

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

47-19-CA

MICHAEL JAMES JOLLIE

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Jollie v. R., 2020 NBCA 58

CORAM:

The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Provincial Court:
August 30, 2018 (conviction)
January 30, 2019 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
March 19, 2020

Judgment rendered:
September 3, 2020

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

Concurred in by:
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French

MICHAEL JAMES JOLLIE

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Jollie c. R., 2020 NBCA 58

CORAM :

l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 30 août 2018 (déclaration de culpabilité)
le 30 janvier 2019 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 19 mars 2020

Jugement rendu :
le 3 septembre 2020

Motifs de jugement :
l'honorable juge Green

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Baird
l'honorable juge French

Counsel at hearing:

Michael James Jollie on his own behalf

For the respondent:
Kathryn Gregory, Q.C.

THE COURT

The application for leave to appeal is granted, but the appeal against sentence is dismissed.

Avocats à l'audience :

Michael James Jollie en son propre nom

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

LA COUR

La demande d'autorisation d'appel est accueillie, mais l'appel de la peine est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN, J.A.

I. Introduction

[1] Michael James Jollie was convicted of the following *Criminal Code* offences: sexual assault contrary to s. 271(a) (conditionally stayed); suffocation with intent to commit a sexual assault contrary to s. 246(a); breaking and entering contrary to s. 348(1); and, two breaches of an undertaking contrary to s. 145(3)(a). A judge of the Provincial Court sentenced Mr. Jollie to a term of imprisonment of twelve years, less time spent in remand. As stated in his Appellant’s Submission, Mr. Jollie is not contesting his convictions, but he is contesting the length of his sentence, appealing its fitness pursuant to s. 687(1) of the *Code*. Mr. Jollie submits his sentence is “cruel and unusual.” While I would grant leave to appeal, for the reasons which follow, I find no basis for appellate intervention and would not disturb the sentence imposed.

II. Background

[2] Mr. Jollie and the victim in this case met through a social media dating site in May 2017. Around that time, they met in person on one occasion at the victim’s apartment, and had no further contact until the incident which led to the above-noted charges.

[3] In the early morning hours of October 17, 2017, Mr. Jollie broke into the victim’s home while she was asleep, gaining entrance through the patio door. Mr. Jollie then proceeded to sexually assault the victim, covering her face and mouth with a pillow to prevent her from screaming.

[4] The victim in this case is approximately five years younger than Mr. Jollie, who was 25 at the time of the attack. She lives with physical disabilities due to an illness and relies on a wheelchair for mobility. Her apartment is modified to meet her specific

needs. All of this was known to Mr. Jollie as a result of his previous visit to the apartment. Her physical limitations made resisting Mr. Jollie's attack impossible. As noted by the sentencing judge, "she tried to fend off Mr. Jollie, but was too weak and immobile to do so particularly when he had placed a pillow over her face which made it difficult for her to breathe."

[5] Although the victim was unable to identify her attacker, positive identification was achieved through: (1) security camera footage from the victim's building; (2) incontrovertible DNA evidence that established sexual contact had occurred between Mr. Jollie and the victim; and (3) ultimately Mr. Jollie's admission to having been in the apartment. In his decision convicting Mr. Jollie, the sentencing judge summarized Mr. Jollie's evolving version of the events in question as follows:

According to Mr. Jollie, the sexual contact that took place on October 17th, 2017, was completely consensual. However, in his initial statement to the police, he denied knowing [the victim] at all. Then, when confronted with the video of his presence at [the victim's] apartment building in the early morning of October 17th, he then advised that he was lost and was only there through inadvertence. Then when confronted with the DNA evidence, he admitted knowing [the victim] and that he had consent – consensual sex with her on October 17th.

[6] The trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt the Crown had discharged its burden, and that Mr. Jollie was guilty as charged of the offences enumerated above. He received a global sentence of 12 years, from which was deducted time spent in remand.

III. Issues and Analysis

[7] The sole issue on appeal is whether the sentence imposed was fit. Section 687(1) of the *Criminal Code* provides as follows:

687 (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

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

(b) dismiss the appeal.

687 (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir :

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

b) soit rejeter l'appel.

A. *Standard of Review*

[8] In *Steeves v. R.*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88, Drapeau C.J.N.B. (as he then was), writing for the Court, set out an analytical framework for sentence appeals, cautioning that “corrective action on appeal in such matters is, as a practical matter, quite rare, a state of affairs that flows naturally from the very limited opening for principled appellate intervention” (para. 19). He went on to delineate when such intervention is warranted, stating, “In sum, a court of appeal is not at liberty to substitute its view of fitness for that of the sentencing judge unless the sentence imposed is the product of either an error of law or an error in principle, or unless it is clearly unreasonable” (para. 25).

[9] The *Steeves* decision was grounded in part in the direction provided by the Supreme Court in the leading sentencing decision *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, [1995] S.C.J. No. 52 (QL):

[...] An appellate court should not be given free [rein] to modify a sentencing order simply because it feels that a different order ought to have been made. The formulation of a sentencing order is a profoundly subjective process; the trial judge has the advantage of having seen and heard all of the witnesses whereas the appellate court can only base itself upon a written record. A variation in the sentence should only be made if the court of appeal is convinced it is not fit. That is to say, that it has found the sentence to be clearly unreasonable. [para. 46]

B. *The sentencing judge's analysis*

[10] In the matter before us, the sentencing judge was clearly alive to the purpose and principles of sentencing as set out in s. 718 of the *Criminal Code*. He discussed these and acknowledged “a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and degree of responsibility of the offender” as mandated by s. 718.1. The judge highlighted other sentencing principles, citing s. 718.2 in stating “a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender.”

[11] Mr. Jollie knew the victim was highly vulnerable, reliant upon a wheelchair for mobility, and unable to defend herself from his attack. The sentencing judge made particular note of s. 718.2(a)(iii.1), which requires a court that imposes a sentence to take into consideration “evidence that the offence had a significant impact on the victim, considering their age and other personal circumstances, including their health and financial situation.”

[12] The sentencing judge took into consideration the fact that Mr. Jollie's actions constituted a home invasion, identified in s. 348.1 as an aggravating circumstance:

Aggravating circumstance — home invasion

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

Circonstance aggravante — invasion de domicile

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

- | | |
|--|---|
| (a) knew that or was reckless as to whether the dwelling-house was occupied; and | a) savait que la maison d'habitation était occupée, ou ne s'en souciait pas; |
| (b) used violence or threats of violence to a person or property. | b) a employé la violence ou des menaces de violence contre une personne ou des biens. |

C. *Mitigating Circumstances*

[13] The sentencing judge discussed Mr. Jollie's age, which was 26 years at the time of sentencing. He quoted from the pre-sentence report and was aware that, in the words of Mr. Jollie's mother, Mr. Jollie may have "a lower intellectual capacity than his age." This consideration was tempered, however, in that later in his decision, the judge states, "the Court is of the opinion that Mr. Jollie lacks or may lack some capacity and certainly moral judgment, however, it was also clear from the evidence that he is a manipulative person and always self-serving his interest." The judge also acknowledged Mr. Jollie was in a relationship with a woman with whom he has a young son, and that Mr. Jollie has been gainfully employed.

D. *Aggravating Circumstances*

[14] Beginning at page 15 of the sentencing decision, the judge points out "the aggravating factors are numerous." They can be summarized as follows:

1. These are crimes of violence;
2. This was a sexual attack on a vulnerable victim that could have had a deadly result;
3. The victim testified to the terror and helplessness she felt when Mr. Jollie covered her face with a pillow making it difficult for her to breathe as he continued to sexually assault her;
4. The victim's vulnerability and her health condition and living arrangements were all well known to Mr. Jollie;
5. Mr. Jollie planned the sexual attack on his victim whom he knew had no defence to his advancements;
6. This was a home invasion; and

7. Mr. Jollie knew this was the victim's home and there was a high probability she would have been at home asleep at the time of his aggression.

E. *Was the sentence imposed unfit?*

[15] In support of his contention the sentence imposed was unfit, Mr. Jollie advances a number of arguments, which I will summarize as follows before dealing with each in turn:

1. The sentencing judge failed to respect the Coke Rule;
2. The sentencing judge failed to place proper emphasis on rehabilitation;
3. Concurrent sentences would have been more appropriate than consecutive sentences;
4. The sentencing judge failed to respect the jump or step principle;
5. The sentencing judge failed to respect the principle of proportionality; and
6. The sentencing judge failed to consider remorse as a mitigating factor.

F. *The Coke rule*

[16] The Coke rule takes its name from Sir Edward Coke, a preeminent late sixteenth/early seventeenth-century English jurist. The rule holds that "a harsher sentence with respect to a second offence cannot be imposed unless the offender was convicted for the first offence prior to the commission of the second." This succinct explanation of the rule is taken from *Andrade v. R.*, 2010 NBCA 62, 363 N.B.R. (2d) 159 at para.14, in which Robertson J.A., writing for the Court, offers a detailed review of the purpose of the Coke rule, its history, and its proper application:

The Coke rule was most recently affirmed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Skolnick*, [1982] 2 S.C.R. 47, which in turn quoted extensively, and with approval, from the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Cheetham*, [1980] O.J. No. 721 (C.A.) (QL), which in turn relied on an earlier New Brunswick decision, *The King v. O'Brien: Ex parte*

Chamberlain (1908), 38 N.B.R. 381, citing *Ex parte Miller* (1875), 15 N.B.R. 485.

The essence of the Coke principle is that a harsher sentence with respect to a second offence cannot be imposed unless the offender was convicted for the first offence prior to the commission of the second. The underlying policy rationale for the rule is well-accepted and best stated by Blair J.A. in *R. v. Cheetham*: "It is expected that the conviction and penalty for the first offence and the peril of a more severe penalty for a subsequent offence will be present in the mind of the offender and guide his future conduct" (para. 19). As would be expected, however, the rule is not absolute. The conviction for the earlier or first offence can be used for other sentencing purposes. For example, even though the first offence cannot be considered when imposing a sentence with respect to the second, the conviction on the first may be used to counter, for example, any presumption that the offender is a good candidate for a rehabilitative sentence. Much of the relevant jurisprudence is gathered in *R. v. Turner*, 2010 NBQB 93, [2010] N.B.J. No. 81 (QL).

Typically, the application of the Coke rule arises in the context of those provisions of the *Criminal Code* which impose a harsher sentence for a second or subsequent conviction for impaired driving or a refusal to provide breath samples. This leads one to ask whether, in its original form, the Coke rule was a common law canon of statutory interpretation to be applied in the context of penal statutes that impose harsher sentences for second and subsequent breaches of a specific statutory provision. I admit that there are general statements in *R. v. Skolnick* that, if read in isolation, might lead one to conclude that the Coke rule is more than a canon of statutory interpretation. For example, at page 7 where Laskin C.J., writing for the Supreme Court states: "The conclusion I draw from the canvass of the authorities is that the Coke rule or, if I may say so, the policy it reflects, has been too long embedded in our law to be ousted except by clear statutory provisions or, at the most, by necessary implication." As well, the summary of the relevant rules provided on the same page speaks to the generality of the Coke rule:

- (1) The number of convictions *per se* does not govern in determining whether the Coke rule applies.

- (2) The general rule is that before a severer penalty can be imposed for a second or subsequent offence, the second or subsequent offence must have been committed after the first or second conviction, as the case may be, and the second or subsequent conviction must have been made after the first or second conviction, as the case may be.
- (3) Where two offences arising out of the same incident are tried together and convictions are entered on both after trial, they are to be treated as one for the purpose of determining whether a severer penalty applies, either because of a previous conviction or because of a subsequent conviction.
- (4) The rule operates even where two offences arising out of separate incidents are tried together and convictions are entered at the same time.

Read in isolation, the above passages might lead one to conclude that the Coke rule is really a general principle of sentencing and not a canon of statutory interpretation. But it must be remembered that in *R. v. Skolnick*, the Supreme Court was dealing with the application of the Coke rule in the context of a conviction for impaired driving and the imposition of a statutory minimum sentence for second and subsequent offences. In that case, the offender had been convicted of impaired driving and of a refusal to provide a breath sample. Both convictions arose out of the same incident. Three years later the offender was convicted of driving while intoxicated and given the sentence prescribed for the third offence. Both the Ontario Court of Appeal and the Supreme Court disagreed. They held the most recent conviction should have been treated as a second offence. The two earlier convictions should have been treated as one.

A careful reading of the Supreme Court's decision in *Skolnick* leaves no doubt that the Court was dealing with the application of the Coke rule as a canon of statutory construction. The Court cited with approval *O'Hara v. Harrington* [1962] Tas. S.R. 165, where Burbury C.J. referred to the Coke rule in the following terms at page 169: "This three century old canon of construction of penal provisions of this kind is broadly based on principle and does not depend upon the precise language used in a statute." The Supreme Court also cited with approval *R. v. Cheetham*

which in turn cited and quoted Madden C.J. in the Australian case of *Christie v. Britnell* (1895), 21 V.L.R. 71 which quotes the relevant passage from Coke's Institutes: "... the second offence must be committed after the first conviction, and the third after the second conviction, and several judgments thereupon given: for it is to be understood in other Acts of parliament where there be degrees of punishment inflicted for the first, second and third offence, etc. ..." (p. 73).

In summary, the Coke rule was formulated as a common law principle of statutory interpretation applicable to penal statutes that provide harsher penalties for second and subsequent offences (see *Skybar Ltd. (c.o.b. Skybar v. British Columbia (General manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2006 BCCA 62, [2006] B.C.J. No. 289 (QL)). The question which remains is whether the Coke rule should be extended so as to become a general rule or principle of sentencing.

There are a few decisions which support the proposition that the Coke rule applies outside the context of statutory minimum sentences. However, none of the cases deals with the issue of whether the rule is *simply* a rule of statutory construction. Nor do the cases offer a policy reason for reformulating the rule as a general rule or principle of sentencing (see *R. v. Stoddart*, [2005] O.J. No. 6076 (C.A.) (QL) at para. 12; *R. v. Johnson*, [1998] B.C.J. No. 2924 (C.A.) (QL) at para. 21; *R. v. Sparkes*, [1978] N.J. No. 40 (C.A.) (QL) at p. 371; *R. v. Finelli*, [2008] O.J. No. 2537 (S.C.J.) (QL) at para. 31). Based on such decisions Clayton C. Ruby, *Sentencing*, 7th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada Inc., 2008) treats the Supreme Court's decision in *R. v. Skolnick* as more than a mere affirmation of the Coke rule as a canon of statutory construction. He cites the case in support of a general principle of sentencing to be considered when dealing with an offender's prior criminal record: "Since a first offence is dealt with as lightly as possible, and a subsequent offence may be viewed more seriously, it becomes a matter of some importance to determine whether a particular conviction was prior to the offence under consideration (p. 382). Mr. Ruby goes on to explain the policy rationale underscoring this approach as follows: "A repetition of an offence after an offender has been, so to speak, "warned" and "put on notice" by the imposition of a

prior sentence, absent explanation, may be viewed more seriously than a first offence" (p. 382).

With great respect, it seems to me that there is no need to extend the Coke rule beyond its original purpose for the following reason. In short, the law required a simple and expedient method for determining what qualifies as a second or subsequent offence. The rule does just that. Admittedly, it favours the offender but this is so because of the mandatory imposition of a fixed or minimum sentence; one that removes the element of discretion so as to impose a sentence that the court might not otherwise have imposed. On the other hand, there is no mandatory rule or principle that second or subsequent convictions for the same offence must attract a harsher sentence. Courts retain the discretion to decide whether prior convictions will be treated as an aggravating factor. Typically, a subsequent conviction will be viewed more seriously because of an earlier conviction but it does not automatically follow this is true in all cases. Moreover, the sentencing judge will be guided by the jump principle, sometimes called the step principle, which contemplates a progression in the length of sentences imposed in the event of recidivism for the same offences. One of the concerns of the court is to ensure that the offender is not being re-punished for past offences. In *R. v. Muysen*, 2009 ABCA 116, [2009] A.J. No. 323 (QL), the Alberta Court of Appeal confirmed these understandings by reference to *Coke's Institutes*, *R. v. Skolick* and *R. v. Cheetham*. In my view, the notion that the prior conviction should not be treated as part of the offender's criminal record for sentencing purposes, because he or she was not properly forewarned before committing the second or subsequent offence, is a theoretical construct too far removed from the realities of what is in the minds of repeat offenders and the purpose underlying the Coke rule. What is or is not an aggravating factor and how one should deal with the offender's prior criminal record is a matter better left to the sentencing judge having regard to the factual matrix under consideration. [paras. 13-20]

[17] In the present case, the alleged misapplication of the rule comes into play by virtue of Mr. Jollie's criminal record. At the time of the sexual assault underlying this conviction and sentence, specifically October 17, 2017, Mr. Jollie had no criminal record. However, by the date of his sentencing on January 30, 2019, the judge noted that in April

of 2018, Mr. Jollie entered guilty pleas “to three charges of ... a sexual nature in which he received a global penitentiary term of thirty months.” The judge went on to outline the nature of those offences:

The first charge was under section 172.1(2)(b) of the *Criminal Code*, namely, for luring a child which occurred in [...] March of 2017[...] for which he received six months. The second charge occurred in September of 2015, again, under section 172(1)(b) for which he received six months consecutive sentence. The third charge occurred in June of 2016 under section 151 of the Code, namely sexual interference with a person under the age of [...] sixteen years old [for] which he received an eighteen-month consecutive sentence.

[18] While Mr. Jollie had no criminal record when he assaulted the victim in this case, he did have a record by the time of his sentencing hearing, for offences committed prior in time to those in the matter before us. Mr. Jollie argues the sentencing judge took these convictions into account when crafting his sentence, and thereby violated the Coke rule. The judge’s decision, however, does not support that conclusion when read in its entirety.

[19] In his written submission, Mr. Jollie does not cite the *Andrade* decision of this Court, but rather refers to the British Columbia Court of Appeal decision in *R. v. Pete*, 2019 BCCA 244, [2019] B.C.J. No. 1244 (QL), which embraces a more expansive interpretation of the Coke rule, and thus a more restrictive approach to considering a sentencing situation such as Mr. Jollie’s:

I am of the view that while the Coke rule originated as a principle of statutory interpretation, it is now understood as a term used to describe the proper approach to treatment of first offenders in circumstances where they have been subsequently convicted of other offences by the time they are sentenced. As such, I will refer to it as the Coke principle and I would not limit it as suggested in *Andrade*. As I will explain, it has been applied generally in this province. Further, I reject the suggestion that the rationale for the principle is "a theoretical construct too far removed from the

realities" of what is in the minds of offenders. An offender is treated as a first offender because the absence of prior convictions is a mitigating factor justifying a more lenient sentence. This is based on the understanding that subsequent offences reflect on an offender's moral culpability and normally attract relatively harsher sentences. This approach to sentencing applies generally, not just for offences with statutorily prescribed increases. [para. 33]

[20] The law in New Brunswick with respect to the Coke rule is embodied in *Andrade*, and not *Pete*, but in my opinion neither approach benefits Mr. Jollie. I say this for the simple reason that nowhere in his decision does the sentencing judge suggest he is not treating Mr. Jollie as a first-time offender. The context in which these other convictions are noted and discussed has to do with the judge's consideration of Mr. Jollie's prospects for rehabilitation, another issue raised by Mr. Jollie which will be examined shortly. When weighing the aggravating circumstances, the sentencing judge does not include any reference to Mr. Jollie's criminal record. There is no statement by the sentencing judge to the effect that in light of these other convictions, he has decided to impose a harsher sentence on Mr. Jollie than might otherwise have been the case. Crown counsel argued before us there was no direct link in the decision between those prior offences and this sentence. I agree with that observation.

G. *Rehabilitation*

[21] A stated objective of sentencing as outlined in s. 718 of the *Criminal Code* is rehabilitation; however, it is but one in a series. The other objectives include denunciation and deterrence, both of which were appropriately engaged when the judge crafted the sentence in this case, given the seriousness of the offences committed.

[22] On the subject of rehabilitation, the sentencing judge had this to say after acknowledging Mr. Jollie "is still a relatively young man":

One would hope that rehabilitation is a possibility, however remote it may appear at the present time and in the circumstances. The Court points this out because Mr. Jollie's

criminal record is limited, however, it is all in relation to previous sexual illegal behaviour. Furthermore, these prior sexual crimes are committed in 2015 and 16 and he was sentenced to them in 2018 and thus while these matters were going through the court system he commits the crimes against [the victim] in 2017. There's no firm evidence before the Court that Mr. Jollie is a sexual deviant, but it doesn't look good as there is a pattern to his criminal behaviour.

[23] While the sentencing judge considered the prospect of rehabilitation, he chose to place greater emphasis on the principles of denunciation and deterrence given the troubling facts of this case. That was his decision to make, and I see no error in his approach.

H. *Consecutive vs. Concurrent Sentences*

[24] The sentence imposed was structured as follows:

The global sentence after considering totality, and concurrent sentences, will be a period of twelve years less the nine months served in remand leaving eleven years and three months to serve in a federal penitentiary consecutive to any other sentence being served plus the ancillary orders. The details of the sentence [...] are the following. On Count #3 under section 348(1)(b)(d) a term of thirteen years of imprisonment will be reduced to ten years of imprisonment [...] after considering the totality principle. Count #2 under subsection 246(a) a term of four years of imprisonment consecutive to Count #3 and reduced to two years of imprisonment consecutive after considering the totality [...] principle. The Court agrees with the Crown that due to the nature of this offence which can only be committed while committing another offence, and in our case the sexual assault, that this [...] Count should be consecutive to Count #3 in the circumstances and it is. Count #4 in section 145(3)(a) a one-month jail term to be served concurrently to Count 2 and 3. Count #5 the same under section 145(3)(a) one-month jail to be served concurrently to Count 2 and 3.

[25] Mr. Jollie argues the sentences imposed on Count #3 and Count #2 should have been concurrent and not consecutive, as they arose “from a single criminal adventure.” For a thorough discussion of the interplay between consecutive and concurrent sentences, see *R. v. Peterson*, 2017 NBCA 29, [2017] N.B.J. No. 152 (QL), Quigg J.A., writing for the Court. One of the cases cited therein is an earlier decision of our Court, *R. v. Howe*, 2007 NBCA 84, 330 N.B.R. (2d) 204, in which Richard J.A. (as he then was) recognized that sentences for offences arising out of the same incident need not be concurrent when “different societal interests are protected” by the offences in question. If, as held by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Gummer*, [1983] O.J. No. 181 (C.A.) (QL), “the offences constitute invasions of different legally protected interests,” it may be altogether appropriate to impose consecutive sentences.

[26] As pointed out by the sentencing judge, an offence under s. 246 of the *Criminal Code* (Overcoming Resistance to Commission of Offence) can only arise within the context of the commission of another offence. Parliament obviously considered such acts, which include “attempts, by any means, to choke, suffocate or strangle another person” in order to render that person “insensible, unconscious or incapable of resistance” of such significance that a separate provision in the *Code* was warranted, and to make the punishment for such actions an indictable offence liable to imprisonment for life. It would be illogical to suggest a sentence imposed for such an offence could never be consecutive to the sentence for the underlying offence. If it were otherwise, a separate provision would be unnecessary, and the objective could have been met by including these actions as an aggravating circumstance to be considered in the sentencing process. Parliament chose the approach it did based on what appears to be an obvious public policy rationale. In my opinion, the sentencing judge in this case did not fall into error by imposing consecutive rather than concurrent sentences for the break and enter on the one hand, and the suffocation with a pillow on the other.

I. *Step/Jump Principle*

[27] Under this principle, an individual convicted more than once of the same offence should expect the sentence imposed to increase on each subsequent conviction. Mr. Jollie argues the sentencing judge violated this principle by imposing a twelve-year sentence in this case, whereas he received a sentence of thirty months for the offences committed in 2015 and 2016. There are multiple problems with this assertion. First and foremost, the judge made no connection whatsoever to the sentence imposed for the other offences when crafting this sentence, as discussed earlier with respect to the Coke rule. There is nothing in the decision to indicate the judge was not treating Mr. Jollie as a first-time offender. I also hasten to point out the offences in question are not the same. The earlier offences were for luring a child and sexual interference, while in the present case the charges were sexual assault, breaking and entering, and overcoming resistance to the commission of an offence.

J. *Proportionality*

[28] This alleged error by the sentencing judge is related to some of Mr. Jollie's earlier arguments. He cites an Alberta Provincial Court decision, *R. v. Courtoreille*, 2017 ABPC 231, [2017] A.J. No. 943 (QL), at para. 49, for the proposition that “[p]roportionality insures that an individual is not sacrificed for the sake of the common good.” With respect, I am not persuaded the sentencing judge in this case failed to respect the principle of proportionality. In various passages throughout his decision, reproduced above, it is clear the judge was very much alive to the importance of crafting a sentence that respects this guiding principle.

[29] Section 718.1 of the *Criminal Code* states as a fundamental principle that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.” It is abundantly clear the gravity of these offences is significant, and the degree of Mr. Jollie's responsibility is high. I see no error.

K. *Remorse*

[30] While remorse may be considered as a mitigating circumstance in sentencing, a lack of remorse is not to be considered an aggravating circumstance. Mr. Jollie argues he showed remorse, but the sentencing judge failed to appreciate this fact. With respect, the assertions made by Mr. Jollie to bolster his argument fall far short of constituting a show of remorse which might favourably impact the severity of his sentence.

[31] Mr. Jollie directs us to portions of the trial transcript recording his testimony in which he was supposedly concerned he might be hurting the victim during what he maintained was consensual sexual activity. By way of example, Mr. Jollie testified “I thought I hurt her somehow, but she wouldn’t tell me if I hurt her” and “I physically asked her if she – like if I did anything and she wouldn’t even – she wouldn’t even tell me.” Keep in mind, the trial judge rejected Mr. Jollie’s version of what happened in the early morning of October 17, 2017. The pre-sentence report dated November 23, 2018, states, “In relation to the current matters before the Court, Michael JOLLIE does not accept responsibility for the acts that formed the basis of the charges which are presently before the Court. He did express concern towards the victim of said matters in that he expressed not knowing the impacts of the situation and he added that he ‘feels terrible’” (emphasis added).

[32] The types of comments Mr. Jollie supposedly made in the course of committing a sexual assault do not amount to remorse. Even if he had made the statements he claims to have made, the perpetrator of a sexual assault asking his victim if he was hurting her, or had hurt her, does not constitute remorse. In my opinion, the sentencing judge did not mishandle this factor in the sentencing process.

L. *Length of Sentence*

[33] A common thread running through Mr. Jollie’s various allegations of error on the part of the sentencing judge is that the sentence imposed is simply too long. Before the Provincial Court, the Crown argued for a sentence of between 10 and 12 years, while

defence counsel argued four years would be an appropriate sentence. The judge observed that “the range of sentences in these types of offences [is] difficult to quantify because the facts or the circumstances so vary and [are] unique to each case.” He also noted, having reviewed the cases submitted by counsel and his own research, the range of sentences was “up to thirteen years.” Given the fact situation, I am not convinced the sentence imposed was inordinately high and see no justification for interference.

M. *Order Restricting Publication*

[34] Before I conclude, I will reference one final issue raised by Mr. Jollie. Citing safety concerns within the penitentiary where he is incarcerated, he asks the Court to issue an order restricting publication of his identity in this decision pursuant to s. 486.5(7)(b) of the *Criminal Code*. He argues that as he “is currently incarcerated, he is of no danger to the public and should be allowed to serve the remainder of his time in peace.” The request was made, briefly, at the close of his written submission but was not raised by Mr. Jollie in his oral submission at the hearing before us. This provision is designed to protect the identity of a victim, witness, or justice system participant (as that term is defined in s. 2, which does not include accused persons or convicted persons pursuing an appeal). No case law was cited to support the proposition the provision was intended to apply to a person in the position of Mr. Jollie, and I have been unable to identify any jurisprudence on point. In the Provincial Court, a publication ban did issue, and rightly so, with respect to the identity of the victim. I note that, quite deliberately, nothing in this decision in any way identifies the victim. I would not issue an order banning publication with respect to the identity of Mr. Jollie.

IV. Conclusion and Disposition

[35] For the reasons set out above, while I would grant leave to appeal, I find no principled basis on which to interfere with the sentence imposed by the judge of the Provincial Court.

[36]

I would dismiss the appeal against sentence.

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] Michael James Jollie a été déclaré coupable des infractions au *Code criminel* suivantes : agression sexuelle, acte criminel visé à l'al. 271a) (suspension conditionnelle); suffocation avec l'intention de commettre une agression sexuelle, acte criminel visé à l'al. 246a); introduction par effraction, acte criminel visé au par. 348(1); et deux manquements à un engagement, acte criminel visé à l'al. 145(3)a). Un juge de la Cour provinciale a condamné M. Jollie à une peine d'emprisonnement de douze ans, moins la période passée en détention provisoire. Comme l'indique le mémoire de l'appelant, M. Jollie ne conteste pas ses déclarations de culpabilité, mais il conteste la durée de sa peine et interjette donc appel de la justesse de celle-ci en vertu du par. 687(1) du *Code criminel*. M. Jollie soutient que sa peine est « cruelle et inusitée ». Bien que j'accorderais l'autorisation d'appel pour les motifs qui suivent, selon moi rien ne fonde une intervention en appel et je ne modifierais pas la peine infligée.

II. Contexte

[2] M. Jollie et la victime dans la présente affaire se sont rencontrés par l'entremise du site de rencontres d'un média social en mai 2017. Vers ce temps-là, ils se sont rencontrés en personne une fois à l'appartement de la victime, et ils n'ont par la suite eu aucun autre contact jusqu'à l'incident qui a mené aux accusations susmentionnées.

[3] Très tôt le matin du 17 octobre 2017, M. Jollie s'est introduit par effraction chez la victime alors qu'elle dormait, en entrant par la porte-patio. Il a par la suite agressé sexuellement la victime tout en lui couvrant le visage et la bouche d'un oreiller afin de l'empêcher de crier.

[4] La victime en l'espèce est environ cinq ans plus jeune que M. Jollie, qui avait 25 ans au moment de l'agression. Elle a des incapacités physiques découlant d'une maladie et doit se déplacer en fauteuil roulant. Son appartement a été modifié afin de répondre à ses besoins particuliers. M. Jollie était au courant de tout cela à cause de sa visite antérieure à l'appartement. En raison des limitations physiques de la victime, il était impossible pour elle de résister à l'agression de M. Jollie. Comme l'a noté le juge chargé de déterminer la peine, [TRADUCTION] « elle a tenté de repousser M. Jollie, mais elle était trop faible et immobile pour le faire, surtout après qu'il avait placé un oreiller sur son visage, ce qui lui donnait de la difficulté à respirer ».

[5] Même si la victime était incapable d'identifier son agresseur, il a pu être identifié avec certitude grâce à : (1) des images captées par la caméra de sécurité du bâtiment où vit la victime; (2) une preuve génétique irréfutable qui a établi qu'un contact sexuel avait eu lieu entre M. Jollie et la victime; et (3) l'aveu de M. Jollie, qui a finalement reconnu être allé dans l'appartement. Dans sa décision où il déclare M. Jollie coupable, le juge chargé de déterminer la peine a résumé de la façon suivante la version évolutive des événements présentée par M. Jollie :

[TRADUCTION]

Selon M. Jollie, le contact sexuel qui a eu lieu le 17 octobre 2017 était complètement consensuel. Toutefois, dans sa déclaration initiale à la police, il a nié même connaître [la victime]. Par la suite, confronté à la vidéo montrant sa présence à l'appartement de [la victime], tôt le matin du 17 octobre, il a indiqué qu'il était perdu et qu'il ne s'était trouvé à cet endroit que par inadvertance. Confronté ensuite à la preuve génétique, il a avoué qu'il connaissait [la victime] et qu'il avait eu des rapports sexuels consensuels – consensuels avec elle le 17 octobre.

[6] Le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable que le ministère public s'était déchargé de son fardeau et que M. Jollie était coupable d'avoir commis les infractions énumérées ci-dessus dont il était accusé. Il s'est vu infliger une peine globale de 12 ans, à laquelle a été soustraite la période passée en détention provisoire.

III. Questions en litige et analyse

[7] La seule question à trancher en appel est celle de savoir si la peine infligée était juste. Le paragraphe 687(1) du *Code criminel* prévoit ce qui suit :

687 (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

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

(b) dismiss the appeal.

687 (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir :

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

b) soit rejeter l'appel.

A. *Norme de contrôle*

[8] Dans l'arrêt *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2^e) 88, le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre), s'exprimant au nom de la Cour, a énoncé le cadre d'analyse s'appliquant aux appels contre la peine en prévenant qu'« il est plutôt rare, en pratique, que des mesures correctrices soient accordées en appel dans les causes de ce genre, car il y a peu d'ouverture pour une intervention de la cour d'appel qui soit bien-fondée » (par. 19). Il a ensuite défini les circonstances où une telle intervention est justifiée, en déclarant : « En somme, une cour d'appel n'est pas libre de substituer ses vues sur la justesse de la peine aux vues du juge qui était chargé de la déterminer, à moins que la peine ne résulte d'une erreur de droit ou d'une erreur de principe, ou qu'elle ne soit nettement déraisonnable » (par. 25).

[9] La décision rendue dans l'arrêt *Steeves* était fondée en partie sur les orientations fournies par la Cour suprême dans *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, [1995] A.C.S. n° 52 (QL), l'arrêt de principe en matière de détermination de la peine :

[...] Une cour d'appel ne devrait pas avoir toute latitude pour modifier une ordonnance relative à la détermination de la peine simplement parce qu'elle estime qu'une ordonnance différente aurait dû être rendue. La formulation d'une ordonnance relative à la détermination de la peine est un processus profondément subjectif; le juge du procès a l'avantage d'avoir vu et entendu tous les témoins, tandis que la cour d'appel ne peut se fonder que sur un compte rendu écrit. Il n'y a lieu de modifier la peine que si la cour d'appel est convaincue qu'elle n'est pas indiquée, c'est-à-dire si elle conclut que la peine est nettement déraisonnable. [par. 46]

B. *L'analyse du juge chargé de déterminer la peine*

[10] Dans l'affaire qui nous occupe, le juge chargé de déterminer la peine était manifestement conscient des objectifs et principes du prononcé des peines énoncés à l'art. 718 du *Code criminel*. Il en a discuté et a reconnu que « la peine [doit être] proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant », comme le prescrit l'art. 718.1. Le juge a souligné d'autres principes du prononcé des peines et a déclaré, en citant l'art. 718.2, que « la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant ».

[11] M. Jollie savait que la victime était très vulnérable, qu'elle avait besoin d'un fauteuil roulant pour se déplacer et qu'elle était incapable de se défendre contre son agression. Le juge chargé de déterminer la peine a mentionné en particulier le sous-al. 718.2a)(iii.1), qui enjoint au tribunal qui inflige une peine de tenir compte d'éléments de preuve établissant « que l'infraction a eu un effet important sur la victime en raison de son âge et de tout autre élément de sa situation personnelle, notamment sa santé et sa situation financière ».

[12] Le juge chargé de déterminer la peine a tenu compte du fait que les actes de M. Jollie constituaient une invasion de domicile, qui est définie à l'art. 348.1 comme une circonstance aggravante :

Aggravating circumstance — home invasion

Circonstance aggravante — invasion de domicile

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

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

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

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

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

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

C. *Circonstances atténuantes*

[13] Le juge chargé de déterminer la peine a traité de l'âge de M. Jollie, qui avait 26 ans au moment du prononcé de la peine. Il a cité un passage du rapport présentiel et était au courant que M. Jollie, pour reprendre les termes employés par la mère de ce dernier, avait peut-être [TRADUCTION] « une capacité intellectuelle inférieure à [celle des autres personnes de] son âge ». Cette considération a été tempérée, cependant, plus loin dans cette décision lorsque le juge a déclaré que [TRADUCTION] « la Cour est d'avis que M. Jollie n'a pas, ou n'a peut-être pas, toutes ses facultés et sans doute la capacité de poser un jugement moral. Toutefois, la preuve indiquait aussi clairement qu'il était une personne manipulatrice et intéressée ». Le juge a aussi reconnu que M. Jollie fréquentait une femme avec qui il avait un jeune fils et qu'il occupait un emploi rémunéré.

D. *Circonstances aggravantes*

[14] À partir de la page 15 de la décision sur la peine, le juge fait remarquer que [TRADUCTION] « les facteurs aggravants sont nombreux ». Ils peuvent se résumer ainsi :

1. Il s'agit de crimes violents.
2. Il s'agissait d'une agression sexuelle contre une victime vulnérable qui aurait pu entraîner sa mort.
3. La victime a témoigné de la terreur et de l'impuissance qu'elle a ressenties lorsque M. Jollie lui a couvert le visage d'un oreiller, ce qui lui donnait de la difficulté à respirer alors qu'il continuait de l'agresser sexuellement.
4. La vulnérabilité de la victime, son état de santé et ses conditions de logement étaient tous bien connus de M. Jollie.
5. M. Jollie a planifié l'agression sexuelle de sa victime, qu'il savait être sans défense contre ses avances.
6. Il s'agissait d'une invasion de domicile.
7. M. Jollie savait que c'était le domicile de la victime et qu'il était très probable qu'elle y était en train de dormir au moment de son agression.

E. *La peine infligée était-elle inappropriée?*

[15] À l'appui de sa prétention selon laquelle la peine infligée était inappropriée, M. Jollie soulève un certain nombre d'arguments, que je résumerai de la façon suivante avant de traiter de chacun d'entre eux tour à tour :

1. Le juge chargé de déterminer la peine n'a pas respecté la règle de Coke.
2. Le juge chargé de déterminer la peine n'a pas accordé assez d'importance à la réinsertion sociale.
3. Des peines concurrentes auraient été plus appropriées que des peines consécutives.
4. Le juge chargé de déterminer la peine n'a pas respecté le principe de la gradation des peines.
5. Le juge chargé de déterminer la peine n'a pas respecté le principe de la proportionnalité.
6. Le juge chargé de déterminer la peine n'a pas tenu compte de l'expression de remords comme un facteur atténuant.

F. *La règle de Coke*

[16] La règle de Coke tire son nom de sir Edward Coke, un prééminent juriste anglais de la fin du XVI^e siècle et du début du XVII^e. Le principe prévoit que « l'on ne [peut] infliger une peine plus sévère relativement à une deuxième infraction à moins que le délinquant n'ait été condamné pour la première infraction avant la perpétration de la deuxième ». Cette brève explication de la règle est tirée de l'arrêt *Andrade c. R.*, 2010 NBCA 62, 363 R.N.-B. (2^e) 159, au par. 14, dans lequel le juge d'appel Robertson, auteur des motifs de la Cour, offre un examen détaillé de l'objectif de la règle de Coke, de son histoire et de son application appropriée :

La toute dernière fois que la Cour suprême a confirmé la règle de Coke, ce fut dans l'arrêt *R. c. Skolnick*, [1982] 2 [R.C.S.] 47, où elle a cité abondamment, en marquant son approbation, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. c. Cheetham*, [1980] O.J. No. 721 (C.A.) (QL), laquelle s'appuyait elle-même sur une décision plus ancienne rendue au Nouveau-Brunswick, la décision *The King c. O'Brien: Ex parte Chamberlain* (1908), 38 N.B.R. 381, où l'on invoquait la décision *Ex parte Miller* (1875), 15 N.B.R. 485.

Essentiellement, le principe de Coke veut que l'on ne puisse infliger une peine plus sévère relativement à une deuxième infraction à moins que le délinquant n'ait été condamné pour la première infraction avant la perpétration de la deuxième. La raison de principe qui sous-tend l'existence de cette règle est bien établie et elle trouve sa meilleure formulation sous la plume du juge d'appel Blair dans l'arrêt *R. c. Cheetham* : [TRADUCTION] « On veut que la déclaration de culpabilité et la peine infligée pour la première infraction de même que le risque d'une peine plus sévère pour une infraction subséquente soient présents à l'esprit de l'accusé et qu'ils influencent sa conduite à l'avenir » (par. 19). Comme on peut s'y attendre, toutefois, cette règle n'est pas absolue. La déclaration de culpabilité relative à la première infraction ou à l'infraction antérieure peut être utilisée pour d'autres fins liées à la détermination de la peine. Par exemple, bien que l'on ne puisse tenir compte de la première infraction au moment d'infliger une peine relativement à la deuxième, la déclaration de culpabilité prononcée au titre de la première

peut servir à réfuter, notamment, une présomption selon laquelle le délinquant est un bon candidat à une peine visant la réinsertion sociale. Une grande partie de la jurisprudence pertinente est exposée dans la décision *R. c. Turner*, 2010 NBBR 93, [2010] A.N.-B. n° 81 (QL).

Habituellement, l'application de la règle de Coke est invoquée dans le contexte des dispositions du *Code criminel* qui prévoient une peine plus sévère dans le cas d'une deuxième déclaration de culpabilité ou d'une déclaration de culpabilité subséquente pour conduite avec facultés affaiblies ou refus de fournir un échantillon d'haleine. Cela nous amène à nous demander si, sous sa forme originale, la règle de Coke était une règle d'interprétation législative issue de la common law qui devait être appliquée dans le contexte des lois pénales prévoyant des peines plus sévères pour une deuxième infraction et une infraction subséquente à une disposition législative précise. Je reconnais que l'on trouve, dans l'arrêt *R. c. Skolnick*, des énoncés généraux qui, lus isolément, pourraient nous amener à conclure que la règle de Coke est davantage qu'une règle d'interprétation législative. Ainsi, à la page 58 [R.C.S.], le juge en chef Laskin, qui rendait jugement au nom de la Cour suprême, a écrit ceci : « La conclusion que je tire de l'analyse de la jurisprudence est que la règle de Coke ou, si l'on veut, la ligne de conduite qu'elle exprime, existe depuis trop longtemps dans notre droit pour qu'on puisse l'écarter sans une disposition législative expresse ou, à tout le moins, sans qu'on puisse le faire par déduction nécessaire ». De plus, le résumé des règles pertinentes que l'on trouve à la même page, témoigne de la généralité de la règle de Coke :

- (1) En soi, le nombre de condamnations n'est pas déterminant sur la question de savoir si la règle de Coke s'applique.
- (2) La règle générale veut que pour qu'on puisse imposer une sentence plus sévère pour une deuxième infraction ou une infraction subséquente, la deuxième infraction ou l'infraction subséquente doit avoir été commise après la première ou la deuxième condamnation, selon le cas, et la deuxième condamnation ou la condamnation subséquente doit être prononcée après la première ou la deuxième condamnation, selon le cas.

- (3) Lorsque deux infractions découlant des mêmes faits sont jugées ensemble et qu'une condamnation est prononcée pour chacune à l'issue du procès, il faut les considérer comme une seule pour déterminer si une peine plus sévère s'applique à cause d'une condamnation antérieure ou à cause d'une condamnation subséquente.
- (4) La règle joue même lorsque deux infractions qui découlent de faits distincts sont jugées ensemble et que les condamnations sont prononcées en même temps.

Considérés isolément, les passages cités ci-dessus pourraient nous amener à conclure que la règle de Coke est en réalité un principe général de détermination de la peine et non une règle d'interprétation législative. Il ne faut pas oublier, toutefois, que dans l'arrêt *R. c. Skolnick*, il était question de l'application de la règle de Coke dans le contexte d'une déclaration de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies et de l'infliction de la peine minimale prévue par la loi dans les cas de récidive. Dans cette affaire, le délinquant avait été déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies et de refus de fournir un échantillon d'haleine. Les deux condamnations découlaient des mêmes faits. Trois ans plus tard, le délinquant avait été déclaré coupable d'avoir conduit en état d'ébriété et condamné pour une troisième infraction. Ni la Cour d'appel de l'Ontario ni la Cour suprême n'ont souscrit à cette décision. Elles ont statué que la condamnation la plus récente aurait dû être considérée comme une deuxième infraction. Les deux déclarations de culpabilité antérieures auraient dû être considérées comme une seule condamnation.

Une lecture attentive de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Skolnick* ne laisse aucun doute quant au fait que la Cour a considéré l'application de la règle de Coke comme l'application d'une règle d'interprétation législative. La Cour a cité, en marquant son approbation, l'arrêt *O'Hara c. Harrington*, [1962] Tas. S.R. 165, dans lequel le juge en chef Burbury a dit ceci, à la p. 169, à propos de la règle de Coke : [TRADUCTION] « Cette règle d'interprétation des dispositions pénales du même genre, [qui remonte à] trois siècles, se fonde en somme sur un principe et ne dépend pas du texte précis d'une loi ». La Cour suprême a également invoqué, en marquant son approbation, l'arrêt *R. c.*

Cheetham où l'on invoquait et citait le juge en chef Madden dans l'arrêt australien *Christie c. Britnell* (1895), 21 V.L.R. 71 qui citait le passage pertinent tiré de *Coke's Institutes* : [TRADUCTION] « [...] la deuxième infraction doit avoir été commise après la première déclaration de culpabilité et la troisième après la deuxième déclaration de culpabilité et des jugements distincts rendus; parce qu'il faut ainsi interpréter les autres lois du Parlement où il y a une gradation des peines [infligées] pour la première, la deuxième et la troisième infraction etc. [...] » (p. 51 et 52 [R.C.S.]).

En résumé, la règle de Coke a été formulée comme principe d'interprétation législative en common law qui est applicable aux lois pénales qui prévoient des peines plus sévères en cas de récidive (voir l'arrêt *Skybar Ltd. c. British Columbia (General manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2006 BCCA 62, [2006] B.C.J. No. 289 (QL)). La question qui reste consiste à savoir s'il y a lieu d'étendre la portée de la règle de Coke afin d'en faire une règle ou un principe général de détermination de la peine.

Il y a quelques décisions qui appuient la proposition voulant que la règle de Coke s'applique en dehors du contexte des peines minimales prescrites par la loi. Toutefois, aucune instance ne traite de la question de savoir si cette règle est *tout simplement* une règle d'interprétation législative. La jurisprudence ne fait non plus état d'aucune raison de principe qui justifierait la reformulation de cette règle pour en faire une règle ou un principe général de détermination de la peine (voir les arrêts *R. c. Stoddart*, [2005] O.J. No. 6076 (C.A.) (QL) au par. 12; *R. c. Johnson*, [1998] B.C.J. No. 2924 (C.A.) (QL) au par. 21; *R. c. Sparkes*, [1978] N.J. No. 40 (C.A.) (QL) à la p. 371; et la décision *R. c. Finelli*, [2008] O.J. No. 2537 (C.S.J.) (QL) au par. 31). S'appuyant sur ces décisions, Clayton C. Ruby, dans son ouvrage intitulé *Sentencing*, 7^e éd. (Markham (Ont.) : Lexis/Nexis Canada Inc., 2008) considère la décision de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Skolnick* comme davantage que la simple confirmation de la règle de Coke comme règle d'interprétation législative. Il invoque cet arrêt à l'appui de l'existence d'un principe général et bien établi de détermination de la peine qu'il faudrait prendre en compte au moment d'examiner les antécédents judiciaires d'un délinquant : [TRADUCTION] « Puisqu'une première infraction donne lieu à un traitement aussi léger que possible et qu'une infraction subséquente peut être considérée d'un

œil plus sévère, il importe de déterminer si une condamnation précise a été prononcée avant que n'ait été perpétrée l'infraction dont la Cour est saisie » (p. 382). Ensuite, M^e Ruby explique ainsi les considérations de principe qui sous-tendent cette attitude : [TRADUCTION] « [L]e fait qu'un délinquant récidive après avoir été, pour ainsi dire, "averti" et "mis en garde" par l'infliction d'une peine antérieure, peut, en l'absence d'une explication, être considéré sous un œil plus sévère qu'une première infraction » (p. 382).

En toute déférence, il me semble inutile d'étendre la portée de la règle de Coke au-delà de son objet initial et ce, pour la raison suivante. En résumé, le droit avait besoin d'une méthode simple et efficace permettant de déterminer ce qui constitue une deuxième infraction ou une infraction subséquente. C'est exactement ce que fait la règle de Coke. Certes, elle favorise le délinquant, mais il en est ainsi en raison du prononcé obligatoire d'une peine fixe ou minimale; peine qui écarte l'élément discrétionnaire au profit d'une peine que la cour n'aurait peut-être pas par ailleurs infligée. D'un autre côté, il n'existe aucune règle ou principe obligatoire voulant qu'une deuxième déclaration de culpabilité ou une déclaration de culpabilité subséquente pour une infraction identique doive donner lieu à une peine plus sévère. Les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire de décider si des condamnations antérieures seront considérées comme une circonstance aggravante. Habituellement, une déclaration de culpabilité subséquente sera considérée d'un œil plus sévère du fait de l'existence d'une déclaration de culpabilité antérieure, mais il ne s'ensuit pas automatiquement que cela soit vrai dans tous les cas. De plus, le juge qui détermine la peine se laissera guider par le principe de la gradation des peines, lequel prévoit une augmentation progressive de la durée des peines infligées en cas de récidive pour la même infraction. Une des préoccupations de la cour consiste à s'assurer que le délinquant n'est pas puni une nouvelle fois pour des infractions passées. Dans l'arrêt *R. c. Muysen (C.N.)*, 2009 ABCA 116, [2009] A.J. No. 323 (QL), la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé l'interprétation que je retiens ici en se reportant à *Coke's Institutes*, *R. c. Skolnick* et *R. c. Cheetham*. À mon avis, la notion voulant que la déclaration de culpabilité antérieure ne doive pas être considérée comme faisant partie des antécédents judiciaires du délinquant pour les fins de la détermination de la peine, parce que celui-ci

n'a pas été convenablement mis en garde avant de commettre la deuxième infraction ou l'infraction subséquente, est un concept hypothétique par trop éloigné de la réalité de ce que pensent les récidivistes et de l'objet qui sous-tend la règle de Coke. La question de savoir ce qui constitue ou non une circonstance aggravante et la façon dont il faut considérer les antécédents judiciaires du délinquant sont des choses qu'il vaut mieux laisser au juge chargé de déterminer la peine afin qu'il les tranche en fonction de la situation factuelle dont il est saisi. [par. 13 à 20]

[17] En l'espèce, l'application prétendument erronée de la règle entre en jeu en raison des antécédents judiciaires de M. Jollie. Au moment de l'agression sexuelle qui sous-tend la déclaration de culpabilité et la peine en cause, à savoir plus précisément le 17 octobre 2017, M. Jollie n'avait pas d'antécédents judiciaires. Toutefois, à la date du prononcé de la peine, le 30 janvier 2019, le juge a fait remarquer que M. Jollie avait plaidé coupable, en avril 2018, [TRADUCTION] « à trois accusations de [...] nature sexuelle pour lesquelles il a reçu une peine globale de trente mois à purger dans un pénitencier ». Le juge a poursuivi en précisant la nature de ces accusations :

[TRADUCTION]

La première accusation a été portée en vertu de l'alinéa 172.1(2)b) du *Code criminel*, à savoir pour avoir leurré un enfant en [...] mars 2017 [...], infraction pour laquelle il a reçu une peine de six mois. La deuxième accusation a été portée en septembre 2015, encore une fois en vertu de l'alinéa 172(1)b), infraction pour laquelle il a reçu une peine consécutive de six mois. La troisième accusation a été portée en juin 2016 en vertu de l'article 151 du *Code criminel*, à savoir pour l'infraction de contacts sexuels avec un enfant âgé de moins de [...] seize ans, [pour] laquelle il a reçu une peine consécutive de dix-huit mois.

[18] Même si M. Jollie n'avait pas d'antécédents judiciaires lorsqu'il a agressé la victime en l'espèce, il en avait au moment de l'audience sur la détermination de la peine pour des infractions commises avant celles en cause dans l'affaire qui nous occupe. M. Jollie soutient que le juge chargé de déterminer la peine a tenu compte de ces déclarations de culpabilité lorsqu'il a façonné la peine, et qu'il a donc violé la règle de

Coke. La décision du juge, cependant, n'étaye pas cette conclusion lorsqu'elle est lue dans son ensemble.

[19] Dans son mémoire, M. Jollie n'invoque pas la décision *Andrade*, de notre Cour, mais il renvoie plutôt à l'arrêt *R. c. Pete*, 2019 BCCA 244, [2019] B.C.J. No. 1244 (QL), de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, où cette cour adopte une interprétation plus large de la règle de Coke, et donc une démarche plus restrictive pour ce qui est de l'analyse d'un cas de détermination de la peine comme celui de M. Jollie :

[TRADUCTION]

Je suis d'avis que la règle de Coke, même si elle était à l'origine un principe d'interprétation législative, est maintenant conçue comme un terme employé pour décrire la démarche qu'il convient d'adopter dans le traitement de délinquants primaires qui ont été subséquentement reconnus coupables d'autres infractions avant le prononcé de leur peine. Par conséquent, je l'appellerai le principe de Coke et je n'en limiterai pas l'application de la manière proposée dans l'arrêt *Andrade*. Comme je l'expliquerai plus loin, ce principe a été appliqué de manière générale dans notre province. De plus, je rejette la thèse selon laquelle ce principe existe parce qu'il est « un concept hypothétique par trop éloigné de la réalité » de ce que pensent les délinquants. Un délinquant est traité comme un délinquant primaire parce que l'absence de déclarations de culpabilité antérieures est un facteur atténuant justifiant l'imposition d'une peine plus légère. Cela repose sur l'idée que les infractions subséquentes reflètent la culpabilité morale du délinquant et attirent normalement des peines relativement plus sévères. Cette démarche en matière de détermination de la peine s'applique de façon générale, et non seulement aux infractions pour lesquelles la loi prescrit des peines accrues. [par. 33]

[20] L'état du droit au Nouveau-Brunswick en ce qui concerne la règle de Coke est exprimé dans l'arrêt *Andrade*, et non dans l'arrêt *Pete*, mais, à mon avis, ni l'une ni l'autre de ces démarches n'est avantageuse pour M. Jollie. J'affirme ce fait pour la simple raison que le juge chargé de déterminer la peine n'a, nulle part dans sa décision, laissé entendre qu'il ne traitait pas M. Jollie comme un délinquant primaire. Le contexte dans

lequel on mentionne et explique ces autres déclarations de culpabilité se rapporte à l'examen, par le juge, des perspectives de réadaptation de M. Jollie, une autre question soulevée par M. Jollie qui sera examinée sous peu. En soupesant les circonstances aggravantes, le juge chargé de déterminer la peine n'a fait aucune mention des antécédents judiciaires de M. Jollie. Il n'a fait aucune déclaration selon laquelle il aurait décidé, à la lumière de ces autres déclarations de culpabilité, d'infliger à M. Jollie une peine plus sévère que celle qu'il lui aurait autrement infligée. L'avocate du ministère public a soutenu devant nous qu'il n'y avait aucun lien direct dans la décision entre ces infractions antérieures et la peine infligée. Je souscris à cette observation.

G. *Réinsertion sociale*

[21] Un objectif déclaré du prononcé des peines que prévoit l'art. 718 du *Code criminel* est la réinsertion sociale. Toutefois, il ne s'agit que d'un objectif parmi d'autres. Parmi les autres objectifs figurent notamment la dénonciation et la dissuasion, les deux ayant été convenablement pris en compte par le juge lorsqu'il a façonné la peine en l'espèce, étant donné la gravité des infractions commises.

[22] S'agissant de la réinsertion sociale, voici ce que le juge chargé de déterminer la peine a dit après avoir reconnu que M. Jollie [TRADUCTION] « est un homme encore relativement jeune » :

[TRADUCTION]

Il est à espérer que la réinsertion sociale est une possibilité, aussi éloignée puisse-t-elle sembler à présent et dans les circonstances. La Cour souligne ce fait parce que les antécédents judiciaires de M. Jollie sont limités, mais ils sont entièrement composés de comportements sexuels illégaux antérieurs. De plus, ces crimes sexuels antérieurs ont été commis en 2015 et en 2016 et il a été condamné à leur égard en 2018. Par conséquent, alors que ces affaires cheminaient dans le système judiciaire, il a commis les crimes contre [la victime] en 2017. La Cour ne dispose d'aucun élément de preuve solide selon lequel M. Jollie serait un déviant sexuel, mais cela s'annonce mal puisqu'une tendance se dégage de ses comportements criminels.

[23] Bien que le juge chargé de déterminer la peine se soit penché sur les perspectives de réinsertion sociale, il a choisi d'accorder plus d'importance aux principes de la dénonciation et de la dissuasion, étant donné les faits troublants de la présente affaire. Cette décision lui revenait, et je ne vois aucune erreur dans sa démarche.

H. *Peines consécutives ou concurrentes*

[24] La peine imposée a été structurée de la manière suivante :

[TRADUCTION]

La peine globale, après avoir considéré le principe de la totalité et les peines concurrentes, sera de douze ans, moins la période de neuf mois déjà purgée en détention provisoire, ce qui laisse une peine de onze ans et trois mois à purger dans un pénitencier fédéral après toute autre peine qu'il purge déjà, à laquelle s'ajoutent des ordonnances accessoires. Les détails de la peine [...] sont les suivants. S'agissant du troisième chef d'accusation, qui vise l'acte criminel prévu aux alinéas 348(1)b) et d), j'inflige une peine d'emprisonnement de treize ans, qui sera réduite à une peine d'emprisonnement de dix ans [...] après avoir considéré le principe de la totalité. S'agissant du deuxième chef d'accusation, qui vise l'acte criminel prévu à l'alinéa 246a), j'inflige une peine d'emprisonnement de quatre ans, consécutive à la peine infligée relativement au troisième chef, peine qui sera réduite à une peine d'emprisonnement consécutive de deux ans après avoir tenu compte du principe [...] de la totalité. La Cour convient avec le ministère public qu'en raison de la nature de cette infraction, qui ne peut être commise qu'en même temps qu'une autre infraction (à savoir l'agression sexuelle dans l'affaire qui nous occupe), [la peine relative à] ce [...] chef d'accusation devrait, compte tenu des circonstances, être consécutive à la peine relative au troisième chef, et elle l'est. S'agissant du quatrième chef, qui vise l'acte criminel prévu à l'alinéa 145(3)a), j'inflige une peine d'emprisonnement d'un mois, à purger concurremment avec les peines relatives aux deuxième et troisième chefs. S'agissant du cinquième chef, qui vise aussi l'acte criminel prévu à l'alinéa 145(3)a), j'inflige une peine d'emprisonnement d'un mois, à purger concurremment avec les peines relatives aux deuxième et troisième chefs.

[25] M. Jollie soutient que les peines infligées relativement aux deuxième et troisième chefs d'accusation auraient dû être concurrentes et non consécutives, puisqu'elles découlent [TRADUCTION] « d'une seule aventure criminelle ». Pour une discussion approfondie de l'interaction entre les peines consécutives et concurrentes, voir *R. c. Peterson*, 2017 NBCA 29, [2017] A.N.-B. n° 152 (QL), la juge d'appel Quigg, s'exprimant au nom de la Cour. L'une des causes citées dans cet arrêt est une décision antérieure de notre Cour, à savoir l'arrêt *R. c. Howe*, 2007 NBCA 84, 330 R.N.-B. (2^e) 204, où le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) a reconnu qu'il n'est pas nécessaire que les peines infligées relativement à des infractions commises lors d'un même incident soient concurrentes lorsque les infractions en cause « protègent différents intérêts sociaux ». Si, comme l'a conclu la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Gummer*, [1983] O.J. No. 181 (QL), [TRADUCTION] « les infractions en question constituent des atteintes à différents intérêts protégés par la loi », il se peut qu'il soit tout à fait approprié d'imposer des peines consécutives.

[26] Comme l'a fait remarquer le juge chargé de déterminer la peine, l'acte criminel prévu à l'art. 246 du *Code criminel* (Fait de vaincre la résistance à la perpétration d'une infraction) peut seulement être commis dans le contexte d'un autre acte criminel. Le législateur a de toute évidence jugé que ces actes, y compris « [toute tentative], par quelque moyen, d'étouffer, de suffoquer ou d'étrangler une autre personne » afin de rendre cette personne « insensible, inconsciente ou incapable de résistance », étaient si importants qu'il était justifié de prévoir une disposition distincte du *Code criminel* et de les punir en tant qu'actes criminels passibles de l'emprisonnement à perpétuité. Il serait illogique de proposer qu'on ne puisse jamais infliger, relativement à un tel acte criminel, une peine consécutive à la peine visant l'acte criminel sous-jacent. S'il en était autrement, une disposition distincte serait inutile, et l'objectif aurait pu être atteint en incluant ces actes dans les circonstances aggravantes à prendre en compte dans le cadre du processus de détermination de la peine. Le législateur a choisi de procéder comme il l'a fait pour ce qui semble être d'évidentes considérations d'ordre public. À mon avis, le juge chargé de déterminer la peine en l'espèce n'a pas eu tort d'imposer des peines consécutives plutôt

que concurrentes relativement à l'introduction par effraction, d'une part, et à la suffocation au moyen d'un oreiller, d'autre part.

I. *Le principe de la gradation des peines*

[27] D'après ce principe, une personne qui a été reconnue coupable à plus d'une occasion pour la même infraction devrait s'attendre à ce que la peine infligée soit de plus en plus sévère pour chaque condamnation subséquente. M. Jollie soutient que le juge chargé de déterminer la peine a violé ce principe en imposant une peine de douze ans en l'espèce, alors qu'il avait reçu une peine de trente mois pour les actes criminels commis en 2015 et en 2016. Cette assertion comporte de multiples problèmes. D'abord et avant tout, le juge n'a établi aucun lien que ce soit avec la peine imposée relativement aux autres actes criminels lorsqu'il a façonné cette peine, comme nous l'avons vu précédemment dans le cadre de la discussion sur la règle de Coke. Il n'y a rien dans cette décision qui indique que le juge ne traitait pas M. Jollie comme un délinquant primaire. Je m'empresse aussi de souligner que les actes criminels en cause ne sont pas les mêmes. Les infractions antérieures portaient sur le leurre d'un enfant et les contacts sexuels, tandis que les accusations portées en l'espèce visaient l'agression sexuelle, l'introduction par effraction et le fait de vaincre la résistance à la perpétration d'une infraction.

J. *La proportionnalité*

[28] Cette erreur alléguée de la part du juge chargé de déterminer la peine se rapporte à quelques-uns des arguments précédents de M. Jollie. Il invoque une décision de la Cour provinciale de l'Alberta, à savoir *R. c. Courtoreille*, 2017 ABPC 231, [2017] A.J. No. 943 (QL), au par. 49, pour proposer que [TRADUCTION] « [l]a proportionnalité garantit qu'on ne sacrifie pas une personne sur l'autel du bien commun ». Avec égards, je ne suis pas persuadé que le juge chargé de déterminer la peine en l'espèce n'a pas respecté le principe de la proportionnalité. Il ressort clairement de divers passages de sa décision, reproduits ci-dessus, que le juge était très conscient de l'importance de façonner une peine qui respecte ce principe directeur.

[29] L'article 718.1 du *Code criminel* prévoit, à titre de principe fondamental, que « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant ». Il est on ne peut plus clair que les infractions en cause sont très graves et que le degré de responsabilité de M. Jollie est élevé. Je ne relève aucune erreur.

K. *Remords*

[30] Alors que l'expression de remords peut être considérée comme une circonstance atténuante dans la détermination de la peine, l'absence de remords ne doit pas être considérée comme une circonstance aggravante. M. Jollie soutient qu'il a exprimé des remords, mais que le juge chargé de déterminer la peine n'a pas tenu compte de ce fait. Avec égards, les arguments soulevés par M. Jollie pour étayer sa thèse sont bien loin de constituer une manifestation de remords qui pourrait avoir une incidence favorable sur la sévérité de sa peine.

[31] M. Jollie nous renvoie à des parties de la transcription du procès où était consigné son témoignage au sujet du fait qu'il était apparemment inquiet qu'il fasse mal à la victime durant ce qui était, soutient-il, une activité sexuelle consensuelle. À titre d'exemple, M. Jollie a témoigné : [TRADUCTION] « Je pensais que je lui avais fait mal d'une manière ou d'une autre, mais elle ne voulait pas me dire si je lui avais fait mal », et « Je lui ai physiquement demandé si elle – comme, si j'avais fait quelque chose, et elle ne voulait même pas – elle ne voulait même pas me le dire. » N'oublions pas que le juge du procès a rejeté la version avancée par M. Jollie des événements qui se sont déroulés tôt le matin du 17 octobre 2017. Selon le rapport présentenciel daté du 23 novembre 2018, [TRADUCTION] « [e]n ce qui concerne les affaires qui occupent actuellement la Cour, Michael JOLLIE n'accepte pas la responsabilité des actes sur lesquels sont fondés les accusations dont la Cour est actuellement saisie. Il a cependant exprimé des inquiétudes à l'égard de la victime en cause, en ce sens qu'il a affirmé qu'il ne connaissait pas les conséquences de la situation, et il a ajouté qu'il [TRADUCTION] “se sentait très mal” » (je souligne).

[32] Des observations du genre de celles que M. Jollie aurait apparemment faites en commettant une agression sexuelle ne constituent pas l'expression de remords. Même s'il avait dit ce qu'il affirme avoir dit, le fait que l'auteur d'une agression sexuelle demande à sa victime s'il est en train de lui faire mal, ou s'il lui a fait mal, ne constitue pas du remords. À mon avis, le juge chargé de déterminer la peine n'a pas traité ce facteur de façon inadéquate durant le processus de détermination de la peine.

L. *La longueur de la peine*

[33] Un thème récurrent dans les différentes erreurs que M. Jollie affirme avoir été commises par le juge chargé de déterminer la peine est que la peine infligée est tout simplement trop longue. Devant la Cour provinciale, le ministère public a fait valoir qu'il y avait lieu d'infliger une peine de 10 à 12 ans, alors que l'avocate de la défense a soutenu qu'une peine de quatre ans serait appropriée. Le juge a observé que [TRADUCTION] « la fourchette des peines pour les infractions de ce type [est] difficile à quantifier parce que les faits ou les circonstances varient tellement et [sont] propres à chaque affaire ». Après avoir examiné la jurisprudence que les avocats lui avaient soumise et fait sa propre recherche, il a aussi remarqué que la fourchette des peines allait [TRADUCTION] « jusqu'à treize ans ». Étant donné la situation de fait, je ne suis pas convaincu que la peine infligée fût excessivement longue et je ne relève rien qui justifie notre intervention.

M. *Ordonnance limitant la publication*

[34] Avant de conclure, je mentionnerai une dernière question soulevée par M. Jollie. Invoquant des préoccupations quant à sa sécurité au pénitencier où il est emprisonné, M. Jollie demande à la Cour de rendre une ordonnance limitant la publication de son identité dans la présente décision, en vertu de l'al. 486.5(7)b) du *Code criminel*. Il soutient que, comme il [TRADUCTION] « est actuellement emprisonné, il ne pose aucun danger pour le public et il devrait lui être permis de purger le reste de sa peine en paix ». La demande a été faite, brièvement, à la fin de son mémoire, mais elle n'a pas été soulevée par M. Jollie pendant ses observations orales à l'audience devant nous. Cette disposition a

pour objet de protéger l'identité d'une victime, d'un témoin ou d'une personne associée au système judiciaire (selon la définition que donne de ce terme l'art. 2, qui ne comprend pas les personnes accusées ou les personnes déclarées coupables qui interjettent appel). Aucune jurisprudence n'a été invoquée à l'appui de la proposition selon laquelle la disposition était censée s'appliquer à une personne dans la situation de M. Jollie, et je n'ai pas été en mesure d'en trouver. Une ordonnance d'interdiction de publication a effectivement été rendue en Cour provinciale, à juste titre, en ce qui concerne l'identité de la victime. Je souligne que rien dans la présente décision n'identifie de quelque manière que ce soit la victime, ce qui est tout à fait délibéré. Je ne rendrais pas d'ordonnance interdisant la publication relativement à l'identité de M. Jollie.

IV. Conclusion et dispositif

[35] Pour les motifs qui précèdent, bien que je sois d'avis d'accorder l'autorisation d'appel, je ne trouve aucun principe justifiant que nous modifions la peine infligée par le juge de la Cour provinciale.

[36] Je rejetterais l'appel de la peine.