a defence at any stage of the proceedings before a verdict is rendered or to instruct counsel to do so, and, in particular, unable on account of mental disorder to

« inaptitude à subir son procès »
Incapacité de l'accusé en raison de troubles mentaux d'assumer sa défense, ou de donner des instructions à un avocat à cet effet, à toute étape des procédures, avant que le verdict ne soit rendu, et plus particulièrement incapacité de :

(a) understand the nature or object of the proceedings,

a) comprendre la nature ou l'objet des poursuites;

(b) understand the possible consequences of the proceedings, or

b) comprendre les conséquences éventuelles des poursuites;

(c) communicate with counsel;

c) communiquer avec son avocat.

[35] The other relevant provisions of the *Criminal Code* are as follows:

FITNESS TO STAND TRIAL

672.22 An accused is presumed fit to stand trial unless the court is satisfied on the balance of probabilities that the accused is unfit to stand trial.

1991, c. 43, s. 4.

672.23 (1) Where the court has reasonable grounds, at any stage of the proceedings before a verdict is rendered, to believe that the accused is unfit to stand trial, the court may direct, of its own motion or on application of the accused or the prosecutor, that the issue of fitness of the accused be tried.

(2) An accused or a prosecutor who makes an application under subsection (1) has the burden of proof that the accused is unfit to stand trial.

1991, c. 43, s. 4.

APTITUDE À SUBIR SON PROCÈS

672.22 L'accusé est présumé apte à subir son procès sauf si le tribunal, compte tenu de la prépondérance des probabilités, est convaincu de son inaptitude.

1991, ch. 43, art. 4.

672.23 (1) Le tribunal qui a, à toute étape des procédures avant que le verdict ne soit rendu, des motifs raisonnables de croire que l'accusé est inapte à subir son procès peut, d'office ou à la demande de l'accusé ou du poursuivant, ordonner que cette aptitude soit déterminée.

(2) Lorsqu'une demande est présentée en vertu du paragraphe (1) par le poursuivant ou l'accusé, la charge de prouver l'inaptitude de l'accusé à subir son procès incombe à l'auteur de la demande.

1991, ch. 43, art. 4.

These provisions make it clear that fitness to stand trial is presumed.

[36] The appellant puts forth the argument that the trial judge sentenced the appellant without adequately considering the appellant's mental health. The appellant says there was evidence and information before the sentencing judge concerning the appellant's mental health that should have caused him to believe that the appellant was unfit to be sentenced. It is the appellant's position that pursuant to s. 672.23 of the *Criminal Code* the trial judge should have, on his own motion, ordered the trial of the accused's fitness.

[37] In *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, [1994] S.C.J. No. 69 (QL), the Supreme Court adopted a “limited cognitive capacity” standard for “fitness to stand trial” test:

The test for fitness to stand trial is quite different from the definition of mental disorder in s. 16. It is predicated on the existence of a mental disorder and focuses on the ability to instruct counsel and conduct a defence. That test which was developed under the common law is now codified in s. 2 of the Code as follows:

2. ...

"unfit to stand trial" means unable on account of mental disorder to conduct a defence at any stage of the proceedings before a verdict is rendered or to instruct counsel to do so, and, in particular, unable on account of mental disorder to

- (a) understand the nature or object of the proceedings,
- (b) understand the possible consequences of the proceedings, or
- (c) communicate with counsel.

It requires limited cognitive capacity to understand the process and to communicate with counsel. In *R. v. Taylor* (1992), 77 C.C.C. (3d) 551, the Ontario Court of Appeal, after reviewing the authorities, held that the trial judge erred in concluding that the accused must be capable of making rational decisions beneficial to him. At page 567, Lacourcière J.A., on behalf of the court, stated:

The “limited cognitive capacity” test strikes an effective balance between the objectives of the fitness rules and the constitutional right of the accused to choose his own defence and to have a trial within a reasonable time.

Accordingly, provided the accused possesses this limited capacity, it is not a prerequisite that he or she be capable of exercising analytical reasoning in making a choice to accept the advice of counsel or in coming to a decision that best serves her interests. [paras. 31-32]

[38] Recently, both the Ontario Court of Appeal and the Saskatchewan Court of Appeal have discussed the limited cognitive capacity test. In *R. v. W. (M.A.)* (2008), 237 C.C.C. (3d) 560, [2008] O.J. No. 2738 (QL), 2008 ONCA 555, the Ontario Court of Appeal dismissed an appeal by M.A.W. from his conviction for sexual assault and sexual interference against his young son. The allegations came to light when M.A.W.'s son disclosed the prior abuse to his adoptive parents and later gave a videotaped statement to the police. After M.A.W. said he wished to plead guilty, the trial judge conducted the inquiry contemplated by s. 606(1.1) of the *Criminal Code* and asked M.A.W. whether his plea was voluntary, was his own decision entirely, whether he understood that the consequences of a guilty plea could be "very severe", and whether he understood that a trial judge was not bound by any proposed sentence. M.A.W. replied in the affirmative to all of these questions. On appeal, M.A.W. contended that the guilty plea should be set aside because he suffered from a mental disorder (depression) which undermined the voluntariness of his pleas. The appeal was dismissed. The Court found that when M.A.W. pled guilty he understood the process and made a conscious, volitional decision that he considered appropriate at the time. He had not shown that his depression had deprived him of the capacity to make a conscious choice to plead guilty. The Ontario Court of Appeal determined that the limited cognitive capacity standard outlined in *Whittle* was the appropriate test to apply when assessing the requisite degree of mental competence an individual must possess in order to be fit to stand trial.

[39] In *R. v. Jobb (C.V.)* (2008), 314 Sask. R. 236, [2008] S.J. No. 764 (QL), 2008 SKCA 156, the Saskatchewan Court of Appeal allowed a Crown appeal of an order declaring Jobb unfit to stand trial. He was charged with 29 offences, including two indictable offences of theft under \$5,000. He was a 22-year-old who suffered from fetal alcohol syndrome, attention deficit disorder and substance abuse/dependence disorder. He was diagnosed as having a mental development disability. Mr. Jobb was considered unable to handle the responsibilities of independent living and required a protected living environment and sheltered employment. He spent his childhood in foster care and, although his foster family provided him with significant support, he consistently ran away and became an alcohol and drug abuser. A psychiatrist conducted an assessment of

Mr. Jobb prior to his release on bail for the offences. The psychiatrist concluded that Mr. Jobb was fit to stand trial as he was able to tell the psychiatrist the nature and the circumstances of the charges against him, to describe the functions of the court, and express regret. The psychiatrist further found that Mr. Jobb could instruct his lawyer and defend himself.

[40] Mr. Jobb repeatedly violated the terms of his bail and was ultimately charged with a second theft. He was again released on bail and continued to violate his bail conditions. A second psychiatric assessment was ordered. At the hearing into Mr. Jobb's fitness to stand trial, the judge accepted the opinion of the second psychiatrist, Dr. Menzies, noting that the first opinion was more than one year old and had not addressed Mr. Jobb's previously diagnosed conditions. Dr. Menzies' report stated that Mr. Jobb understood what he was charged with and the difference between a guilty and not guilty plea, but was confused about the role of his lawyer and the prosecutor. Dr. Menzies opined that Jobb's attention deficit disorder could impact his ability to follow the court proceedings sufficiently to instruct counsel. The Court of Appeal held that the trial judge had applied too stringent a test in concluding Mr. Jobb was unfit to stand trial. The trial judge's concern with Mr. Jobb's ability to give ongoing instructions to his lawyer during the trial proceedings did not accord with the "limited cognitive capacity test". The Court found that the proper test to assess Mr. Jobb's ability to conduct a defence and to communicate with and instruct counsel, was limited to an inquiry into whether Mr. Jobb could recount the necessary facts to enable his lawyer to properly present a defence. The Court held there was no evidence Mr. Jobb could not comprehend what was said to him, and the psychiatric evidence established he did not require coaching to understand the justice system.

[41] I would adopt the position taken by both the Ontario and Saskatchewan Courts of Appeal as explained above, as well as the view expressed by the Alberta Court of Appeal in *R. v. C. (L.S.)* (2003), 13 C.R. (6th) 390, [2003] A.J. No. 388 (QL), 2003 ABCA 105. In that case, the Alberta Court of Appeal describes the policy reasons which necessitate the presumption of fitness to stand trial:

There are strong interests, both public and personal, in an accused being fit to proceed to trial. The public interest is in ensuring that persons who are accused of committing crimes are brought to justice. The personal interests of the accused are twofold. First, a person accused of a crime has a right to his "day in court" and to make full answer and defence to the charge. Second, a person who is declared unfit to stand trial risks being hospitalized indefinitely until considered "fit". Depending upon the extent of the person's condition, such incarceration could theoretically be longer than any sentence the accused might have received if tried and convicted. [para. 12]

[42] A thorough review of the transcript of the trial does not reveal where the appellant's fitness to stand trial could have come into question. The appellant testified at the trial as well as at the dangerous offender hearing. Dr. Theriault completed an assessment of the appellant which was utilized to determine whether the appellant should be designated as a dangerous offender. As a result of this assessment, Dr. Theriault concluded in his report dated September 1, 2008:

[...] Psychological assessments over the years have suggested significant traits of psychopathy and antisocial personality disorder, substance abuse problems, and in the last number of years, the presence of a potential psychiatric disorder. On interview, Mr. Penny continues to demonstrate the features of a psychopathic individual, including callousness, lack of empathy, remorselessness, and a sense of superiority and grandiosity utterly out of keeping with his situation. Interview also suggests evidence that Mr. Penny is in fact suffering from a psychiatric disorder, likely delusional disorder. [...] [p. 27]

[43] Although Dr. Theriault diagnosed the appellant as a psychopathic individual, he certainly did not determine that the appellant lacked the cognitive abilities to stand trial. During cross-examination of Dr. Theriault, the following exchange occurred:

Q. In this assessment that you performed on Mr. Penny there was no cognitive testing, correct?

- A. Correct.
- Q. Why is that?
- A. ‘Cause his CSC file suggested that he’d had cognitive testing done in the past and his average intellect was in the – his intellect was in the average range, so I saw no purpose for further testing.
- Q. Would the fact that he, as time progressed, appeared to be developing some sort of an illness, would that not affect his cognition – cognitive powers?
- A. Not necessarily. I mean psychotic disorders tend to – to have their impact where they do on cognition around coordination of – of thought, not intellect itself, right? So the person doesn’t lose intellect; they – they may become more disjointed in their thinking, but that’s – that’s more apparent through observation in conversation than it is through any formal testing.
- Q. So I’m not sure your answer to the question. Is there – is it possible for a psychiatric illness to affect your cognitive abilities?
- A. Well, it depends on the psychiatric illness. If you’ve got Alzheimer’s disease, yes. If you have psychotic illnesses, not – not so much, no.
- Q. Not so much? Okay. But it – you said it does tend to lead to disjointed thinking, etcetera?
- A. It can, yes.

One can infer from this exchange that Dr. Theriault felt that the appellant was fit to stand trial.

- [44] In Dr. Theriault’s report of September 1, 2008, he states: “Testing alone as part of psychology assessments while in CSC places him in the average range of intelligence”. Dr. Theriault also states: “[...] Cognitive testing done over the years shows Mr. Penny to be of average intelligence”. [...] (p. 9)

[45] Furthermore, Dr. Theriault states in his report:

It should be noted that there is nothing in his account of the index offence to suggest that mental illness played an active role in the events of Dec. 2007. Mr. Penny merely states that he did not commit the offence and was not there. Although he alleges that he was “set up” this is not in my opinion a statement of delusional ideation; it is an attempt to avoid responsibility. Individuals who do commit violence secondary to delusional ideation commonly do so in response to perceived threat; that is, they do not disavow their actions, they admit to them but feel that they had no choice but to act. [p. 23]

[46] The transcript further reveals that defence counsel advised the trial judge the appellant declined to undergo any further assessments. The trial judge advised defence counsel “if he does want a further assessment, then feel free to make that request at any other time [...] but for now we will have to go with what evidence is available”.

[47] No motion was made by, or on behalf of, the appellant to have the issues of whether he was fit to stand trial or to be sentenced explored. The psychiatrist who assessed the appellant did not conclude the appellant was unfit to stand trial. With respect to the appellant’s assertion that the trial judge should have, on his own motion, directed the issue to be tried, the trial judge was able to observe the appellant throughout the trial and several other appearances before him. The appellant participated during his trial and at the sentencing hearing. The appellant addressed the court when asked if he wished to speak prior to the passing of sentence. In short, there was no evidence before the trial judge to entice him to make his own motion for a fitness hearing. I would therefore dismiss this ground of appeal.

D. *Designating the appellant as a dangerous offender without adequately considering the less restrictive means of the long term offender provisions of the Criminal Code*

[48] In the context of a dangerous offender application, the sentencing judge must consider whether less constrictive means adequate to protect the public from harm are available. In *R. v. J.J.M.* (2006), 297 N.B.R. (2d) 355, [2006] N.B.J. No. 166 (QL), 2006 NBCA 39, Richard J.A. states:

Before the decisions of the Supreme Court of Canada in *R. v. Johnson* and its companion cases, *R. v. Edgar*, [2003] 2 S.C.R. 388, *R. v. Smith*, [2003] 2 S.C.R. 392, *R. v. Mitchell*, [2003] 2 S.C.R. 396 and *R. v. Kelly*, [2003] 2 S.C.R. 400, there was confusion surrounding the question whether or not a sentencing judge was required to consider the possibility of a long-term offender designation prior to declaring an offender dangerous when the statutory criteria had otherwise been met. The confusion was laid to rest when the Supreme Court unequivocally held that before declaring an offender a dangerous offender and imposing an indeterminate term of incarceration, a sentencing judge must determine whether the sentencing sanctions available pursuant to the long-term offender provisions are sufficient to reduce the threat of harm to others to an acceptable level. [para. 65]

[49] In the present case, after hearing four witnesses, including experts, as well as the appellant, over four days and considering the extensive documentation in evidence, the sentencing judge found beyond a reasonable doubt that the offence for which the appellant had been convicted was a serious personal injury offence, and that the appellant, by his conduct, constitutes a threat to the life, safety, physical or mental well-being of other persons due to a pattern of repetitive behaviour of the type described in s. 753(1)(a)(i) of the *Code*, and a pattern of persistent aggressive behaviour as described in s. 753(1)(a)(ii). In other words, the sentencing judge determined the statutory criteria had been met. After making those findings, the sentencing judge observed that before he could declare the appellant a dangerous offender, he had to consider “whether there is some other lesser sanction that might be appropriate. I have to consider whether his

conduct is so intractable and so hopeless that there is no other solution than to treat him as a dangerous offender” (para. 21). The sentencing judge reviewed the fundamental rules of sentencing as well as the applicable jurisprudence, including *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, [2003] S.C.J. No. 45 (QL), 2003 SCC 46.

[50] The appellant argues the approach taken by the sentencing judge was incorrect, that it did not follow *R. v. Johnson* or this Court’s direction post *Johnson* in *R. v. B.W.N.* (2005), 282 N.B.R. (2d) 146, [2005] N.B.J. No. 117 (QL), 2005 NBCA 33, and *R. v. J.J.M.*, and the sentence was the result of an error in law. The appellant argues the sentencing judge did not first determine the appropriate penalty for the predicate offences, in accordance with usual sentencing principles. This determination, the appellant states, must take into account both the period of incarceration and community supervision order available for a long term offender.

[51] With respect, I cannot agree the sentencing judge failed to consider the cumulative effect of a definitive sentence followed by the supervision available through the long term offender designation. In his reasons for decision, the sentencing judge specifically acknowledged the appellant’s argument that the “public can be adequately protected by a specific sentence for a set period of years followed by some sort of 10 year probation or long term offender guidelines” (para. 26). Although the sentencing judge did not state what he considered to be an appropriate “specific sentence” for the predicate offences, he did state:

The final legal issue or question from all of this is as follows: what method, what sanction, what punishment, what sentence, what disposition of this case; what result can reduce the threat to the public posed by Mr. Penny to an acceptable level? [para. 32]

[52] With respect to the sentencing principles set out in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code*, Richard J.A., in *J.J.M.*, at para. 70, adopted the Supreme Court’s reasoning in *R. v. Johnson*, that “[t]he joint effect of these principles is that a sentencing judge must consider the possibility that a less restrictive sanction would attain the same

sentencing objectives that a more restrictive sanction seeks to attain” (para. 28). He also noted that the Supreme Court went on to say that “the sentencing objective in question is public protection” (para. 29). As in *J.J.M.*, this was “exactly the issue considered by the sentencing judge in the present case”. Therefore, the sentencing judge did not overlook the appropriate principles.

[53] It has not escaped my attention that the appellant is an aboriginal, and although this has not been raised as an issue, the cases of *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688 and *R. v. Wells*, [2000] 1 S.C.R. 207, [2000] S.C.J. No. 11 (QL), 2000 SCC 11, should, perhaps, have been taken into consideration when sentencing the appellant. Regardless, in *R. v. Francis (J.)* (2000), 240 N.B.R. (2d) 159, [2001] N.B.J. No. 286 (QL), 2001 NBCA 81, Larlee J.A. states the following:

In arriving at the sentence that he imposed the sentencing judge did take into consideration s. 718.2(e) of the Code and the case of *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688. However he went on to say that *R. v. Wells*, [2000] 1 S.C.R. 207 was of no assistance because s. 742 had no application in this case. I am of the opinion that the cases of *Gladue* and *Wells* have to be considered together when sentencing aboriginal people who have committed crimes of this nature. They are pertinent in this case not only because the offender is an aboriginal, but also because they comment on aboriginal offenders who have committed serious offences.

In *R. v. Gladue*, Cory and Iacobucci JJ. pointed out in paragraph 13 of a summary of the decision at para. 93:

It is unreasonable to assume that aboriginal peoples do not believe in the importance of traditional sentencing goals such as deterrence, denunciation, and separation, where warranted. In this context, generally, the more serious and violent the crime, the more likely it will be as a practical matter that the terms of imprisonment will be the same for similar offences and offenders, whether the offender is aboriginal or non-aboriginal.

In *R. v. Wells*, *supra*, Iacobucci J. further clarifies that which was said in *Gladue* at para. 40:

However, the scope of s. 718.2(e), as it applies to all offenders, restricts the adoption of alternatives to incarceration to those sanctions that are "reasonable in the circumstances". Again, as was expressly stated in *Gladue*, the Court in no way intended to suggest that as a general rule, the greatest weight is to be given to principles of restorative justice, and less weight accorded to goals such as denunciation and deterrence. Indeed, such a general rule would contradict the individual or case-by-case nature of the sentencing process, which proceeds on the basis of inquiring whether, given the particular facts of the offence, the offender, the victim and the community, the sentence is fit in the circumstances.

In *R. v. Vermette*, 2001 MBCA 64 and [2001] M.J. No. 217 (C.A.), online: Quicklaw (MJ), Justice Steel reiterates that for serious offences aboriginal offenders will be treated like other offenders:

[para. 43] While no categories of offences are exempt from consideration, courts have recognized that, depending on the circumstances, sentences for serious offences may well not be ameliorated by the principles arising from *R. v. Gladue*. There are some serious offences and some offenders for which and for whom separation, denunciation and deterrence are fundamentally relevant (*R. v. Gladue* at para. 78). This point is also made in *R. v. Sackanay* (2000), 47 O.R. (3d) 612 (C.A.) at para. 11:

Admittedly, both *Gladue* and the later Supreme Court of Canada decision in *R. v. Wells*, [[2000] 1 S.C.R. 207, 2000 SCC 10] acknowledge that sentences should not be automatically reduced for aboriginal offenders, and that for more serious and violent offences sentences are likely to be similar whether the offender is aboriginal or not.

[paras. 8-11]

Therefore, it is well settled that in matters involving aboriginal offenders, the more serious the offence, the less consideration is to be given to the principles arising from *R. v. Gladue* and *R. v. Wells*.

[54] In addition, the trial judge had evidence before him as a result of both hearings which included the following factors:

- (a) the pattern of violent offences committed by the appellant;
- (b) the multiple interventions that have proven unsuccessful;
- (c) the extremely high probability of violent recidivism;
- (d) the appellant's high degree of impulsivity and poor behavioural control;
- (e) the appellant's persistent and adamant denial of substance abuse, yet the strong correlation between his violent offending and substance abuse;
- (f) the appellant's denial of suffering from mental illness and rejection of treatment;
- (g) the fact that the appellant suffers from psychopathy;
- (h) there are no treatment programs that have reliably established that psychopathy is a treatable condition, as testified to by Dr. Theriault; and
- (i) the fact that institutional file notes suggest that none of the appellant's criminogenic needs were even remotely addressed while incarcerated and he has refused any psychological or psychiatric treatment.

[55] The factors listed above provided the sentencing judge with more than enough evidence to enable him to find beyond a reasonable doubt that there is no reasonable prospect of eventual control of the appellant, short of an indeterminate sentence. The evidence before the sentencing judge established that the appellant's condition is pathologically intractable, in the sense that there is, at this time, no reasonable possibility of control of the risk the appellant poses to the public, and his

detention is therefore justified until the National Parole Board is satisfied he is safe for release.

V. Disposition

[56] For the reasons set out above, I would dismiss the appeal.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Le 23 mai 2008, un juge de la Cour du Banc de la Reine a déclaré l'appelant coupable de voies de fait graves, infraction prévue au par. 268(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le 12 décembre 2008, l'appelant a été déclaré délinquant dangereux et condamné à une période indéterminée d'emprisonnement dans un pénitencier fédéral. L'appelant demande l'annulation de sa déclaration de culpabilité et la tenue d'un nouveau procès. Subsidiairement, il appelle de la déclaration de délinquant dangereux et de la peine d'emprisonnement de durée indéterminée qui en découle, et il demande à notre Cour d'imposer une peine appropriée. L'appelant soutient que, en déclarant qu'il était un délinquant dangereux, le juge qui a prononcé la peine n'a pas suffisamment tenu compte des dispositions du *Code criminel* portant sur les délinquants à contrôler. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'appel devrait être rejeté. Je ne trouve aucune erreur dans la décision du juge de déclarer l'appelant coupable, ni d'erreur de droit ou d'erreur mixte de fait et de droit dans la détermination de la peine. La déclaration de délinquant dangereux peut être raisonnablement appuyée par la preuve présentée à l'audience de détermination de la peine.

II. Les faits

[2] Puisque l'appelant affirme dans son mémoire qu'il ne conteste pas l'exposé général des faits donné dans le jugement de première instance, je citerai de larges extraits du texte ainsi que du rapport préparé par le docteur P.S. Theriault, M.D., FRCPC, le psychiatre judiciaire qui a procédé à l'évaluation de l'appelant conformément à une ordonnance d'évaluation rendue par le juge du procès (voir le par. 752.1(1) du *Code criminel*). Le rapport est daté du 1^{er} septembre 2008.

[3] L'appelant avait 36 ans lors de la détermination de la peine. Il a été donné en adoption en bas âge par suite d'une maladie dont sa mère biologique était atteinte et a été adopté en 1972 par une famille avec laquelle il a résidé pendant environ 10 ans. Lors de son entrée dans le système scolaire en 1978, l'appelant présentait un comportement bizarre et perturbateur. Il mangeait son dîner en allant à l'école et pendant l'avant-midi, puis volait les dîners des autres élèves. L'appelant avait des comportements alimentaires compulsifs tels que la régurgitation. Il perturbait constamment la classe et se battait avec d'autres élèves. Il a commencé à voler et à mentir, et on a remarqué qu'il était tantôt agressif, tantôt tranquille et à l'écart des autres. Il détestait l'autorité et détruisait ses vêtements et ses possessions. On dit que l'appelant a été victime de violence physique et émotionnelle de la part de ses parents adoptifs pendant sa petite enfance. Par suite de ces mauvais traitements, les autorités provinciales sont intervenues, et l'appelant a été placé en 1982 au Dr. William F. Roberts Hospital School, établissement pour enfants ayant des troubles émotionnels et de comportement, où il a résidé pendant environ deux ans. Les rapports de l'école indiquent qu'après une période initiale d'adaptation, le comportement de l'appelant s'est amélioré, bien que le personnel de l'école ait exprimé des préoccupations au sujet de l'absence de contacts entre l'appelant et ses parents adoptifs. Ces derniers, quoique fort ambivalents envers l'appelant, ont finalement commencé à l'emmener faire des visites de fin de semaine chez eux plus régulièrement à l'automne 1980. Le personnel de l'école a remarqué une détérioration du comportement de l'appelant à l'école après ces visites de fin de semaine. Une source anonyme a fourni des renseignements indiquant que les conditions dans la maison de la famille adoptive étaient inacceptables pour son fils adoptif. Il a été révélé que l'appelant était enfermé sous clé dans une petite pièce du sous-sol de 20 heures à 11 heures le lendemain environ. On donnait à l'appelant une bouteille pour uriner. Ce traitement a été confirmé par l'appelant et par sa mère à l'époque. Une visite du domicile a été effectuée, et on a trouvé que la pièce dans laquelle l'appelant était enfermé était très petite et qu'il y avait une serrure à la porte. La pièce avait une petite fenêtre et pouvait à peine contenir un lit pliant.

[4] À la fin, en raison de préoccupations concernant le risque de perturbations de l'attachement et les répercussions d'un échec de l'adoption sur l'appelant, il a été

décidé que celui-ci demeurerait sous la garde et la surveillance de ses parents adoptifs. L'appelant a été renvoyé à leur domicile, où il est demeuré plusieurs mois avant de revenir à l'hôpital-école Roberts; tous les comportements inquiétants que présentait l'appelant avant son admission à l'école étaient alors réapparus. Les parents adoptifs ont reconnu qu'ils étaient incapables de continuer de prendre soin de l'appelant. Après la réadmission de l'appelant à l'école Roberts, le principal objectif de ses soignants a alors été de lui trouver un nouveau foyer dans la collectivité.

[5] L'appelant a été adopté plus tard par le rév. Philip Penny et son épouse Marina Penny, qui, après avoir été parents d'accueil pendant plusieurs années, avaient décidé d'envisager l'adoption. Par l'entremise du ministère des Services sociaux de l'époque, ils ont été informés au sujet de l'appelant. Le couple a été informé que l'appelant était un enfant en bonne santé physique et émotionnelle. L'adoption a été conclue. Il faut signaler que l'enfant est autochtone et que les Penny ne le sont pas. Ceux-ci ont continué de recevoir des enfants à titre de parents d'accueil et ont adopté deux autres enfants par la suite. Lorsque l'appelant a atteint l'âge de 13 ans, le rév. Penny et M^{me} Penny attendaient un enfant biologique, et l'appelant a commencé à causer des ennuis à la maison. Plus tard, les Penny ont eu un deuxième enfant biologique, et l'appelant s'est mis à causer des problèmes plus graves à la maison. Il a commencé à voler à la maison, à l'église et au magasin du coin. Il s'est mis à boire et s'est engagé dans un cercle vicieux qui a persisté jusqu'à l'âge adulte : toxicomanie, blâme jeté sur les autres pour ses problèmes et conflits avec la justice. Les endroits où la famille Penny déménageait du fait des affectations pastorales du rév. Penny ne semblaient rien y changer : l'appelant était de plus en plus difficile à maîtriser, et son comportement empirait au point qu'il sortait en douce de la maison la nuit et commettait des actes criminels. À 16 ans, l'appelant a reçu un ultimatum : cesser de prendre des drogues ou quitter la maison familiale. Il a choisi de partir.

[6] L'appelant a fréquenté plusieurs écoles au cours de ses études. Il a redoublé quelques années et, à l'occasion, a été promu à une classe supérieure pour des raisons sociales, étant donné sa taille. L'appelant avait des problèmes de discipline à

l'école et s'est vu infliger des suspensions en raison de batailles et d'absentéisme. Il a terminé sa 10^e année à Moncton avant d'être suspendu par suite d'une altercation avec le directeur adjoint de l'école. Le dossier montre que l'appelant a peut-être terminé sa formation générale (GED) en 1992, lorsqu'il avait 20 ans.

[7] L'appelant a de lourds antécédents criminels qui remontent à sa jeunesse. Son casier judiciaire officiel indique que sa première condamnation comme adolescent a eu lieu à Saint John en septembre 1988. Il a eu sept condamnations au tribunal de la jeunesse, subies de septembre 1988 à août 1989, notamment pour possession d'une arme, complicité à la perpétration d'un acte criminel, introduction par effraction et vol, et possession d'une arme prohibée. À l'époque, l'intimé s'est vu imposer des périodes de probation et de garde en milieu fermé.

[8] Le casier de l'appelant en tant qu'adulte révèle que, avant l'infraction actuelle, il a subi 20 condamnations et a eu 14 dates distinctes de détermination des peines. Il a déjà eu quatre périodes d'incarcération dans des pénitenciers fédéraux. Il a des antécédents d'infractions avec et sans violence. Les infractions sans violence sont les suivantes : possession de biens obtenus criminellement, omission de respecter un engagement, introduction par effraction, inobservation d'une ordonnance de probation, entrave à un agent de la paix, méfait, prise de possession non autorisée d'un véhicule à moteur, possession d'une arme prohibée, vol d'une somme excédant 1 000 \$, fraude d'une valeur inférieure à 1 000 \$, conduite avec facultés affaiblies et inobservation d'un engagement.

[9] Les infractions avec violence sont des voies de fait (al. 266*b*)), des voies de fait graves (par. 268(2)) et un vol qualifié (al. 344*b*)). Il est essentiel d'examiner les condamnations pour voies de fait relativement à la déclaration de délinquant dangereux. En août 1996, pendant que l'appelant travaillait pour Campbell's Amusements dans le sud de l'Ontario, lui, un de ses compagnons de travail (Grosleau) et la petite amie de l'appelant à l'époque (Tessier) ont décidé de chercher un individu (Hockley) qui avait déjà fréquenté la petite amie de Grosleau. Cette dernière lui avait dit qu'elle avait été

violée par Hockley. L'appelant, Grosleau et Tessier ont trouvé Hockley et l'ont invité à une fête. Hockley a accompagné les trois, est entré dans l'arrière du véhicule de l'appelant et s'est assis près de Grosleau. Hockley connaissait Grosleau, mais il ne l'a pas reconnu parce que Grosleau avait caché ses cheveux longs avec une casquette de baseball. Tessier était au volant. Quand le véhicule ne s'est pas dirigé vers l'endroit où Hockley s'était fait dire qu'ils allaient, il est devenu nerveux, et il s'est alors rendu compte qu'il était assis près de Grosleau. Hockley a tenté de s'échapper par la portière avant, côté passager, et a couru dans un champ labouré. L'appelant et Grosleau l'ont rattrapé et ont commencé à le battre. Grosleau avait un manche de masse avec lequel frappait Hockley. L'appelant donnait des coups de poing et des coups de pied à Hockley. L'appelant et Grosleau sont retournés au véhicule et ont quitté les lieux, laissant Hockley dans le champ. Ils sont retournés à leur lieu de travail, où ils ont nettoyé le sang qu'ils avaient sur eux.

[10] Hockley a été trouvé aux premières heures du jour le 24 août 1996 et a été transféré au Brantford General Hospital, où il a été traité. En fait de blessures, il avait cinq fractures du crâne, une lacération de 17 centimètres au front, des meurtrissures et une entaille à la jambe droite. Hockley avait perdu la vue à l'œil gauche. Le rapport sur le profil criminel concernant cet incident indique que l'appelant a dit à la police que les blessures graves n'étaient pas [TRADUCTION] « censées se produire, et il ne savait pas que son coaccusé allait donner une forte raclée à la victime ». L'appelant a d'abord été inculpé de tentative de meurtre pour ces voies de fait. Dans l'évaluation psychologique effectuée en 1998 par un certain D^f Hoge, il était indiqué : [TRADUCTION] « Il n'a manifesté aucun remords pour ses infractions passées et a déclaré fièrement qu'il n'a aucun regret. En particulier, il a affirmé qu'il n'avait aucune pitié pour la victime (Hockley) de l'infraction en question et a répété que la victime était au mauvais endroit au mauvais moment. » L'appelant a dit à maintes reprises au D^f Hoge : [TRADUCTION] « Je pensais que la victime était morte et je m'en serais fichu absolument si elle était morte. » (Rapport psychologique du docteur P.S. Theriault, daté du 1^{er} septembre 2008.)

[11] L'appelant a été condamné à une peine de trois ans, commençant le 21 janvier 1997, pour l'accusation de voies de fait graves. Pendant sa période d'emprisonnement, l'appelant a été impliqué dans des batailles, a causé des dommages à l'établissement et a été mis en isolement. Il a été transféré d'un établissement à l'autre par suite de son comportement. L'appelant a été libéré d'office et appréhendé à trois occasions distinctes; après sa troisième libération d'office, il a été arrêté et inculpé de voies de fait contre un agent de la paix. Le 22 décembre 1999, l'appelant et un complice ont été arrêtés et inculpés de vol qualifié et de méfait relatif à un vol qualifié à Hamilton, en Ontario. L'appelant a plaidé non coupable à l'infraction et a interjeté appel du verdict de culpabilité, sans succès. En conséquence, l'appelant a commencé sa troisième période d'incarcération dans un pénitencier fédéral le 21 juin 2000. Il a été désigné comme détenu dit « à sécurité maximale ». Il a été libéré d'office en octobre 2001. Le 2 novembre 2001, l'appelant n'est pas revenu à son heure de rentrée. Le 3 novembre 2001, il a communiqué avec les responsables pour indiquer qu'il [TRADUCTION] « réfléchirait à » se livrer aux autorités. Avant d'être arrêté de nouveau le 17 novembre 2001, il a été inculpé de vol qualifié et de voies de fait à l'endroit d'une femme avec qui il avait établi une relation pendant son incarcération. D'après les renseignements dont nous disposons, il ne semble pas que des poursuites aient été engagées à ce sujet. L'appelant est retourné au pénitencier, mais il a été de nouveau libéré d'office en avril 2002. L'appelant a manqué à l'appel pendant six jours après sa remise en liberté, et ensuite, il a subi des tests qui se sont révélés positifs quant à la présence d'alcool, de cocaïne et de THC; il a été renvoyé de nouveau au pénitencier. Son mandat d'incarcération est venu à expiration le 20 juin 2002.

[12] Pour ce qui est de la condamnation pour les voies de fait graves commises en 2003, l'appelant a été déclaré coupable de voies de fait à l'endroit d'un individu du nom de Joey Brooks, en l'occurrence son demi-frère. La Force policière de Fredericton a répondu à un appel au service 911 et, à son arrivée sur les lieux, a trouvé un homme gisant sur le dos sur le plancher de la cuisine, qui avait le côté gauche du visage ensanglanté, une coupure au-dessus du sourcil gauche et la tête dans une mare de sang. Il y avait aussi du sang sur le mur et sur le tiroir du bas de la cuisinière. Apparemment,

l'appelant, ainsi que la victime et un certain Toby Brooks, buvaient ensemble à la résidence. L'appelant et la victime sont allés dans la cuisine pour cuisiner. Ils ont commencé à se quereller lorsque la victime a dit à l'appelant de sortir de la résidence. L'appelant est allé dans la chambre pour faire ses valises, mais il est retourné à la cuisine peu après. Toby Brooks, selon sa déclaration, a entendu un bruit sourd, est allé dans la cuisine et a vu la victime gisant sur le plancher. L'appelant a saisi un couteau de cuisine, l'a brandi vers Toby Brooks et lui a dit : [TRADUCTION] « Va-t'en de nouveau dans le salon et ne reste là, parce que c'est pas de tes affaires ». M. Brooks est retourné au salon, mais il pouvait entendre l'appelant battre la victime qui gisait sur le plancher. M. Brooks est retourné dans la cuisine et a dit à l'appelant de partir. L'appelant a déposé le couteau sur la table de la cuisine et est parti. M. Brooks a appelé le 911.

[13] Le contexte de cette altercation, d'après l'appelant, est qu'après sa remise en liberté en 2002, il a résidé pendant quelque temps dans la région de Toronto et y a travaillé. Il est retourné plus tard, en décembre 2002, à la Première nation de St. Mary's, au Nouveau-Brunswick, et a habité avec son frère, la victime Joey Brooks. Il a déclaré que son frère essayait constamment de se quereller avec lui. Selon le D^r Theriault, l'appelant considérait les voies de fait comme n'ayant aucune importance. Il a affirmé : [TRADUCTION] « Il (M. Brooks) est allé à l'hôpital pour trois jours, et j'en ai eu pour trois ans ». Pendant son incarcération, l'appelant a été désigné comme détenu dit « à sécurité maximale » et placé dans l'Établissement de l'Atlantique, où il est demeuré jusqu'à la date d'expiration de son mandat, le 2 février 2006. En tout, l'appelant a eu quatre périodes d'incarcération, dont trois pour des infractions avec violence.

[14] Ce contexte factuel nous amène à la présente affaire, une déclaration de culpabilité pour voies de fait graves et la déclaration portant que l'appelant est un délinquant dangereux.

A. *Version du ministère public*

[15] Le 14 décembre 2007, Krista Reed est arrivée à un dépanneur sis près de la maison de chambres où elle cohabitait avec l'appelant. Elle était grièvement blessée, ayant subi une fracture de la mâchoire. La théorie du ministère public était fort simple. L'appelant et M^{me} Reed avaient une relation troublée, et il y avait beaucoup de tension entre eux. Le soir du 14 décembre 2007, dans la chambre qu'ils habitaient ensemble, l'appelant a frappé M^{me} Reed à la mâchoire, qui a été fracturée des deux côtés, lui a donné des coups de poing aux deux côtés du visage et lui a causé des meurtrissures au cou et aux bras. Les marques à son cou et à ses bras indiquent qu'elle avait été retenue pendant qu'on la frappait. Après les voies de fait, M^{me} Reed s'est couchée, répandant du sang sur le divan. Peu après, tandis que l'appelant était dans la salle de bains, M^{me} Reed a changé de vêtements, s'est enfuie de la chambre sans son manteau et a couru jusqu'au dépanneur du voisinage, où elle est arrivée lorsque le propriétaire était sur le point de le fermer pour la nuit.

[16] Le ministère public a insisté sur le fait que M^{me} Reed ne voulait pas que les gens du dépanneur appellent la police ni une ambulance. Avec l'aide du propriétaire du magasin, M^{me} Reed a téléphoné chez les parents adoptifs de l'appelant. Vers 23 h 15, le père adoptif de l'appelant et un ami sont arrivés au dépanneur. Ils ont aidé M^{me} Reed à entrer dans la voiture et, pendant le trajet vers l'Hôpital régional de Saint-Jean, ils ont remarqué l'appelant sur sa bicyclette à l'extérieur de la maison de chambres où le couple résidait. Ils se sont rendus à l'hôpital, où ils sont arrivés vers 23 h 33. M^{me} Reed a dit au père adoptif de l'appelant, ainsi qu'au personnel médical, que c'était l'appelant qui l'avait agressée.

B. *Version de l'appelant*

[17] La version de l'appelant sur ce qui est arrivé est fort différente. Au procès, il a nié avoir agressé M^{me} Reed. Il a dit qu'il était sorti le soir du 14 décembre 2007 et que, quand il est retourné à la chambre du couple, il a remarqué du sang sur la literie et

sur le divan et des gouttes de sang ailleurs. L'appelant a déclaré qu'il était sorti à la recherche de M^{me} Reed, puis est rentré chez lui et s'est endormi ou est tombé ivre mort. La police l'a trouvé dans l'appartement vers 1 heure.

[18] L'appelant a avancé que M^{me} Reed avait peut-être d'autres connaissances et qu'elle a pu subir des voies de fait de la part de quelqu'un d'autre pendant qu'il était sorti. Il a émis l'hypothèse que M^{me} Reed était revenue à leur chambre, y a perdu un peu de sang pendant qu'elle était là puis est allée demander de l'aide. L'appelant a laissé entendre pendant sa plaidoirie que M^{me} Reed a dit à bon nombre de personnes qu'il l'avait agressée parce que cela était peut-être plus respectable qu'admettre qu'un individu qu'elle a pu avoir fréquenté brièvement était responsable des voies de fait.

C. *Décision du juge du procès*

[19] Après un procès de trois jours en mai 2008, le juge du procès a conclu que M^{me} Reed avait été victime de voies de fait graves. Il a rejeté la théorie de la défense voulant que M^{me} Reed ait été agressée par quelqu'un d'autre que l'appelant à un autre endroit et qu'elle soit retournée brièvement à leur chambre, où elle a perdu du sang, puis soit allée demander de l'aide.

[20] Le juge du procès a reconnu que la question cruciale était l'identité de l'auteur des voies de fait. Il a écarté des éléments de preuve qu'il a considérés comme dénués de pertinence juridique, et d'autres qu'il a considérés comme de la diffamation et des insinuations contre la victime. Le juge du procès a établi que les voies de fait s'expliquaient par la relation orageuse entre M^{me} Reed et l'appelant et par le fait que l'appelant s'est mis en colère et a frappé M^{me} Reed. Il a fait des remarques additionnelles sur le fait que M^{me} Reed ne voulait pas que les autorités s'occupent de l'affaire. Le juge du procès a déclaré l'appelant coupable et a reporté l'affaire au 27 juin 2008 pour la détermination de la peine.

D. *Demande de déclaration de délinquant dangereux*

[21] Le 27 juin 2008, le ministère public a déposé un avis de demande de renvoi sous garde de l'appelant en vue d'une évaluation, conformément à l'art. 752.1 du *Code criminel*. Cet article prescrit que le tribunal doit renvoyer le délinquant sous garde pour une période maximale de 60 jours afin d'obtenir une évaluation qui sera utilisée aux fins d'une demande de déclaration indiquant que le délinquant est dangereux, en vertu de l'art. 753 du *Code criminel*, ou qu'il est à contrôler, en vertu de l'art. 753.1 du *Code criminel*. Le consentement du procureur général, qui est nécessaire à l'introduction d'une demande en vertu de l'art. 752.1, a été déposé à la Cour, ainsi que le casier judiciaire de l'appelant, les déclarations des victimes, un rapport présentenciel, l'affidavit d'un agent de police du service de police de Saint John, 12 dossiers du Service correctionnel du Canada et le curriculum vitae du docteur P.S. Theriault, psychiatre.

[22] Le 18 juillet 2008, le juge du procès a statué que, en application du par. 752.1(1), il y avait des motifs suffisants de croire que l'appelant pourrait être déclaré délinquant dangereux ou à contrôler. L'appelant a été renvoyé sous garde en vue d'une évaluation. Le 24 octobre 2008, le rapport judiciaire du docteur P.S. Theriault ainsi que d'autres documents ont été déposés à la Cour. Pour être déclaré délinquant dangereux en vertu de l'article 752 du *Code criminel*, l'appelant devait : 1) être déclaré coupable d'une infraction grave contre la personne qui est une infraction désignée dans le *Code criminel*; 2) avoir été auparavant déclaré coupable d'une infraction désignée au moins deux fois; et 3) avoir été condamné à au moins deux ans d'emprisonnement pour chacune de ces déclarations de culpabilité. L'audience visant à déterminer si l'appelant devrait être déclaré délinquant dangereux ou à contrôler a été tenue les 8, 9 et 10 décembre 2008. Le 12 décembre 2008, le juge du procès, après un examen approfondi de toute la preuve et une évaluation du casier judiciaire de l'appelant, a conclu, [TRADUCTION] « hors de tout doute raisonnable que l'infraction [...] pour laquelle il doit recevoir sa peine [était] une infraction grave contre la personne » (par. 20). Il a ajouté :

[TRADUCTION]

Après avoir considéré l'ensemble de la preuve et tout ce que j'ai entendu durant le procès et la procédure actuelle, je conclus hors de tout doute raisonnable que l'infraction dont M. Penny a été déclaré coupable et pour laquelle il doit recevoir sa peine est une infraction grave contre la personne. Je conclus également, conformément à l'al. 752a) et aux ss-al. 753(1)a)(i), (ii) et (iii), que sa conduite constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental d'autres personnes, du fait que, par la répétition de ses actes, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, le délinquant démontre qu'il est incapable de contrôler ses actes et permet de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes, que, par la répétition continuelle de ses actes d'agression, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, le délinquant démontre une indifférence marquée quant aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui, et que son comportement, associé à la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, est d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'il y a peu de chance pour qu'à l'avenir ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement.

Toutefois, avant de décider si M. Penny devrait également être déclaré délinquant dangereux, je dois examiner la question de savoir s'il existe quelque autre sanction moindre qui pourrait être appropriée. Je dois me demander si sa conduite est si invétérée et si incorrigible qu'il n'y a pas d'autre solution que de le traiter comme un délinquant dangereux.

En tirant cette conclusion, je dois considérer les principes fondamentaux de détermination de la peine qui sont énoncés au *Code criminel* et incluent, à l'alinéa 718.2e), des mises en garde enjoignant à la Cour d'envisager

toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

[...]

La Cour suprême du Canada a insisté sur le point suivant, au par. 19 de l'arrêt *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357 :

Dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, notre Cour a affirmé que l'objectif principal du régime applicable aux délinquants dangereux était la protection du public : voir également *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C. Ont.), cité avec approbation dans *Lyons*, précité, p. 329. Dans cet arrêt, le juge La Forest explique que la détention préventive prévue par ce régime va au-delà de ce qui est justifié suivant le principe du « châtement mérité » selon lequel, dans un cas donné, la nature du crime et la situation du délinquant font en sorte que l'objectif de la protection du public l'emporte sur les autres objectifs de la détermination de la peine. Il confirme à la p. 339 que la loi visait à « définir soigneusement un groupe très restreint de délinquants dont les caractéristiques personnelles et la situation particulière militent fortement en faveur d'une incarcération préventive ».

La détention d'un délinquant dangereux pendant une période indéterminée n'est justifiée que si elle vise effectivement à protéger le public. Comme le fera ressortir notre analyse plus approfondie, il peut arriver qu'un délinquant remplisse les conditions d'une déclaration portant qu'il est un délinquant dangereux, mais que l'objectif de la protection du public puisse être atteint sans lui infliger une peine de détention d'une durée indéterminée.

[Par. 20 à 22 et 24]

[23]

Le juge du procès a conclu :

[TRADUCTION]

Après examen de l'ensemble de la preuve et de tous les textes juridiques faisant autorité, des mémoires présentés et des plaidoiries, je conclus hors de tout doute raisonnable que Philip Joseph Dalton Penny est un délinquant dangereux et que le fait de le déclarer délinquant dangereux est la seule mesure judiciaire raisonnable qui réduira à un

niveau suffisamment acceptable le danger public qu'il constitue.

[Par. 33.]

III. Moyens d'appel

[24] L'appelant interjette appel de la déclaration de culpabilité et de la période d'incarcération de durée indéterminée qui découle de la déclaration de délinquant dangereux. Dans son mémoire, il expose quatre moyens d'appel, soutenant que le juge du procès a commis une erreur de droit ou une erreur mixte de fait et de droit :

[TRADUCTION]

- 1) en déclarant Philip Joseph Dalton Penny coupable sans énoncer des motifs suffisants pour permettre une révision valable en appel sur les questions de la crédibilité et du doute raisonnable;
- 2) en déterminant la peine au moyen d'un examen incorrect des assertions d'une déclaration de la victime sur les faits de l'infraction;
- 3) en déterminant la peine sans tenir suffisamment compte de la santé mentale de Philip Joseph Dalton Penny;
- 4) en déclarant Philip Joseph Dalton Penny délinquant dangereux sans avoir examiné convenablement la question de savoir si les mesures moins restrictives des dispositions du *Code criminel* sur les délinquants à contrôler étaient suffisantes pour protéger le public contre le risque de préjudice.

IV. Analyse

A. *Suffisance des motifs concernant l'évaluation de la crédibilité et la preuve hors de tout doute raisonnable*

[25] Dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, [2002] A.C.S. n° 30 (QL), 2002 CSC 26, la Cour suprême a confirmé que les tribunaux ont l'obligation de

fournir des motifs. Dans l'arrêt *R. c. Dinardo*, [2008] 1 R.C.S. 788, [2008] A.C.S. n° 24 (QL), 2008 CSC 24, la juge Charron a déclaré :

En première instance, les motifs « justifient et expliquent le résultat » (*Sheppard*, par. 24). Dans un litige dont l'issue est en grande partie liée à la crédibilité, on tiendra compte de la déférence due aux conclusions sur la crédibilité tirées par le juge de première instance pour déterminer s'il a suffisamment motivé sa décision. Les lacunes dans l'analyse de la crédibilité effectuée par le juge du procès, telle qu'il l'expose dans ses motifs, ne justifieront que rarement l'intervention de la cour d'appel. Néanmoins, le défaut d'expliquer adéquatement comment il a résolu les questions de crédibilité peut constituer une erreur justifiant l'annulation de la décision (voir *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27, par. 23). Comme notre Cour l'a indiqué dans *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, l'accusé est en droit de savoir « pourquoi le juge du procès écarte le doute raisonnable » :

Apprécier la crédibilité ne relève pas de la science exacte. Il est très difficile pour le juge de première instance de décrire avec précision l'enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l'observation et de l'audition des témoins, ainsi que des efforts de conciliation des différentes versions des faits. C'est pourquoi notre Cour a statué – la dernière fois dans l'arrêt *H.L.* – qu'il fallait respecter les perceptions du juge de première instance, sauf erreur manifeste et dominante.

Cela ne veut pas dire que la cour d'appel peut se soustraire à son obligation de revoir le dossier pour s'assurer que les conclusions de fait pouvaient raisonnablement être tirées. Qui plus est, lorsque l'accusation est grave et que, comme en l'espèce, le témoignage d'un enfant contredit celui d'un adulte, qui nie les faits, l'accusé est en droit de savoir pourquoi le juge du procès écarte le doute raisonnable. [par. 20-21]

[Par. 26]

[26]

En somme, l'arrêt *Sheppard* prescrit aux tribunaux d'appel d'adopter une approche fonctionnelle en examinant la suffisance des motifs à l'appui des conclusions

sur la crédibilité. Notre Cour a examiné récemment cette question dans l'arrêt *R. c. R.D.H.*, [2009] A.N.-B. n° 141 (QL), 2009 NBCA 28, où le juge Bell déclare :

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, [2002] A.C.S. n° 30 (QL), 2002 CSC 26, la Cour a de nouveau examiné la question de l'insuffisance des motifs. Le juge Binnie, qui rendait le jugement de la Cour, a écrit que « [l]a cour d'appel n'est pas habilitée à intervenir simplement parce qu'elle estime que le juge du procès s'est mal exprimé » (par. 26). Le juge Binnie dit également que l'obligation de donner des motifs « devrait recevoir une interprétation fonctionnelle et fondée sur l'objet » (par. 53) et que le manquement à cette obligation ne crée pas « [...] un droit d'appel distinct et [ne confère pas] le droit à l'intervention d'une cour d'appel » (par. 53). Essentiellement, l'arrêt *Sheppard* énonce que les tribunaux d'appel devraient se demander si les motifs répondent aux questions en litige, compte tenu de la preuve dans son ensemble et des observations des avocats. Un appel fondé sur l'insuffisance des motifs ne sera accueilli que lorsque les motifs du juge du procès sont tellement déficients qu'ils empêchent tout examen valable en appel (voir aussi l'arrêt *R. c. Walker*, [2008] 2 R.C.S. 245, [2008] A.C.S. n° 34 (QL), 2008 CSC 34, où le juge Binnie a conclu que l'obligation de donner des motifs suffisants est fondée sur le fait que les juges de première instance doivent justifier et expliquer le résultat, de même que sur la nécessité de dire à la partie qui n'a pas gain de cause pourquoi elle a perdu et sur la nécessité de permettre un examen éclairé des moyens d'appel et de convaincre les membres du public que justice a été rendue).

Dans l'affaire *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 R.C.S. 3, [2008] A.C.S. n° 52 (QL), 2008 CSC 51, la Cour était appelée à déterminer si un juge de première instance avait donné des motifs suffisants concernant son appréciation de la crédibilité des témoins. La juge en chef McLachlin explique qu'une conclusion concernant la crédibilité peut faire intervenir des facteurs difficiles à énoncer. La juge en chef dit ensuite que la cour d'appel doit entreprendre l'examen du caractère suffisant des motifs avec déférence envers les conclusions de fait du juge du procès. Ensuite, la cour d'appel doit déterminer, en faisant preuve de retenue, si les motifs considérés avec la preuve versée au dossier, les observations des avocats et les questions en litige au procès

font ressortir le fondement du verdict (par. 67) (voir aussi l'arrêt *Nouveau-Brunswick (ministre des Services familiaux et communautaires) c. T.L.M. (tutrice d'instance de)*, [2009] A.N.-B. n° 19 (QL), 2009 NBCA 8, en ce qui concerne l'insuffisance des motifs). [Par. 7 et 8]

Il est donc clair qu'une intervention en appel devrait être évitée, à moins que les motifs du juge du procès ne soient déficients au point d'empêcher un examen valable.

[27] Il est manifeste, à mes yeux, d'après l'analyse du juge du procès, qu'il était conscient de la question de la crédibilité des témoins et qu'il a examiné les arguments présentés par le ministère public et par l'accusé. Les motifs du juge du procès sur la question de la crédibilité et celle de la culpabilité hors de tout doute raisonnable remplissent l'obligation de fournir des motifs selon « [l']interprétation fonctionnelle et fondée sur l'objet » telle qu'elle a été expliquée par le juge Binnie dans les arrêts *R. c. Sheppard* et *R. c. Walker*, [2008] 2 R.C.S. 245, [2008] A.C.S. n° 34 (QL), 2008 CSC 34, et par notre Cour dans l'arrêt *R. c. R.D.H.* Je rejetterais ce moyen d'appel.

B. *Examen des assertions de la déclaration de la victime sur les faits de l'infraction*

[28] L'article 722 du *Code criminel* décrit les circonstances dans lesquelles une déclaration de la victime est admissible. Lorsqu'une déclaration est admise à bon droit devant la Cour, celle-ci *prend* en considération la déclaration de la victime pour déterminer la peine. L'article 722 est libellé comme suit :

**PROCEDURE
AND EVIDENCE**

722. (1) For the purpose of determining the sentence to be imposed on an offender or whether the offender should be discharged pursuant to section 730 in respect of any offence, the court shall consider any statement that may have been prepared in accordance with

**PROCÉDURE
ET RÈGLES DE PREUVE**

722. (1) Pour déterminer la peine à infliger ou pour décider si un délinquant devrait être absous en vertu de l'article 730, le tribunal prend en considération la déclaration de la victime, rédigée en conformité avec le paragraphe (2), sur les dommages – corporels ou autres –

subsection (2) of a victim of the offence describing the harm done to, or loss suffered by, the victim arising from the commission of the offence.

(2) A statement referred to in subsection (1) must be

(a) prepared in writing in the form and in accordance with the procedures established by a program designated for that purpose by the lieutenant governor in council of the province in which the court is exercising its jurisdiction; and

(b) filed with the court.

(2.1) The court shall, on the request of a victim, permit the victim to read a statement prepared and filed in accordance with subsection (2), or to present the statement in any other manner that the court considers appropriate.

(3) Whether or not a statement has been prepared and filed in accordance with subsection (2), the court may consider any other evidence concerning any victim of the offence for the purpose of determining the sentence to be imposed on the offender or whether the offender should be discharged under section 730.

(4) For the purposes of this section and section 722.2, “victim”, in relation to an offence,

(a) means a person to whom harm was done or who suffered physical or emotional loss as a result of the commission of the offence; and

(b) where the person described in paragraph (a) is dead, ill or otherwise incapable of making a statement referred to in subsection (1), includes the spouse or common-law partner or any relative of that person, anyone who has in law or fact the custody of that person or is responsible for the

ou les pertes causées à celle-ci par la perpétration de l’infraction.

(2) La déclaration visée au paragraphe (1) est à rédiger selon la forme et en conformité avec les règles prévues par le programme désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province où siège le tribunal et doit être déposée auprès de celui-ci.

(2.1) Si la victime en fait la demande, le tribunal lui permet de lire la déclaration rédigée et déposée auprès du tribunal en conformité avec le paragraphe (2) ou d’en faire la présentation de toute autre façon qu’il juge indiquée.

(3) Qu’il y ait ou non rédaction et dépôt d’une déclaration en conformité avec le paragraphe (2), le tribunal peut prendre en considération tout élément de preuve qui concerne la victime afin de déterminer la peine à infliger au délinquant ou de décider si celui-ci devrait être absous en vertu de l’article 730.

(4) Pour l’application du présent article et de l’article 722.2, la victime est :

a) la personne qui a subi des pertes ou des dommages – matériels, corporels ou moraux – par suite de la perpétration d’une infraction;

b) si la personne visée à l’alinéa a) est décédée, malade ou incapable de faire la déclaration prévue au paragraphe (1), soit son époux ou conjoint de fait, soit un parent, soit quiconque en a la garde, en droit ou en fait, soit toute personne aux soins de laquelle elle est confiée ou qui est chargée de son

care or support of that person or any dependant of that person.

R.S., 1985, c. C-46, s. 722; 1995, c. 22, s. 6; 1999, c. 25, s. 17(Preamble); 2000, c. 12, s. 95

722.1 The clerk of the court shall provide a copy of a statement referred to in subsection 722(1), as soon as practicable after a finding of guilt, to the offender or counsel for the offender, and to the prosecutor.

1995, c. 22, s. 6; 1999, c. 25, s. 18(Preamble).

722.2 (1) As soon as practicable after a finding of guilt and in any event before imposing sentence, the court shall inquire of the prosecutor or a victim of the offence, or any person representing a victim of the offence, whether the victim or victims have been advised of the opportunity to prepare a statement referred to in subsection 722(1).

(2) On application of the prosecutor or a victim or on its own motion, the court may adjourn the proceedings to permit the victim to prepare a statement referred to in subsection 722(1) or to present evidence in accordance with subsection 722(3), if the court is satisfied that the adjournment would not interfere with the proper administration of justice.

1999, c. 25, s. 18(Preamble).

entretien, soit une personne à sa charge.

L.R. (1985), ch. C-46, art. 722; 1995, ch. 22, art. 6; 1999, ch. 25, art. 17(préambule); 2000, ch. 12, art. 95.

722.1 Dans les meilleurs délais possible[s] suivant la déclaration de culpabilité, le greffier fait parvenir au poursuivant et au délinquant ou à son avocat, une copie de la déclaration visée au paragraphe 722(1).

1995, ch. 22, art. 6; 1999, ch. 25, art. 18(préambule).

722.2 (1) Dans les meilleurs délais possible[s] suivant la déclaration de culpabilité et, en tout état de cause, avant la détermination de la peine, le tribunal est tenu de s'enquérir auprès du poursuivant ou de la victime – ou de toute personne la représentant – si elle a été informée de la possibilité de rédiger une déclaration visée au paragraphe 722(1).

(2) Le tribunal peut, de sa propre initiative ou à la demande de la victime ou du poursuivant, ajourner les procédures pour permettre à celle-ci de rédiger sa déclaration ou de présenter tout élément de preuve en conformité avec le paragraphe 722(3), s'il est convaincu que cela ne nuira pas à la bonne administration de la justice.

1999, ch. 25, art. 18(préambule).

[29] L'appelant affirme que le juge du procès a donné une importance excessive à la déclaration de la victime de M^{me} Reed. Il ajoute que cette déclaration contenait des faits extrinsèques tels que le fait que M^{me} Reed [TRADUCTION] « croyait que l'appelant lui demandait un baiser avant d'être agressée ». Cette assertion n'avait pas été entendue pendant le témoignage de la victime au procès. L'appelant soutient que le juge du procès n'aurait pas dû tenir compte de cette déclaration de fait additionnelle, parce que les déclarations de la victime ne devraient pas inclure [TRADUCTION] « des

assertions contre l'accusé qui sont indépendantes de celles que le ministère public désire présenter » ou [TRADUCTION] « des assertions concernant les faits de l'infraction ».

[30] L'arrêt *R. c. Bremner* (2000), 146 C.C.C. (3d) 59, [2000] B.C.J. No. 1096 (QL), 2000 BCCA 345, est invoqué à la fois par les avocats de l'appelant et du ministère public. Dans cette affaire, appel a été interjeté à l'encontre de quatre peines concurrentes équivalant à 18 mois d'emprisonnement. Bremner avait été déclaré coupable d'attentats à la pudeur commis à la fin des années 1960 et au début des années 1970. À l'époque, Bremner était au début de la vingtaine et était officier dans une organisation quasi navale pour jeunes. Les plaignants étaient des cadets de la marine âgés de 13 à 16 ans. Bremner s'était marié par la suite et avait deux fils adultes. Il avait un emploi stable et pas de casier judiciaire. Un psychologue a déclaré que Bremner présentait un très faible risque de récidivisme sexuel et ne présentait pas de risque pour la société. Les plaignants ont fourni des déclarations de victimes. L'un des plaignants a donné lecture de sa déclaration en cour, et un autre a demandé une peine rigoureuse que la Cour ne pouvait pas imposer en droit. Les déclarations contenaient des éléments dont la Cour n'avait pas été dûment saisie, et plus d'une déclaration de victime réclamait une vengeance personnelle. En infligeant la peine, le juge du procès a mis l'accent sur la dénonciation, la dissuasion générale et la réparation des torts. Il a statué que le sursis à l'emprisonnement n'était pas approprié parce que Bremner n'avait pas admis ses actes et qu'un message de dissuasion générale ne serait pas envoyé à la collectivité si Bremner était autorisé à purger la peine à la maison. L'appel a été accueilli parce que le juge du procès avait accordé trop d'importance aux déclarations des victimes. Celles-ci n'auraient pas dû être autorisées à suggérer la peine qu'elles voulaient voir infliger. La cour d'appel a statué [TRADUCTION] qu'« il n'y a rien dans les dispositions du *Code criminel* qui permette aux victimes de jouer un rôle en suggérant la durée ou la nature de la peine à infliger » (par. 23).

[31] En l'espèce, le ministère public soutient que la déclaration de la victime est entièrement admissible. D'après le ministère public, le commentaire considéré offensant est que M^{me} Reed croyait que l'appelant [TRADUCTION] « demandait un

baiser ». Le ministère public affirme que ce commentaire n'aurait aucune influence sur la décision du juge du procès de déclarer l'appelant délinquant dangereux ou non. Il soutient que l'arrêt *Bremner* soutient l'assertion voulant qu'une victime ne puisse pas s'adresser à la Cour au sujet de la sévérité de la sanction à infliger. L'arrêt *Bremner* se distingue de la présente espèce en ce que la déclaration de la victime présentée dans cette affaire contenait une recommandation de la victime au sujet de la peine. Dans la présente affaire, la victime ne faisait qu'expliquer les circonstances des voies de fait et ses réactions émotives à celles-ci.

[32] À mon avis, une déclaration de la victime devrait se limiter à ce qui est indiqué au par. 722(1), c'est-à-dire une description des « dommages – corporels ou autres – ou [d]es pertes causées à [la victime] ». Elle ne devrait pas contenir des explications sur le témoignage donné au procès au sujet de la manière dont l'infraction a été commise ni faire des remarques sur la nature et la durée de la peine. Un examen de la déclaration de la victime de M^{me} Reed révèle qu'elle ne laisse voir en aucune façon la durée ou la nature de la peine qu'elle aurait aimé voir infliger à l'appelant. Bien qu'on puisse dire que la déclaration de la victime expliquait les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise, on pourrait aussi interpréter la remarque de M^{me} Reed comme une indication du dommage émotionnel qu'elle a subi par suite de l'infraction. De toute façon, je ne crois pas que la déclaration ait eu une influence sur la décision finale. En conséquence, je rejeterais ce moyen d'appel.

C. *Attention suffisante portée à la santé mentale de l'appelant*

[33] Comme il est expliqué dans les annotations de *Martin's Annual Criminal Code 2010* (Aurora : Canada Law Book, 2010), à l'article 2, [TRADUCTION] « la définition d'«inaptitude à subir son procès» inscrit dans la loi l'abondante jurisprudence à ce sujet. Toute personne qui est incapable de comprendre soit la nature, soit l'objet des poursuites, ou leurs conséquences éventuelles, ou de communiquer avec son avocat par suite de troubles mentaux devient ainsi «inapte à subir son procès» ».

[34] Le critère de l'aptitude à subir son procès, qui a été élaboré sous le régime de la common law, est codifié à l'article 2 du *Code criminel* :

“unfit to stand trial” means unable on account of mental disorder to conduct a defence at any stage of the proceedings before a verdict is rendered or to instruct counsel to do so, and, in particular, unable on account of mental disorder to

« inaptitude à subir son procès » Incapacité de l'accusé en raison de troubles mentaux d'assumer sa défense, ou de donner des instructions à un avocat à cet effet, à toute étape des procédures, avant que le verdict ne soit rendu, et plus particulièrement incapacité de :

(c) understand the nature or object of the proceedings,

d) comprendre la nature ou l'objet des poursuites;

(d) understand the possible consequences of the proceedings, or

e) comprendre les conséquences éventuelles des poursuites;

(c) communicate with counsel;

f) communiquer avec son avocat.

[35] Les autres dispositions pertinentes du *Code criminel* sont les suivantes :

FITNESS TO STAND TRIAL

672.22 An accused is presumed fit to stand trial unless the court is satisfied on the balance of probabilities that the accused is unfit to stand trial.

1991, c. 43, s. 4.

672.23 (1) Where the court has reasonable grounds, at any stage of the proceedings before a verdict is rendered, to believe that the accused is unfit to stand trial, the court may direct, of its own motion or on application of the accused or the prosecutor, that the issue of fitness of the accused be tried.

(2) An accused or a prosecutor who makes an application under subsection (1) has the burden of proof that the accused is unfit to stand trial.

APTITUDE À SUBIR SON PROCÈS

672.22 L'accusé est présumé apte à subir son procès sauf si le tribunal, compte tenu de la prépondérance des probabilités, est convaincu de son inaptitude.

1991, ch. 43, art. 4.

672.23 (1) Le tribunal qui a, à toute étape des procédures avant que le verdict ne soit rendu, des motifs raisonnables de croire que l'accusé est inapte à subir son procès peut, d'office ou à la demande de l'accusé ou du poursuivant, ordonner que cette aptitude soit déterminée.

(2) Lorsqu'une demande est présentée en vertu du paragraphe (1) par le poursuivant ou l'accusé, la charge de prouver l'inaptitude de l'accusé à subir son procès incombe à l'auteur de la

1991, c. 43, s. 4.

demande.

1991, ch. 43, art. 4.

Ces dispositions montrent clairement que l'aptitude à subir son procès est présumée.

[36] L'appelant présente l'argument voulant que le juge du procès ait déterminé sa peine sans tenir suffisamment compte de sa santé mentale. Il affirme que le juge qui a prononcé la peine disposait d'éléments de preuve et de renseignements concernant sa santé mentale qui auraient dû l'amener à croire que l'appelant était inapte à recevoir sa peine. L'appelant soutient que le juge du procès, conformément à l'art. 672.23 du *Code criminel*, aurait dû ordonner d'office que l'aptitude de l'accusé soit déterminée.

[37] Dans l'arrêt *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, [1994] A.C.S. n° 69 (QL), la Cour suprême a adopté une norme de « l'aptitude à subir son procès » qui requiert au moins une « capacité cognitive limitée » :

Le critère de l'aptitude à subir son procès diffère considérablement de la définition de troubles mentaux que donne l'art. 16. Il est fondé sur l'existence de troubles mentaux et il met l'accent sur la capacité de donner des instructions à un avocat et d'assumer sa défense. Établi sous le régime de la common law, ce critère est désormais codifié à l'art. 2 du *Code*, dont voici le texte :

2. [...]

« inaptitude à subir son procès » Incapacité de l'accusé en raison de troubles mentaux d'assumer sa défense, ou de donner des instructions à un avocat à cet effet, à toute étape des procédures, avant que le verdict ne soit rendu, et plus particulièrement incapacité de :

- a) comprendre la nature ou l'objet des poursuites;
- b) comprendre les conséquences éventuelles des poursuites;
- c) communiquer avec son avocat.

Il requiert une capacité cognitive limitée de comprendre le processus et de communiquer avec un avocat. Dans l'arrêt *R.*

c. Taylor (1992), 77 C.C.C. (3d) 551, la Cour d'appel de l'Ontario a statué, après examen de la doctrine et de la jurisprudence, que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que l'accusé doit être en mesure de prendre des décisions rationnelles qui soient avantageuses pour lui. Voici ce que le juge Lacourcière dit, au nom de la cour, à la p. 567 :

[TRADUCTION] Le critère de la « capacité cognitive limitée » permet d'atteindre un équilibre réel entre les objectifs des règles de l'aptitude et le droit constitutionnel de l'accusé de choisir sa propre défense et de subir son procès dans un délai raisonnable.

En conséquence, pourvu que l'accusé ait cette capacité limitée, il n'est pas nécessaire, au préalable, qu'il soit capable de recourir à un raisonnement analytique pour choisir d'accepter les conseils d'un avocat ou pour prendre une décision qui sert au mieux ses intérêts. [Par. 31 et 32]

[38] Récemment, la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour d'appel de la Saskatchewan ont discuté le critère de la capacité cognitive limitée. Dans l'arrêt *R. c. W. (M.A.)* (2008), 237 C.C.C. (3d) 560, [2008] O.J. No. 2738 (QL), 2008 ONCA 555, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de M.A.W. à l'encontre de sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle et contacts sexuels avec son jeune fils. Les allégations ont été connues lorsque le fils de M.A.W. a révélé les anciennes agressions à ses parents adoptifs et a fait ensuite à la police une déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique. Après que M.A.W. a dit vouloir plaider coupable, le juge du procès a procédé à l'examen envisagé au par. 606(1.1) du *Code criminel* et a demandé à M.A.W. si son plaidoyer était volontaire, si c'était entièrement sa décision, s'il comprenait que les conséquences d'un plaidoyer de culpabilité pourraient être [TRADUCTION] « très graves » et s'il comprenait que le juge du procès n'était tenu d'accepter aucune peine proposée. M.A.W. a répondu oui à toutes ces questions. En appel, M.A.W. a soutenu que le plaidoyer de culpabilité devrait être écarté parce qu'il souffrait d'un trouble mental (dépression) qui compromettrait le caractère volontaire de ses plaidoyers. L'appel a été rejeté. La Cour a conclu que, lorsque M.A.W. a plaidé coupable, il comprenait le processus et a pris une décision consciente et volontaire qu'il considérait alors

appropriée. Il n'avait pas montré que sa dépression l'avait privé de la capacité de choisir consciemment de plaider coupable. La Cour d'appel de l'Ontario a déterminé que la norme de la capacité cognitive limitée, décrite dans l'arrêt *Whittle*, était le critère approprié à appliquer dans l'évaluation du degré requis de capacité mentale qu'une personne doit posséder pour être apte à subir son procès.

[39] Dans l'arrêt *R. c. Jobb (C.V.)* (2008), 314 Sask. R. 236, [2008] S.J. No. 764 (QL), 2008 SKCA 156, la Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli un appel du ministère public à l'encontre d'une ordonnance déclarant Jobb inapte à subir son procès. Jobb avait été inculpé de 29 infractions, y compris deux actes criminels de vol de moins de 5 000 \$. C'était un homme de 22 ans atteint d'un trouble d'alcoolisation fœtale, d'un trouble déficitaire de l'attention et d'un trouble de toxicomanie et de dépendance. On avait diagnostiqué chez lui une déficience mentale. M. Jobb était considéré incapable d'assumer les responsabilités d'une vie autonome et avait besoin d'un milieu de vie et de travail protégé. Il avait passé son enfance dans un foyer d'accueil et, même si sa famille d'accueil lui fournissait un soutien important, il s'enfuyait constamment et était devenu alcoolique et toxicomane. Un psychiatre a effectué une évaluation de M. Jobb avant sa mise en liberté sous caution pour les infractions. Le psychiatre a conclu que M. Jobb était apte à subir son procès, car il était capable de dire au psychiatre la nature et les circonstances des accusations portées contre lui, de décrire les fonctions de la Cour et d'exprimer du regret. Le psychiatre a conclu en outre que M. Jobb pouvait donner des instructions à son avocate et se défendre lui-même.

[40] M. Jobb a violé à maintes reprises les conditions de sa mise en liberté sous caution et a fini par être accusé d'un deuxième vol. Il a bénéficié d'une autre mise en liberté sous caution et a continué à en violer les conditions. Une deuxième évaluation psychiatrique a été ordonnée. Pendant l'audience sur l'aptitude de M. Jobb à subir son procès, la juge a accepté l'opinion du deuxième psychiatre, le D^r Menzies, signalant que la première opinion remontait à plus d'un an et n'avait pas abordé les affections diagnostiquées auparavant chez M. Jobb. Le rapport du D^r Menzies affirmait que M. Jobb savait de quoi il était inculpé et comprenait la différence entre un plaidoyer de culpabilité

et un plaidoyer de non-culpabilité, mais confondait le rôle de son avocate et celui du procureur. Le D^r Menzies a exprimé l'opinion que le trouble déficitaire de l'attention de M. Jobb pouvait amoindrir sa capacité de suivre suffisamment les procédures du tribunal pour donner des directives à son avocate. La Cour d'appel a statué que la juge du procès avait appliqué un critère trop rigoureux en concluant que M. Jobb était inapte à subir son procès. Le souci de la juge du procès au sujet de la capacité de M. Jobb à donner couramment des directives à son avocate pendant les délibérations du tribunal ne s'accordait pas avec le critère de la « capacité cognitive limitée ». La Cour a conclu que le critère approprié pour évaluer la capacité de M. Jobb de piloter une défense, de communiquer avec son avocate et de lui donner des directives se limitait à savoir si M. Jobb pouvait relater les faits nécessaires pour permettre à son avocate de présenter correctement une défense. La Cour a statué qu'il n'y avait pas de preuves montrant que M. Jobb ne comprenait pas ce qui lui était dit, et la preuve psychiatrique établissait qu'il n'avait pas besoin d'être guidé pour comprendre le système judiciaire.

[41] J'adopterais la position adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario et celle de la Saskatchewan, qui sont expliquées ci-dessus, ainsi que l'opinion exprimée par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. c. C. (L.S.)* (2003), 13 C.R. (6th) 390, [2003] A.J. No. 388 (QL), 2003 ABCA 105. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Alberta décrit les intérêts qui sous-tendent la présomption d'aptitude à subir son procès :

[TRADUCTION]

Des intérêts publics et personnels pressants exigent que soit déterminée l'aptitude de l'accusé à subir son procès. Il est dans l'intérêt public de veiller à ce que les personnes accusées d'avoir commis des crimes soient traduites en justice. Les intérêts personnels de l'accusé sont doubles. Premièrement, une personne accusée d'un crime a le droit de « comparaître devant la Cour » et de présenter une défense pleine et entière contre l'accusation portée contre elle. Deuxièmement, une personne déclarée inapte à subir son procès risque de se voir hospitalisée indéfiniment jusqu'à ce qu'elle soit jugée « apte ». Selon la gravité de l'état de la personne accusée la période d'incarcération peut théoriquement être plus longue que la peine

d'emprisonnement infligée sur déclaration de culpabilité au terme d'un procès. [Par. 12]

[42] Un examen approfondi de la transcription officielle du procès ne révèle pas en quoi l'aptitude de l'appelant à subir son procès aurait pu être contestée. L'appelant a témoigné au procès ainsi qu'à l'audience tenue pour statuer sur la demande de déclaration de délinquant dangereux. Le D^r Theriault a effectué une évaluation de l'appelant, qui a été utilisée pour déterminer si l'appelant devrait être déclaré délinquant dangereux. À la suite de cette évaluation, le D^r Theriault a conclu, dans son rapport daté du 1^{er} septembre 2008 :

[TRADUCTION]

[...] Les évaluations psychologiques au fil des années ont indiqué d'importantes caractéristiques de psychopathie et de trouble de la personnalité antisociale, des problèmes de toxicomanie et, au cours des dernières années, la présence d'un trouble psychique possible. En entrevue, M. Penny continue de présenter les caractéristiques d'un psychopathe, y compris l'absence de pitié, d'empathie et de remords et un sentiment de supériorité et de grandeur qui est absolument déplacé dans sa situation. L'entrevue laisse également croire que M. Penny souffre effectivement d'un trouble psychique, probablement un trouble délirant. [...]
[P. 27]

[43] Bien que le D^r Theriault ait diagnostiqué que l'appelant était un psychopathe, il n'a certainement pas établi que l'appelant était privé des capacités cognitives nécessaires pour subir son procès. Pendant le contre-interrogatoire du D^r Theriault, l'échange suivant a eu lieu :

[TRADUCTION]

Q. Dans cette évaluation de M. Penny que vous avez effectuée, est-il vrai qu'il n'y a pas eu de test cognitif?

R. C'est vrai.

Q. Et pourquoi?

- R. Parce que son dossier du SCC indiquait qu'il avait subi des tests cognitifs dans le passé et que son intelligence moyenne était dans la... son intelligence était dans la moyenne; alors, je n'ai pas vu de raison de faire d'autres tests.
- Q. Du fait que, avec le temps, il semblait manifester quelque genre de maladie, cela n'affecterait-il pas ses capa... capacités cognitives?
- R. Pas nécessairement. Je veux dire, les troubles psychotiques ont tendance à... à avoir un effet, quand ils affectent la connaissance, sur la coordination des... des pensées, et pas sur l'intelligence elle-même, vous voyez? Alors, la personne ne perd pas son intelligence; elle... elle peut avoir des pensées plus décousues, mais c'est... c'est plus évident dans les observations faites au cours d'une conversation que dans des tests structurés.
- Q. Bon, je ne sais pas trop quelle est votre réponse à la question. Y a-t-il... est-il possible qu'un trouble psychiatrique porte atteinte aux capacités cognitives?
- R. Euh, cela dépend du trouble psychiatrique. Si vous avez la maladie d'Alzheimer, oui. Si vous avez des maladies psychotiques, non...pas autant, non.
- Q. Pas autant? C'est bien. Mais cela... vous avez dit que cela tend à amener une pensée décousue, et ainsi de suite?
- R. Cela peut, oui.

On peut inférer de cet échange que le D^r Theriault considérait l'appelant comme étant apte à subir son procès.

- [44] Dans son rapport du 1^{er} septembre 2008, le D^r Theriault affirme : [TRADUCTION] « Les tests pris isolément, dans le cadre des évaluations psychologiques effectuées au SCC, lui attribuent un niveau d'intelligence moyen ». Le D^r Theriault ajoute : [TRADUCTION] « [...] Les tests cognitifs effectués au fil des années montrent que M. Penny a une intelligence moyenne ». (P. 9)

[45] Le D^r Theriault déclare également, dans son rapport :

[TRADUCTION]

Il faut remarquer que, dans son récit de l'infraction désignée, rien n'indique qu'une maladie mentale aurait contribué activement aux événements de décembre 2007. M. Penny affirme seulement qu'il n'a pas commis l'infraction et n'était pas sur les lieux. Même s'il soutient que c'était un coup monté, à mon avis, cela n'est pas l'expression d'une idée délirante, mais une tentative d'échapper à la responsabilité. Les personnes qui commettent des actes de violence par suite d'une idée délirante le font généralement en réaction à une menace perçue; autrement dit, ils ne désavouent pas leurs actes; ils les admettent, mais ils pensent qu'ils n'avaient pas d'autre choix que d'agir. [Par. 23]

[46] La transcription officielle révèle en outre que l'avocate de la défense a informé le juge du procès que l'appelant refusait de subir toute autre évaluation. Le juge du procès a indiqué à l'avocate de la défense que [TRADUCTION] « s'il veut une autre évaluation, n'hésitez pas à en faire la demande en tout autre temps [...] mais pour l'instant, nous devons y aller avec les preuves dont nous disposons ».

[47] Aucune motion n'a été présentée par l'appelant ou en son nom pour faire approfondir les questions de savoir s'il était apte à subir son procès ou à recevoir sa peine. Le psychiatre qui a évalué l'appelant n'a pas conclu qu'il était inapte à subir son procès. Au sujet de l'assertion de l'appelant selon laquelle le juge du procès aurait dû ordonner d'office que cette question soit déterminée, le juge du procès a été en mesure d'observer l'appelant pendant tout le procès et à plusieurs autres comparutions. L'appelant a participé à son procès et à l'audience de détermination de la peine. Il s'est adressé à la Cour quand on lui a demandé s'il voulait dire quelque chose avant le prononcé de la peine. Bref, le juge du procès ne disposait d'aucune preuve qui l'aurait incité à ordonner d'office une audience sur l'aptitude à subir un procès. Je rejetterais en conséquence ce moyen d'appel.

D. *Déclaration de délinquant dangereux sans que les mesures moins restrictives du Code criminel sur les délinquants à contrôler aient été convenablement examinées*

[48] Dans le contexte d'une demande de déclaration de délinquant dangereux, le juge qui détermine la peine doit examiner la question de savoir s'il dispose de mesures moins contraignantes pour protéger le public contre les préjudices. Dans l'arrêt *R. c. J.J.M.* (2006), 297 R.N.-B. (2^e) 355, [2006] A.N.-B. n^o 166 (QL), 2006 NBCA 39, le juge d'appel Richard affirme :

Avant les décisions de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Johnson* et dans les affaires connexes, en l'occurrence *R. c. Edgar*, [2003] 2 R.C.S. 388, *R. c. Smith*, [2003] 2 R.C.S. 392, *R. c. Mitchell*, [2003] 2 R.C.S. 396 et *R. c. Kelly*, [2003] 2 R.C.S. 400, la confusion régnait relativement à l'obligation du juge qui détermine la peine de tenir compte de la possibilité que le délinquant soit déclaré délinquant à contrôler avant de prononcer une déclaration de délinquant dangereux lorsque les conditions légales de cette déclaration sont remplies. La Cour suprême a dissipé ces doutes lorsqu'elle a statué sans équivoque que, avant de déclarer un délinquant dangereux et de le condamner à une peine d'emprisonnement de durée indéterminée, le juge doit déterminer si les sanctions prévues par les dispositions applicables aux délinquants à contrôler permettent d'abaisser à un niveau acceptable le risque de préjudice pour autrui. [Par. 65]

[49] En l'espèce, après avoir entendu quatre témoins, y compris les experts, ainsi que l'appelant, pendant quatre jours et après avoir examiné l'abondante documentation produite en preuve, le juge qui a déterminé la peine a conclu hors de tout doute raisonnable que l'infraction dont l'appelant avait été déclaré coupable était une infraction grave contre la personne et que l'appelant, par sa conduite, constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental d'autres personnes du fait d'une répétition d'actes du genre décrit au ss-al. 753(1)a)(i) du *Code* et par la répétition continuelle de ses actes d'agression qui est décrite au ss-al. 753(1)a)(ii). Autrement dit, le juge qui a déterminé la peine a établi que les critères prévus dans la loi étaient remplis. Après avoir tiré ces conclusions, le juge chargé de la détermination de la peine a

remarqué que, avant de pouvoir déclarer que l'appelant était un délinquant dangereux, il devait examiner la question de savoir [TRADUCTION] « s'il existe quelque autre sanction moindre qui pourrait être appropriée. Je dois me demander si sa conduite est si invétérée et si incorrigible qu'il n'y a pas d'autre solution que de le traiter comme un délinquant dangereux » (par. 21). Le juge qui a déterminé la peine a examiné les règles fondamentales de détermination de la peine ainsi que la jurisprudence applicable, notamment *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, [2003] A.C.S. n° 45 (QL), 2003 CSC 46.

[50] L'appelant soutient que la démarche suivie par le juge qui a déterminé la peine était incorrecte, qu'il n'a pas suivi l'arrêt *R. c. Johnson* ni les directives données après cet arrêt par notre Cour dans les arrêts *R. c. B.W.N.* (2005), 282 R.N.-B. (2^e) 146, [2005] A.N.-B. n° 117 (QL), 2005 NBCA 33, et *R. c. J.J.M.*, et que la peine a été le résultat d'une erreur de droit. L'appelant soutient que le juge qui a déterminé la peine n'a pas commencé par déterminer la sanction appropriée pour les infractions sous-jacentes, conformément aux principes habituels de détermination de la peine. Selon l'appelant, cette détermination doit tenir compte de la période d'emprisonnement ainsi que de l'ordonnance de surveillance au sein de la collectivité qu'on peut rendre pour un délinquant à contrôler.

[51] Avec égards, je ne peux pas souscrire à l'assertion voulant que le juge qui a déterminé la peine a omis de tenir compte de l'effet cumulatif d'une peine d'une durée déterminée suivie de la surveillance offerte par suite de la déclaration de délinquant à contrôler. Dans les motifs de sa décision, le juge qui a déterminé la peine a expressément fait mention de l'argument de l'appelant selon lequel [TRADUCTION] « le public peut être protégé suffisamment par une peine précise, d'un nombre fixe d'années, suivie d'un genre de probation de dix ans ou de lignes directrices sur les délinquants à contrôler » (par. 26). Bien que le juge qui a déterminé la peine n'ait pas indiqué ce qu'il considérait comme une « peine précise » appropriée pour les infractions sous-jacentes, il a toutefois affirmé :

[TRADUCTION]

La question juridique finale qui ressort de tout cela est la suivante : quelle méthode, quelle sanction, quelle punition, quelle sentence, quelle issue de l'affaire, quel résultat peuvent ramener à un niveau acceptable le danger que M. Penny constitue pour le public? [Par. 32]

[52] Quant aux principes de détermination de la peine qui sont énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel*, le juge d'appel Richard, au par. 70 de l'arrêt *J.J.M.*, a adopté le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Johnson*, à savoir qu'« [e]nsemble, ces principes ont pour effet d'obliger le juge qui détermine la peine à envisager la possibilité qu'une sanction moins contraignante puisse atteindre les mêmes objectifs de la détermination de la peine qu'une sanction plus contraignante » (par. 28). Il a également signalé que la Cour suprême a ensuite ajouté : « l'objectif de la peine infligée est la protection du public » (par. 29). Comme dans l'affaire *J.J.M.*, il s'agissait « précisément des considérations auxquelles le juge s'est arrêté en l'espèce ». En conséquence, le juge qui a déterminé la peine n'a pas oublié les principes appropriés.

[53] Je n'ai pas manqué de remarquer que l'appelant est un autochtone, et bien que cette question n'ait pas soulevée, il aurait peut-être fallu tenir compte des arrêts *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, et *R. c. Wells*, [2000] 1 R.C.S. 207, [2000] A.C.S. n° 11 (QL), 2000 CSC 11, en déterminant la peine de l'appelant. Malgré tout, dans l'arrêt *R. c. Francis (J.)* (2000), 240 R.N.-B. (2^e) 159, [2001] A.N.-B. n° 286 (QL), 2001 NBCA 81, la juge d'appel Larlee affirme ce qui suit :

Pour déterminer la peine qu'il devait infliger, le juge a pris en considération l'alinéa 718.2e) du *Code* ainsi que l'arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688. Toutefois, il a ensuite dit que l'arrêt *R. c. Wells*, [2000] 1 R.C.S. 207, n'était d'aucun secours parce que l'article 742 ne s'appliquait pas en l'espèce. Je suis d'avis que le tribunal doit examiner conjointement les arrêts *Gladue* et *Wells* lorsqu'il inflige une peine à des autochtones qui ont commis des crimes de cette nature. Ces arrêts sont pertinents en l'espèce non seulement parce que le délinquant est autochtone mais aussi parce qu'on y trouve des observations sur des délinquants autochtones qui ont commis des crimes graves.

Au paragraphe 93 de l'arrêt *R. c. Gladue*, les juges Cory et Iacobucci ont souligné ce qui suit au paragraphe 13 de leur résumé de la décision :

Il n'est pas raisonnable de présumer que les peuples autochtones ne croient pas en l'importance des objectifs traditionnels de la détermination de la peine, tels la dissuasion, la dénonciation et l'isolement, quand ils sont justifiés. Dans ce contexte, en règle générale, plus grave et violent sera le crime, plus grande sera la probabilité d'un point de vue pratique que la période d'emprisonnement soit la même pour des infractions et des délinquants semblables, que le délinquant soit autochtone ou non-autochtone.

Au paragraphe 40 de l'arrêt *R. c. Wells*, précité, le juge Iacobucci a apporté les précisions suivantes à ce qui avait été dit dans l'arrêt *Gladue* :

Cependant, l'al. 718.2e) s'applique à tous les délinquants et ne permet de recourir aux sanctions de rechange à l'incarcération que lorsque ces sanctions sont « justifiées dans les circonstances ». Encore une fois, comme il a été dit expressément dans *Gladue*, la Cour n'entendait aucunement affirmer que, en règle générale, il faut accorder plus de poids aux principes de justice corrective qu'aux objectifs tels que la dénonciation et la dissuasion. De fait, une telle règle générale serait contraire à la nature individualisée (c'est-à-dire au cas par cas) du processus de détermination de la peine, dans lequel le tribunal se demande si la peine est appropriée dans les circonstances, eu égard aux faits particuliers de l'infraction et à la situation du délinquant, de la victime et de la collectivité.

Dans l'arrêt *R. c. Vermette*, 2001 MBCA 64, [2001] M.J. No. 217 (C.A.) (QL), la juge Steel a ainsi réaffirmé le principe voulant que, lorsqu'il s'agit d'une infraction grave, les délinquants autochtones soient traités de la même manière que les autres délinquants :

[par. 43] Bien qu'aucune catégorie d'infractions ne soit soustraite à cet examen, les tribunaux ont reconnu que, selon les circonstances, il est fort possible que les principes découlant de l'arrêt *R. c.*

Gladue n'aient pas pour effet d'adoucir les peines infligées pour des infractions graves. Il existe des infractions graves et des délinquants pour lesquels l'isolement, la dénonciation et la dissuasion sont fondamentalement pertinents. (*R. c. Gladue*, au paragraphe 78.) C'est également ce qui ressort de l'arrêt *R. c. Sackanay* (2000), 47 O.R. (3d) 612 (C.A.), au paragraphe 11 :

Il faut convenir que l'arrêt *Gladue* ainsi que la décision ultérieure de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Wells*, [[2000] 1 R.C.S. 201, 2000 CSC 10], reconnaissent tous deux qu'il n'y a pas lieu de réduire automatiquement la peine lorsque le délinquant est autochtone et que, dans le cas d'infractions plus graves et plus violentes, les peines sont susceptibles d'être identiques que le délinquant soit autochtone ou non.

[Par. 8 à 11]

En conséquence, il est bien établi que dans les affaires impliquant des délinquants autochtones, plus l'infraction est grave, moins il faut accorder de poids aux principes découlant des arrêts *R. c. Gladue* et *R. c. Wells*.

[54] De plus, le juge du procès, à la suite des deux audiences, disposait d'éléments de preuve révélant les facteurs suivants :

- a) les infractions avec violence commises à répétition par l'appelant;
- b) les multiples interventions qui se sont montrées infructueuses;
- c) la probabilité extrêmement élevée de récidive d'actes de violence;
- d) la forte impulsivité de l'appelant et sa faible maîtrise de son comportement;
- e) la dénégation persistante et catégorique d'une toxicomanie de la part de l'appelant, malgré la forte

- corrélation entre ses infractions avec violence et ses abus d'alcool ou de drogues;
- f) le fait que l'appelant nie souffrir de maladies mentales et refuse les traitements;
 - g) le fait que l'appelant est atteint de psychopathie;
 - h) le fait qu'aucun programme de traitement n'a établi de façon fiable que la psychopathie est une affection qui peut être traitée, comme en a témoigné le D^r Theriault; et
 - i) le fait que les notes des dossiers correctionnels indiquent qu'on ne s'est attaqué à aucun des besoins criminogènes de l'appelant, même un tant soit peu, pendant son incarcération et qu'il a refusé tout traitement psychologique ou psychiatrique.

[55] Les facteurs énumérés ci-dessus constituaient pour le juge chargé de la détermination de la peine une preuve amplement suffisante pour lui permettre de conclure hors de tout doute raisonnable qu'il ne faut rien de moins qu'une peine de durée indéterminée pour offrir une possibilité raisonnable de maîtriser finalement l'appelant. La preuve présentée au juge qui a déterminé la peine établit que la condition de l'appelant est pathologiquement rebelle à tout traitement, au sens où il n'existe actuellement aucune possibilité raisonnable de maîtrise du risque que constitue l'appelant pour le public, et sa détention est en conséquence justifiée jusqu'à ce que la Commission nationale des libérations conditionnelles soit convaincue qu'il peut être remis en liberté sans danger.

V. Dispositif

[56] Pour les motifs ci-dessus, je rejeterais l'appel.