

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

66-18-CA

MARIAH PERLEY

MARIAH PERLEY

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Perley v. R., 2019 NBCA 88

Perley c. R., 2019 NBCA 88

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LaVigne

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge French
l'honorable juge LaVigne

Appeal from a decision of the Provincial Court:
May 25, 2018

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 25 mai 2018

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
March 19, 2019

Appel entendu :
le 19 mars 2019

Judgment rendered:
December 19, 2019

Jugement rendu :
le 19 décembre 2019

Counsel at hearing:

Avocates à l'audience :

For the appellant:
Margaret Gallagher, Q.C.

Pour l'appelante :
Margaret Gallagher, c.r.

For the respondent:
Kathryn Gregory, Q.C.

Pour l'intimée :
Kathryn Gregory, c.r.

THE COURT

The conviction appeal is dismissed. Leave to appeal the sentence is granted and the appeal allowed solely to remove the victim surcharge. The Attorney General's application for leave to cross-appeal the sentence is dismissed.

LA COUR

L'appel formé contre la déclaration de culpabilité est rejeté. L'autorisation d'appeler de la peine est accordée, et l'appel est accueilli à seule fin d'annuler la suramende compensatoire. L'autorisation de former un appel reconventionnel contre la peine est refusée à la procureure générale.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction

[1] The fundamental goal of sentencing in the Canadian criminal justice system is not to incarcerate people who have committed crimes. It is to protect society and to contribute to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society. In order to achieve this goal, it is at times necessary to resort to incarceration; although, since 1996, Parliament has directed that imprisonment of an offender should only be ordered once a court has considered all other available sanctions that are reasonable in the circumstances and that are consistent with the harm done to victims or to the community: s. 718.2 of the *Criminal Code*. In addition, because there has historically been a disproportionate number of carceral sentences imposed on Aboriginal offenders, Parliament has directed sentencing judges to pay “particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders” in determining whether any sanction other than imprisonment may be reasonable and appropriate: s. 718.2(e).

[2] In 1999, the Supreme Court explained how s. 718.2(e) of the *Criminal Code* should be interpreted and applied. In *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, [1999] S.C.J. No. 19 (QL), Cory and Iacobucci JJ., writing for the Court, explained that, as a general principle, s. 718.2(e) means that, for all offenders, “imprisonment should be the penal sanction of last resort” and should only be used “where no other sanction or combination of sanctions is appropriate to the offence and the offender” (para. 36). With regard to the words “with particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders,” they held that its logical meaning “is that sentencing judges should pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders because those circumstances are unique, and different from those of non-aboriginal offenders” (para. 37) (emphasis in original). Thus, the object of s. 718.2(e) is two-fold: (1) it directs the use of imprisonment as a last resort;

and (2) it recognizes the unique circumstances of Aboriginal offenders. Regarding Aboriginal offenders, the obligation on sentencing judges is summarized as follows:

[...] Section 718.2(e) directs sentencing judges to undertake the sentencing of aboriginal offenders individually, but also differently, because the circumstances of aboriginal people are unique. In sentencing an aboriginal offender, the judge must consider:

- (A) The unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts; and
- (B) The types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage or connection. [para. 93]

[3] The Court cautioned that this does not mean incarceration is removed from the mix in appropriate cases. Sometimes, incarceration will be appropriate, although, in those instances, the length of the term will have to be carefully considered.

[4] The Supreme Court went on to explain that, in order to meet its obligation, a sentencing court “will require information pertaining to the accused.” The Court explained:

[...] Judges may take judicial notice of the broad systemic and background factors affecting aboriginal people, and of the priority given in aboriginal cultures to a restorative approach to sentencing. In the usual course of events, additional case-specific information will come from counsel and from a pre-sentence report which takes into account the factors set out [above], which in turn may come from representations of the relevant aboriginal community which will usually be that of the offender. The offender may waive the gathering of that information. [para. 93]

[5] While s. 718.2(e) imposes obligations on sentencing judges, it also imposes some on counsel and on the state. Where there is no waiver for the gathering of information,

the Supreme Court expects that counsel on both sides will adduce the relevant evidence: para. 83. The obligation on the state may be through the production of a pre-sentence report that takes into account the systemic and background factors and the types of sentencing procedures and sanctions particular to the Aboriginal offender's heritage or connection.

[6] Several years later, the Supreme Court provided further direction on the proper application of s. 718.2(e) when sentencing Aboriginal offenders. In *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, the Court emphasized the obligation of sentencing judges to “take judicial notice of such matters as the history of colonialism, displacement, and residential schools and how that history continues to translate into lower educational attainment, lower incomes, higher unemployment, higher rates of substance abuse and suicide, and of course higher levels of incarceration for Aboriginal peoples” (para. 60). The Court added, however, that “[t]hese matters, on their own, do not necessarily justify a different sentence for Aboriginal offenders,” but rather “provide the necessary context for understanding and evaluating the case-specific information presented by counsel,” whose duty it is “to bring that individualized information before the court in every case, unless the offender expressly waives his right to have it considered” (para. 60).

[7] By the time *Ipeelee* was decided, there had developed a practice of providing case-specific information before sentencing courts by way of a “*Gladue* report,” that is, “a form of pre-sentence report tailored to the specific circumstances of Aboriginal offenders” (para. 60). In *Ipeelee*, the Supreme Court praised this approach in the following terms:

Bringing such information to the attention of the judge in a comprehensive and timely manner is helpful to all parties at a sentencing hearing for an Aboriginal offender, as it is indispensable to a judge in fulfilling his duties under s. 718.2(e) of the *Criminal Code*. [para. 60]

[8] The present case involves the failure of counsel and/or the state to put before a sentencing judge the case-specific information that would have enabled the judge to comply with the requirements of s. 718.2(e). This arose in the course of sentencing Mariah

Perley, an Aboriginal woman who, in the aftermath of having severely injured another woman by stabbing her, pled guilty to aggravated assault (s. 268(1) of the *Criminal Code*). The assault occurred in the context of a relationship each woman had with a particular man.

[9] The judge who accepted Ms. Perley's plea ordered the preparation of a pre-sentence report. Before the sentencing hearing, defence counsel argued the report did not provide the judge with sufficient information to ensure compliance with s. 718.2(e). Counsel submitted the judge should either order a proper report or grant a remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Crown counsel conceded the pre-sentence report did not provide the required information. Agreeing with this, the sentencing judge chose to adjourn the matter and order the preparation of a better report.

[10] When the hearing resumed, the sentencing judge was provided with a more fulsome report. Still, defence counsel claimed it did not provide sufficient information for the judge to be able to properly comply with s. 718.2(e) as interpreted by *Gladue*. Counsel argued the judge should stay the proceedings as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* for what he alleged was a violation of s. 7 for the "Crown's failure to provide what is required." The defence motion was adjourned for an evidentiary hearing.

[11] When the hearing resumed, defence counsel called a witness to testify on how *Gladue* reports are prepared in Prince Edward Island. Lori Ann St. Onge, employed by the Mi'kmaq Confederacy of Prince Edward Island, was declared an expert witness in the preparation of *Gladue* reports. She opined that the pre-sentence report in the present case did not meet the requirements of a proper *Gladue* report.

[12] The sentencing judge concluded Ms. Perley's s. 7 *Charter* right had been denied by the failure of the Crown to provide the necessary information; however, he did not grant her the relief sought. The judge opted instead to eliminate a sentence of imprisonment from the options available to him and went on to suspend the passing of sentence and directed that Ms. Perley be released on the conditions prescribed in a probation order. The judge also ordered Ms. Perley to pay a victim surcharge.

II. Issues on Appeal

[13] Submitting the judge erred in not staying the proceedings, Ms. Perley appeals the conviction. She also seeks leave to appeal the sentence on the ground the judge erred in sentencing her in the absence of a *Gladue* report. For her part, the Attorney General applies for leave to cross-appeal. The Attorney General initially submitted the judge erred in law or principle on two bases: (1) in finding a violation of s. 7 of the *Charter*; and (2) in imposing an inordinately low and demonstrably unfit sentence. However, this second ground was later abandoned.

[14] In sum, Ms. Perley alleges the sentencing judge erred in law by imposing a reduced sentence rather than staying the proceedings upon finding a s. 7 *Charter* violation, whereas the Attorney General claims the judge erred in finding such a violation. No one challenges the fitness of the sentence imposed.

[15] For the reasons set out below, Ms. Perley's appeal against conviction is dismissed. While we grant her leave to appeal the sentence, the sentence is only varied to the extent of setting aside the victim surcharge. The Attorney General's application for leave to cross-appeal is dismissed.

III. Analysis

[16] In both *Gladue* and *Ipeelee*, the Supreme Court made it clear that, while sentencing judges have a duty to consider the unique circumstances of Aboriginal offenders, the obligation to provide case-specific information rests on counsel. In *Ipeelee*, the Court expressly stated that “[c]ounsel have a duty to bring that individualized information before the court in every case” (para. 60); although, admittedly, the Court went on to recognize a practice had developed to bring this information in the form of a pre-sentence report tailored to the specific circumstances of Aboriginal offenders, known as a *Gladue* report.

[17] In the present case, the Attorney General argues the sentencing judge did not recognize the role of counsel in bringing forth the case-specific information that would have enabled the judge to properly comply with s. 718.2(e). We agree the judge did not do so; however, no one asked counsel to undertake this task and no one argued that only counsel would be able to secure the information and bring it forth at the sentencing hearing. Crown counsel did not raise any concern when the judge ordered the information be provided to him in a pre-sentence report.

[18] In the criminal law context, it is the state that seeks to take away an offender's liberty, whether through imprisonment or by other constraints. It is also the state that has the resources to ensure that information relevant to sentencing is brought before the courts, usually in the form of a pre-sentence report. It is common knowledge that most offenders are represented by legal aid lawyers who do not have resources of the kind available to the state. It would seem to us reasonable to expect that the practice of the state providing resources for the preparation of **proper** reports to address the *Gladue* factors, which has evolved in other provinces, should be universally implemented. As Green J.A., for this Court, recently pointed out in *Jackson v. R.*, 2019 NBCA 37, [2019] N.B.J. No. 114 (QL), “[u]nlike some Canadian jurisdictions, we appear to have no administrative protocol designed to provide trial courts with consistently fulsome pre-sentence reports which reflect the positive obligations imposed by *Gladue* and *Ipeelee*” (para. 24). As he points out, “it would be beneficial to all interested parties if such a protocol existed” (para. 24). Otherwise, judges, whose duty it is to consider the *Gladue* factors, will have to resort to adjournments to require supplementary reports (as occurred in the present case) or to summon witnesses from the community to address the missing information: see *R. v. Macintyre-Syrette*, 2018 ONCA 259, [2018] O.J. No. 1458 (QL), at para. 24.

[19] The *Gladue* principles were initially developed in the context of determining whether or not to sentence an Aboriginal offender to imprisonment; however, in *Ipeelee*, the Supreme Court observed that “systemic and background factors may bear on the culpability of the offender, to the extent that they shed light on his or her level of moral blameworthiness” (para. 73). Thus, the Court observed that “[f]ailing to take these

circumstances into account would violate the fundamental principle of sentencing – that the sentence must be proportionate to the gravity of the offence *and the degree of responsibility of the offender*” (para. 73) (emphasis in original). Under the heading “Imposing a Proportionate Sentence Is the Judge’s Responsibility,” in *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, Moldaver J., for the Court, explains:

As LeBel J., for the majority of this Court, stated in *Ipeelee*, “[p]roportionality is the *sine qua non* of a just sanction” and a principle of fundamental justice: paras. 36-37. Proportionality means that the sentence must be “proportionate to both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender” (*Ipeelee*, at para. 39 (emphasis deleted); see also s. 718.1 of the *Code*). “[S]ystemic and background factors [which include Aboriginal status] may bear on the culpability of the offender, [that is, the degree of responsibility of the offender,] to the extent that they shed light on his or her level of moral blameworthiness”: *Ipeelee*, at para. 73.

The fundamental principle of proportionality has been codified. Section 718.1 of the *Code* states that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.” Section 718.2 of the *Code* lists numerous factors that sentencing judges must consider when crafting a fair and just sentence that accords with the fundamental principle of proportionality. Aboriginal status is one of these factors and is found in s. 718.2(e). [paras. 21-22]

[20] The extent to which judges may require information of the type identified in *Gladue* in all cases involving the sentencing of an Aboriginal offender, even when imprisonment is not contemplated, was not fully explored before us and is beyond the scope of this decision. Suffice it to say that the *Gladue* principles were developed in the context of s. 718.2(e), which was adopted not only to make imprisonment a sentence of last resort and to address the disproportionate number of carceral sentences imposed on Aboriginal offenders, but also “to encourage sentencing judges to have recourse to a restorative approach to sentencing” (para. 59 of *Ipeelee*, referring to para. 93 of *Gladue*). In our view, although *Gladue* factors may be important in crafting sentences other than imprisonment,

when imprisonment is taken out of the mix, sentencing judges must enjoy a broad discretion in determining the scope of the needed information.

[21] Sentencing in this case was for an aggravated assault by stabbing. There were before the sentencing judge only two real options. Because the crime of aggravated assault is punishable by a maximum of 14 years in a federal penitentiary, neither a discharge nor a conditional sentence of imprisonment was available. Considering Ms. Perley's financial situation as disclosed in the pre-sentence report, the imposition of a fine was also not an option. This effectively left the judge with two possibilities: imprisonment or a suspended sentence with probation. Certainly, before the judge could impose a sentence of imprisonment, he was duty-bound to consider the factors identified in *Gladue*. Had he proceeded to sentence Ms. Perley to incarceration without the detailed requisite information, he would have erred and would have violated the principle of fundamental justice that sentences be proportionate: *Anderson*, at para. 24. The judge recognized this. Then, having opted to exclude incarceration as a sanction because he did not have the required information, the judge obviously determined the information he had was sufficient for him to impose the only other sanction available to him and craft proper conditions of probation. In our view, this was the proper outcome in the circumstances. Notably, Ms. Perley does not complain that the conditions attached to the probation order might have been different if more information had come to light. In our view, the fact the judge characterized his actions as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* is really of no moment.

[22] For these reasons, we dismiss Ms. Perley's conviction appeal. As for the sentence appeal, we grant leave but only for the limited purpose of eliminating the victim surcharge. In *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] S.C.J. No. 58 (QL), the Supreme Court struck down the mandatory nature of victim surcharges. When matters have still been in the system, such that an appeal comes for hearing after *Boudreault* was decided, counsel for the Attorney General has in the past submitted we ought to grant leave to appeal for the sole purpose of eliminating the surcharge. We agree it would be appropriate to do so in this case.

[23] As for the Attorney General's leave to cross-appeal the sentence, it too is dismissed. When the Attorney General withdrew the ground of appeal seeking a variation of the sentence and conceded the sentence imposed was fit, there was left no basis upon which we could do anything but dismiss the cross-appeal. On an appeal against a sentence, s. 687 of the *Criminal Code* requires us to consider the fitness of the sentence, and we can either vary the sentence or dismiss the appeal. Since the Attorney General is no longer asking us to vary the sentence, it follows all we could do was dismiss her appeal. This is why we do not grant her leave.

IV. Disposition

[24] In sum, for the above-stated reasons: (1) Ms. Perley's appeal against conviction is dismissed; (2) her application for leave to appeal the sentence and that appeal are allowed, but for the limited purpose of setting aside the victim surcharge; and (3) the Attorney General's application for leave to cross-appeal the sentence is dismissed.

LA COUR

I. Introduction

[1] Dans le système de justice pénale canadien, la détermination des peines n'a pas pour but essentiel d'incarcérer les gens qui ont commis des crimes, mais de protéger la société et de contribuer au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre. Il est parfois nécessaire de recourir à l'incarcération pour atteindre ce but; depuis 1996, cependant, le législateur prescrit qu'il ne convient d'ordonner un emprisonnement qu'après que le tribunal a examiné toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances et tiennent compte du tort causé aux victimes ou à la collectivité (art. 718.2) du *Code criminel*). Également, en raison du nombre disproportionné de peines carcérales infligées par le passé aux délinquants autochtones, le législateur prescrit au juge chargé de déterminer la peine, lorsqu'il examine si une sanction substitutive serait raisonnable et appropriée, de l'examiner « plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones » (al. 718.2(e)).

[2] En 1999, la Cour suprême a expliqué de quelle façon l'al. 718.2e) du *Code criminel* doit être interprété et appliqué. Dans l'arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, [1999] A.C.S. n° 19 (QL), les juges Cory et Iacobucci, auteurs des motifs de la Cour, ont écrit que l'al. 718.2e) signifie que, à titre de principe général, pour tous les délinquants, « l'emprisonnement devrait être la sanction pénale de dernier recours » et n'être imposé que « lorsque aucune autre sanction ou combinaison de sanctions n'est appropriée pour l'infraction et le délinquant » (par. 36). Quant aux mots « plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones », les deux magistrats ont conclu que, logiquement, ils signifient « que les juges devraient porter une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones parce que ces circonstances sont particulières, et différentes de celles dans lesquelles se trouvent les non-autochtones » (par. 37) (soulignement dans l'original). Ainsi, l'alinéa 718.2e) a un double objet : (1) il

prescrit de n'imposer l'emprisonnement qu'en dernier recours; (2) il constate les circonstances particulières dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones. L'obligation qui incombe au juge chargé de déterminer la peine, à l'égard des délinquants autochtones, est résumée en ces termes :

[...] L'alinéa 718.2e) impose aux juges d'abord la détermination de la peine à infliger à des délinquants autochtones d'une façon individualisée, mais différente parce que la situation des [A]utochtones est particulière. En déterminant la peine à infliger à un délinquant autochtone, le juge doit examiner :

- (A) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux;
- (B) les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou attaches autochtones. [par. 93]

[3] La Cour a toutefois prévenu qu'il ne s'ensuit pas que l'incarcération est exclue dans les cas qui l'exigent. L'incarcération est parfois appropriée, encore que, dans ces cas, la durée de la peine doive être examinée attentivement.

[4] La Cour suprême a ensuite expliqué que le tribunal chargé de déterminer la peine, pour pouvoir s'acquitter de son obligation, « aura besoin de renseignements concernant l'accusé » :

[...] Les juges peuvent prendre connaissance d'office des facteurs systémiques et historiques généraux touchant les [A]utochtones, et de la priorité donnée dans les cultures autochtones à une approche correctrice de la détermination de la peine. Normalement, des renseignements spécifiques à l'affaire proviendront des avocats et d'un rapport présentiel qui tiendra compte des facteurs énumérés [dans le passage précité], pouvant aussi provenir d'observations présentées par la communauté autochtone intéressée, habituellement celle du délinquant. Le délinquant peut renoncer à réunir ces renseignements. [par. 93]

[5] L'alinéa 718.2e) impose des obligations au juge chargé de déterminer la peine, mais aussi aux avocats et à l'État. La Cour suprême escompte que, si le délinquant ne renonce pas à la réunion des renseignements, les avocats des deux parties présenteront les éléments de preuve pertinents (par. 83). L'obligation échéant à l'État pourra consister à fournir un rapport présentiel tenant compte des facteurs systémiques et historiques ainsi que des types de procédures de détermination de la peine et de sanctions propres à l'héritage ou aux attaches du délinquant autochtone.

[6] Plusieurs années après *Gladue*, la Cour suprême a donné de nouvelles indications sur la façon appropriée d'appliquer l'al. 718.2e) lors de la détermination de la peine de délinquants autochtones. Dans *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, la Cour a mis l'accent sur l'obligation qui incombe au juge chargé de déterminer la peine de « prendre connaissance d'office de questions telles que l'histoire de la colonisation, des déplacements de populations et des pensionnats et la façon dont ces événements se traduisent encore aujourd'hui chez les peuples autochtones par un faible niveau de scolarisation, des revenus peu élevés, un taux de chômage important, des abus graves d'alcool ou d'autres drogues, un taux élevé de suicide et, bien entendu, un taux élevé d'incarcération » (par. 60). La Cour a ajouté cependant que « [c]es facteurs ne justifient pas nécessairement à eux seuls l'imposition d'une peine différente aux délinquants autochtones »; ils « établissent plutôt le cadre contextuel nécessaire à la compréhension et à l'évaluation des renseignements propres à l'affaire fournis par les avocats », qui ont pour responsabilité « de fournir ces renseignements personnels dans tous les cas, à moins que le délinquant ne renonce expressément à son droit à l'examen de cette information » (par. 60).

[7] À l'époque où l'arrêt *Ipeelee* a été prononcé, la pratique s'était instaurée de fournir les renseignements propres à l'affaire au tribunal chargé de la détermination de la peine au moyen d'un rapport semblable à celui décrit dans l'arrêt *Gladue*, une « forme de rapport présentiel adapté aux circonstances particulières des délinquants autochtones » (par. 60). Dans *Ipeelee*, la Cour suprême a vanté les avantages de cette façon de procéder :

La présentation au juge, en temps opportun, d'un exposé complet de ces renseignements est assurément utile à toutes

les parties à l'audience de détermination de la peine d'un délinquant autochtone, et indispensable au juge pour l'exécution des obligations que lui impose l'al. 718.2e) du *Code criminel*. [par. 60]

[8] En l'espèce, ni les avocats ni l'État n'ont présenté au juge chargé de la détermination de la peine les renseignements propres à l'affaire qui lui auraient permis de se conformer aux exigences de l'al. 718.2e). Ces renseignements ont manqué au juge lors de la détermination de la peine de Mariah Perley, une autochtone qui avait grièvement blessé une autre femme à coups de couteau et qui s'était reconnue coupable de voies de fait graves (par. 268(1) du *Code criminel*). Les voies de fait se sont produites du fait de la relation que ces femmes entretenaient l'une et l'autre avec un certain homme.

[9] Le juge qui a accepté le plaidoyer de M^{me} Perley a ordonné la production d'un rapport présentiel. Avant l'audience de détermination de la peine, l'avocat de la défense a soutenu que les renseignements qu'apportait le rapport ne suffisaient pas pour garantir le respect des exigences de l'al. 718.2e). Il était d'avis qu'il incombait au juge, soit d'ordonner la production d'un rapport approprié, soit d'accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'avocate du ministère public a concédé que le rapport présentiel n'apportait pas les renseignements requis. Le juge, qui était du même avis, a choisi d'ajourner l'audience et d'ordonner la production d'un meilleur rapport.

[10] À la reprise de l'audience, le juge chargé de la détermination de la peine disposait d'un rapport plus étoffé. L'avocat de la défense a néanmoins avancé que les renseignements fournis ne suffisaient pas pour que le juge puisse bien se conformer à l'al. 718.2e), tel qu'il est interprété dans l'arrêt *Gladue*. Il a soutenu que le juge devait prononcer l'arrêt des procédures, à titre de réparation accordée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, pour ce qu'il disait être une violation de l'art. 7 attribuable au [TRADUCTION] « défaut du ministère public de fournir ce qui est prescrit ». L'audition de la motion de la défense a été ajournée en vue d'une audition de la preuve.

[11] À la reprise de l'audience, l'avocat de la défense a appelé une témoin à témoigner sur la manière dont les rapports de type *Gladue* sont produits à l'Île-du-Prince-Édouard. La Cour a déclaré Lori Ann St. Onge, employée de la Mi'kmaq Confederacy of Prince Edward Island, témoin experte de la préparation de rapports fondés sur l'arrêt *Gladue*. Elle était d'avis que le rapport présentiel, en l'espèce, ne répondait pas aux exigences que doit remplir un rapport approprié établi d'après l'arrêt *Gladue*.

[12] Le juge chargé de déterminer la peine a conclu, du fait que le ministère public n'avait pas produit les renseignements nécessaires, à une négation du droit que l'art. 7 de la *Charte* garantit à M^{me} Perley, mais il n'a pas accordé la mesure réparatoire sollicitée. Il a préféré exclure des choix qui s'offraient à lui la peine d'emprisonnement, pour ensuite surseoir au prononcé de la peine et ordonner la mise en liberté de M^{me} Perley aux conditions d'une ordonnance de probation. Il a aussi ordonné à M^{me} Perley de verser une suramende compensatoire.

II. Questions à trancher en appel

[13] M^{me} Perley avance que le juge a commis une erreur en ne décidant pas l'arrêt des procédures et, sur ce fondement, appelle de sa déclaration de culpabilité. Elle fait valoir en outre, pour motif de l'appel qu'elle forme contre la sentence, que le juge a commis une erreur en prononçant une sentence sans disposer du rapport que requiert l'arrêt *Gladue*. Pour sa part, la procureure générale demande l'autorisation de former un appel reconventionnel. Elle soutenait à l'origine que le juge avait commis une erreur de droit ou de principe pour deux raisons : (1) il avait conclu à une violation de l'art. 7 de la *Charte*; (2) il avait infligé une peine excessivement légère et manifestement non indiquée. Elle a cependant abandonné le second moyen par la suite.

[14] En somme, M^{me} Perley soutient que le juge chargé de déterminer la peine a commis une erreur de droit en lui infligeant une peine réduite au lieu d'imposer l'arrêt des procédures, après avoir conclu à une violation de l'art. 7 de la *Charte*, tandis que la

procureure générale affirme que le juge a commis une erreur du fait qu'il a conclu à cette violation. Nul ne conteste la justesse de la peine.

[15] Pour les motifs exposés ci-après, l'appel que M^{me} Perley a formé contre la déclaration de culpabilité est rejeté. L'autorisation d'interjeter appel de la peine lui est accordée, mais sa peine n'est modifiée qu'afin d'annuler la suramende compensatoire. L'autorisation de former un appel reconventionnel est refusée à la procureure générale.

III. Analyse

[16] Dans *Gladue* comme dans *Ipeelee*, la Cour suprême a indiqué clairement que, bien que les juges chargés de la détermination de la peine ont l'obligation de tenir compte des circonstances particulières propres aux délinquants autochtones, ce sont les avocats qui ont l'obligation de fournir les renseignements propres à l'affaire. Dans l'arrêt *Ipeelee*, la Cour a expressément énoncé qu'« [i]l est de la responsabilité des avocats de fournir ces renseignements personnels dans tous les cas » (par. 60); il est vrai, toutefois, que la Cour a constaté ensuite que la pratique s'était instaurée de présenter ces renseignements sous la forme d'un rapport présentenciel adapté aux circonstances particulières des délinquants autochtones, appelé notamment rapport de type *Gladue* ou rapport fondé sur l'arrêt *Gladue*.

[17] Dans le cas qui nous occupe, la procureure générale affirme que le juge chargé de déterminer la peine n'a pas tenu compte du rôle des avocats dans la production des renseignements propres à l'affaire qui lui auraient permis de bien se conformer à l'al. 718.2e). Nous en convenons; il reste toutefois qu'il n'a pas été demandé aux avocats de se charger de cette tâche, ni soutenu que seul un avocat pouvait obtenir les renseignements et les présenter lors de l'audience de détermination de la peine. L'avocate du ministère public n'est pas intervenue lorsque le juge a ordonné que les renseignements lui soient communiqués au moyen d'un rapport présentenciel.

[18] Dans le contexte du droit criminel, c'est l'État qui demande que la liberté du délinquant soit restreinte par un emprisonnement ou par d'autres contraintes. C'est l'État, également, qui dispose des ressources nécessaires pour faire en sorte que soient transmis aux tribunaux les renseignements pertinents à l'égard de la détermination de la peine, en général sous forme de rapport présentenciel. On sait que la plupart des délinquants sont représentés par des avocats de l'aide juridique, qui n'ont pas les moyens dont dispose l'État. Il nous semblerait raisonnable d'escompter que s'universalise la pratique qui s'est développée en d'autres provinces et qui consiste en l'affectation de ressources par l'État à la production de rapports **appropriés** en vue de l'examen des facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue*. Comme le juge d'appel Green l'a fait remarquer récemment, au nom de notre Cour, dans *Jackson c. R.*, 2019 NBCA 37, [2019] A.N.-B. n° 114 (QL), « [c]ontrairement à d'autres ressorts canadiens, le Nouveau-Brunswick ne semble avoir aucun protocole administratif conçu pour mettre à la disposition des tribunaux de première instance des rapports présentenciels complets, et ce sans exception, qui sont conformes aux obligations positives imposées par les arrêts *Gladue* et *Ipeelee* » (par. 24). Il a ajouté que « l'existence d'un tel protocole serait utile à tous les intéressés ». Sans un tel protocole, les juges, qui ont l'obligation de tenir compte des facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue*, devront recourir à des ajournements pour demander des rapports supplémentaires (comme le juge a dû le faire en l'espèce) ou pour assigner à témoigner des membres de la communauté relativement aux renseignements manquants (*R. c. Macintyre-Syrette*, 2018 ONCA 259, [2018] O.J. No. 1458 (QL), par. 24).

[19] Les principes énoncés dans l'arrêt *Gladue* ont été élaborés, à l'origine, dans un contexte où la Cour suprême devait déterminer s'il fallait condamner une délinquante autochtone à l'emprisonnement; elle a toutefois précisé, dans *Ipeelee*, que « les facteurs systémiques et historiques peuvent influencer sur la culpabilité du délinquant, dans la mesure où ils mettent en lumière son degré de culpabilité morale » (par. 73). La Cour a ajouté que, de ce fait, « [n]e pas tenir compte de ces circonstances contreviendrait au principe fondamental de détermination de la peine – la proportionnalité de la peine à la gravité de l'infraction *et au degré de responsabilité du délinquant* » (par. 73) (italiques dans l'original). Dans *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, sous la rubrique « Il

appartient au juge d'infliger une peine proportionnée », le juge Moldaver, au nom de la Cour, a expliqué ce qui suit :

Comme l'a indiqué le juge LeBel au nom des juges majoritaires de notre Cour dans *Ipeelee*, « [l]a proportionnalité représente la condition *sine qua non* d'une sanction juste » et un principe de justice fondamentale : par. 36-37. La proportionnalité signifie que la peine doit être « proportionnelle à la fois à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant » (*Ipeelee*, par. 39 (italiques omis); voir également l'art. 718.1 du *Code*). « [L]es facteurs systémiques et historiques [notamment le statut d'Autochtone] peuvent influencer sur la culpabilité du délinquant, [c'est-à-dire le degré de responsabilité du délinquant] dans la mesure où ils mettent en lumière son degré de culpabilité morale » : *Ipeelee*, par. 73.

Le principe fondamental de la proportionnalité a été codifié. L'article 718.1 du *Code* prévoit que « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. » L'article 718.2 du *Code* énumère les nombreux facteurs que doivent prendre en considération les juges chargés de la détermination de la peine pour que celle-ci soit juste et équitable, en accord avec le principe fondamental de la proportionnalité. Le statut d'Autochtone constitue l'un de ces facteurs et il est mentionné à l'al. 718.2e). [par. 21 et 22]

[20] La question de savoir dans quelle mesure les juges peuvent demander le genre de renseignements indiqués dans l'arrêt *Gladue* dans toutes les causes où il leur faut déterminer la peine d'un délinquant autochtone, même lorsque l'emprisonnement n'est pas envisagé, n'a pas été approfondie lors de l'audition de l'appel et dépasse le cadre de la présente décision. Nous rappellerons seulement que les principes énoncés dans l'arrêt *Gladue* ont été élaborés dans le contexte de l'al. 718.2e), lequel a été adopté, non seulement pour faire de l'emprisonnement une peine de dernier recours et pour remédier au nombre disproportionné de peines carcérales infligées aux délinquants autochtones, mais aussi pour « encourager le juge à aborder la détermination de la peine dans une perspective correctrice » (par. 59 d'*Ipeelee*, qui renvoie au par. 93 de *Gladue*). Encore que les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue* puissent s'avérer importants dans le choix d'une

peine autre que l'emprisonnement, nous sommes d'avis que, si l'emprisonnement est écarté, le juge chargé de déterminer la peine doit jouir d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour décider des renseignements qui seront nécessaires.

[21] La sentence à prononcer, ici, devait l'être pour des voies de fait graves consistant en une attaque au couteau. Seules deux options s'offraient véritablement au juge chargé de déterminer la peine. Parce que le crime de voies de fait graves est passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans dans un pénitencier fédéral, il ne pouvait ni lui accorder une absolution ni la condamner à l'emprisonnement avec sursis. Vu la situation financière de M^{me} Perley, dont faisait état le rapport présentiel, imposer une amende était à écarter également. Il restait au juge, de fait, deux possibilités : l'emprisonnement ou un sursis au prononcé de la peine assorti d'une probation. Il est certain que le juge avait l'obligation de tenir compte des facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue* avant de songer à infliger une peine d'emprisonnement. S'il avait condamné M^{me} Perley à une incarcération sans disposer des renseignements détaillés requis, il aurait commis une erreur et manqué au principe de justice fondamentale suivant lequel les peines doivent être proportionnées (*Anderson*, par. 24). Le juge l'a d'ailleurs reconnu. Comme il avait choisi d'exclure des peines possibles l'incarcération parce qu'il ne disposait pas des renseignements requis, le juge a, de toute évidence, conclu que les renseignements dont il disposait suffisaient pour qu'il puisse infliger la seule autre sanction qui s'offrait à lui et formuler des conditions de probation appropriées. À notre avis, cette issue était la bonne dans les circonstances. Il est significatif que M^{me} Perley ne prétende pas que, si plus de renseignements avaient été obtenus, les conditions de l'ordonnance de probation auraient pu être différentes. À notre sens, que le juge ait qualifié de réparation suivant le par. 24(1) de la *Charte* les mesures qu'il a arrêtées ne porte pas à conséquence, en réalité.

[22] Pour ces motifs, nous rejetons l'appel que M^{me} Perley a formé contre sa déclaration de culpabilité. Quant à l'appel interjeté de la peine, nous accordons l'autorisation sollicitée, mais à seule fin d'éliminer la suramende compensatoire. Dans *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] A.C.S. n° 58 (QL), la Cour suprême a invalidé l'obligatorité des suramendes compensatoires. Lorsque des affaires étaient demeurées en

instance de sorte que l'appel était entendu après *Boudreault*, les avocats de la procureure générale ont soutenu antérieurement que nous devrions accorder l'autorisation d'appel à seule fin d'éliminer la suramende. Nous convenons qu'il serait approprié de l'éliminer en l'espèce.

[23] Pour ce qui concerne l'autorisation de former un appel reconventionnel contre la peine, la demande de la procureure générale est rejetée elle aussi. Lorsque la procureure générale a retiré le moyen d'appel sollicitant une modification de la peine et concédé la justesse de la sentence prononcée, nous n'étions plus fondés qu'à rejeter l'appel reconventionnel. Lorsqu'il est interjeté appel d'une peine, l'art. 687 du *Code criminel* exige que nous en considérions la justesse, et nous pouvons soit la modifier soit rejeter l'appel. Puisque la procureure générale ne nous demandait plus de modifier la peine, il s'ensuit que nous ne pouvions que rejeter son appel. C'est pourquoi nous ne lui accordons pas l'autorisation sollicitée.

IV. Dispositif

[24] En somme, pour les motifs exposés précédemment : (1) l'appel formé par M^{me} Perley contre sa déclaration de culpabilité est rejeté; (2) sa demande d'autorisation d'appeler de la peine, ainsi que cet appel, sont accueillis, mais à seule fin d'annuler la suramende compensatoire; (3) l'autorisation de former un appel reconventionnel contre la peine est refusée à la procureure générale.