

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

47-22-CA

JACOB LILLY

APPELLANT

- and -

HIS MAJESTY THE KING

RESPONDENT

Lilly v. R., 2024 NBCA 14

CORAM:

The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice LeBlanc

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
April 13, 2022

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
None

Appeal heard:  
October 24, 2023

Judgment rendered:  
January 25, 2024

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Quigg

Concurred in by:  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice LeBlanc

JACOB LILLY

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LE ROI

INTIMÉ

Lilly c. R., 2024 NBCA 14

CORAM :

l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge LeBlanc

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
le 13 avril 2022

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
aucune

Appel entendu :  
le 24 octobre 2023

Jugement rendu :  
le 25 janvier 2024

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Quigg

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge LeBlanc

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Nathan J. Gorham, K.C. and  
Adrian Forsythe

For the respondent:  
Patrick McGuinty

THE COURT

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

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :  
Nathan J. Gorham, c.r., et  
Adrian Forsythe

Pour l'intimé :  
Patrick McGuinty

LA COUR

L'autorisation d'interjeter appel de la peine est accordée, mais l'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

[1] On December 17, 2018, while incarcerated at the Atlantic Institution, Jacob Lilly participated in a brutal assault upon another inmate, resulting in serious injury to the victim. The institution's video surveillance shows Mr. Lilly was not the instigator of the assault. He was not in the B range common room where the assault began but, when a second assault commenced, Mr. Lilly, completely unprovoked, participated in the beating by kicking the victim with his left leg, twice in the head, chest, and stomach areas. Throughout this violent episode, other inmates continued their assault of the victim. Mr. Lilly continued his attack by kicking the victim in the body as he fell to the ground. He was jointly charged with four others of committing an aggravated assault under s. 268 of the *Criminal Code*.

[2] On February 16, 2022, he entered a guilty plea to the lesser indictable offence of assault causing bodily harm contrary to s. 267(b) of the *Code*.

[3] There was no agreement regarding the sentence. Counsel for Mr. Lilly proposed a sentence of six to eight months while Crown counsel argued 30 months was a fit sentence. Ultimately, the sentencing judge determined a 24-month consecutive sentence along with ancillary orders was appropriate.

[4] Mr. Lilly says the sentence imposed is unfair and the result of three errors of law or mixed law and fact. He seeks leave to appeal his sentence. Although I would grant leave to appeal, I would deny the appeal.

I. Facts

A. *Procedural History*

[5] Mr. Lilly was charged with aggravated assault, stemming from an incident at the Atlantic Institution in Renous on December 17, 2018. The Information was not laid until October 19, 2020. By the time Mr. Lilly made his first appearance, on November 3, 2020, he was being held on remand at the Central Nova Scotia Correctional Facility in Dartmouth, Nova Scotia. Mr. Lilly and four co-accused elected trial in Provincial Court. The trial was set for February 16, 2022, at which time Mr. Lilly pleaded guilty to the lesser included offence of indictable assault causing bodily harm.

B. *The assault*

[6] On December 17, 2018, Tyler Gray was in a common room at the Atlantic Institution in Renous, along with other inmates. Mr. Lilly was in his cell. Jerrell Shephard commenced the assault on Mr. Gray. Within seconds, Miguel Brown and Arthur Muise assaulted and stabbed Mr. Gray. After the brief attack, Mr. Gray walked a short distance to the cells of the B Range. As Mr. Gray arrived at B Range, Mr. Lilly exited his cell carrying a plastic bag and walked past him, heading towards the end of the range.

[7] Moments later, the original assailants, along with an unidentified male, arrived on the range, where Mr. Gray remained standing in the hallway. A second assault occurred, during which Mr. Gray was punched, kicked, and stabbed. It was at this point Mr. Lilly approached Mr. Gray and kicked him in the upper body. Mr. Gray bent over and was then punched and kneed by Mr. Lilly. As Mr. Gray fell to the ground, Mr. Lilly continued to kick him. The attackers then left the area. Mr. Gray stood up and entered his cell.

[8] Mr. Gray was hospitalized for four days following the assault. He suffered a punctured and partially collapsed lung, six stab wounds, and a cut on his arm. The sentencing judge found that the cut on Mr. Gray's arm was sustained during the portion

of the assault in which Mr. Lilly was involved. There was no evidence that Mr. Gray's punctured lung or stab wounds were caused by Mr. Lilly.

C. *Recommendations on Sentence*

[9] Crown counsel recommended a sentence of 30 months' imprisonment. In doing so, she acknowledged Mr. Lilly's lesser role in the attack. However, she also referred to concurrent sentences of 30 months he received in 2016 for assault causing bodily harm and robbery. Crown counsel relied on a conviction from 2020 as a third violent offence. She further referenced Mr. Lilly's institutional record since being remanded in 2019.

[10] Counsel for Mr. Lilly advocated for a custodial sentence of six-to-eight months, citing Mr. Lilly's youth, remorse, minor involvement in the attack, no evidence of planning or deliberation, the relative lack of force used in the assault, and a sparse criminal record.

[11] The sentencing judge discussed the individualized nature of sentencing and reviewed the sentencing principles under s. 718 of the *Code*. He explained deterrence and denunciation must be the predominant factors in determining a fit and just sentence for an assault occurring within a penitentiary.

[12] The sentencing judge highlighted the following as mitigating factors: (1) Mr. Lilly's guilty plea on the first day of trial; (2) his acceptance of responsibility for his part in the offence, and expression of empathy towards Mr. Gray; (3) his participation in institutional programming; and (4) his age.

[13] As aggravating factors, the sentencing judge noted Mr. Lilly's criminal record included three convictions for violent crimes (convictions for robbery and assault causing bodily harm, from an offence which occurred on June 3, 2016, as well as a conviction for assault on a peace officer, which occurred on July 10, 2020). Secondly, the

judge found that Mr. Lilly having joined an attack on a fellow inmate for no apparent reason was an aggravating factor. Thirdly, Mr. Lilly kicked Mr. Gray while he was on the ground. The judge also stated the fact that the incident occurred in a maximum-security penitentiary was an aggravating factor.

[14] The sentencing judge considered the range of sentence for assault causing bodily harm in a penitentiary and determined that the appropriate sentence was a custodial term in the range of 12 months to two years. He sentenced Mr. Lilly to 24 months' imprisonment, consecutive to any other sentences he was serving. Mr. Lilly received no remand credit.

## II. Grounds of Appeal

[15] Mr. Lilly raises the following grounds of appeal. He submits the sentencing judge erred in law:

- 1) By treating lack of motive as an aggravating factor;
- 2) When he considered Mr. Lilly's prior convictions because one of them was registered against him after the occurrence of the offence that is the subject of this appeal; and
- 3) When he referred to Mr. Lilly's misconduct during his incarceration.

## III. Analysis

A. *Ground one: Did the sentencing judge err by treating lack of motive as an aggravating factor?*

[16] In arriving at a fit sentence, the judge relied on *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089. He stated:

The Supreme Court of Canada has recognized that the fitness of a sentence imposed can establish or diminish the

credibility of the justice system in the eyes of the public. This was in *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64 at paragraph three. The task is governed by the provisions of the *Criminal Code*, but it involves the exercise of a broad discretion by the courts in balancing other relevant factors in order to meet the objectives being pursued in sentencing. The purpose and principles of sentence as set out in the *Criminal Code* allow for a sentence individualization and guide the sentence I must impose.

[17] He went on to review the principles of sentencing under s. 718 of the  
*Code*:

Section 718 of the *Criminal Code* describes the fundamental purpose of sentencing. It reads: Fundamental purpose of sentencing is to protect society and contribute along with crime prevention initiatives to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing sanctions that have one or more of the following objectives: a) to denounce unlawful conduct and the harm done to victims or to the community that is caused by unlawful conduct; b) to deter the offender and other persons from committing offences; c) to separate offenders from society where necessary; d) to assist in rehabilitating offenders; e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and f) to promote a sense of responsibility in offenders and acknowledgment of the harm done to victims or to the community. The imposition of a just sentence requires sufficient maneuverability to tailor sentences to the circumstances of the particular offence and the particular offender. This quote is found at *R. v. Ipeelee*, [...] 2012 SCC 13 at paragraph 38.

[18] The judge then reviewed the factors he found to be mitigating and  
aggravating:

I consider it aggravating that, firstly, Mr. Lilly has a criminal record that contains three violent offences. I've already referenced the two previous convictions under 344(1) and 267(b) in 2016. The third violent offence, a charge of assault on a peace officer appears to have been committed while he was incarcerated in July 2020. Secondly, Mr. Lilly joined for no apparent reason in an

attack already in progress on a fellow inmate. Thirdly, Mr. Lilly continued assaulting Mr. Gray while he was down on the floor. And lastly, the assault on Mr. Gray occurred in a maximum-security penitentiary. I consider it mitigating circumstances that Mr. Lilly has pled guilty; that Mr. Lilly has expressed empathy towards the victim, even though remorse is not fully apparent; that he has taken programming within the correctional facility where he is currently detained; and also that he is still a young man, albeit one who has spent the greater part of his adulthood behind bars. In summary, as it relates to the offence and the offender. I find that the offence is serious, that the moral culpability of Mr. Lilly is high, and that the need to denounce the crime and deter him and others is pressing.

[19] The sentencing judge underscored that moral blameworthiness, or moral culpability is a factor among many that a sentencing judge must balance when deciding a fit and appropriate sentence. Part of establishing moral blameworthiness is considering the motivation of the offender. *Cormier v. R.*, 2022 NBCA 44, [2022] N.B.J. No. 184 (QL), and *R. v. Kravchenko*, 2020 MBCA 30, [2020] M.J. No. 67 (QL), leave to appeal to S.C.C. refused, [2020] S.C.C.A. No. 135 (QL), demonstrate that a judge is permitted to consider motivation as a component of moral blameworthiness when crafting an appropriate sentence.

[20] *Cormier* concerned a sentence appeal in a case of retaliation by criminal behaviour. Mr. Cormier suffered repeated vandalism and property damage at the hands of Mr. Goguen, and the police did not respond in a manner that satisfied Mr. Cormier. After a second and ultimately successful attempt by Mr. Goguen to burn down a barn owned by Mr. Cormier, Mr. Cormier was driving his truck and happened to see Mr. Goguen riding his bicycle. As Mr. Goguen cut through a parking lot, ostensibly fleeing from Mr. Cormier, the latter drove into the parking lot and struck Mr. Goguen with the front of his truck. Both Mr. Goguen and his bicycle were pinned underneath the truck and dragged several metres as the truck slowed to a stop.

[21] This was a case of Mr. Cormier taking justice into his own hands but not out of planned vigilantism. The Court assessed the moral blameworthiness for an



unplanned act of retaliation which resulted in an aggravated assault in order to properly apply the parity principle in determining an appropriate sentence. Richard C.J.N.B. stated:

The fundamental principle of sentencing is set out in s. 718.1 of the *Criminal Code*. It states as follows:

**718.1** A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

Mr. Cormier contends that “the relatively minor nature of Mr. Goguen’s injuries and the prior, prolonged provocation by Mr. Goguen should attract a much lower sentence than that sought by Crown counsel.” He argues that the fundamental principle of proportionality was not respected because the sentence was not proportionate to the gravity of the offence and to the degree of Mr. Cormier’s responsibility.

In support of his position, Mr. Cormier invokes the Supreme Court’s decision in *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, underlining the following words of Wagner J., as he then was, writing for the majority:

[...] The more serious the crime and its consequences, or the greater the offender’s degree of responsibility, the heavier the sentence will be. In other words, the severity of a sentence depends not only on the seriousness of the crime’s consequences, but also **on the moral blameworthiness of the offender**. [Emphasis by counsel for Mr. Cormier; [...] para. 12.]

Mr. Cormier argues the jurisprudence cited to the sentencing judge should have been distinguished because, in those cases, the crime had much more serious consequences than in the present one, where Mr. Goguen suffered no lasting injury. While this may be so, the argument ignores a principal teaching of the Supreme Court in *Lacasse*. In the passage quoted above, Wagner J. makes clear that **a heavier sentence is justified not only when the consequences of a crime are serious, but also when the offender bears a high degree of moral blameworthiness**. [Emphasis in bold is mine; paras. 27-30]

[22] Courts have consistently agreed that an absence of motive can, in fact, be considered an aggravating factor at sentencing. The Manitoba Court of Appeal in *R. v. Kravchenko* endorsed the following proposition on this issue, citing Clayton C. Ruby et al., *Sentencing*, 9th ed. (Toronto: LexisNexis, 2017):

[...] The fact that the offence occurred without apparent motive or explanation does not assist the accused. The following comments made in Ruby, *Sentencing*, in relation to attempted murder, are equally applicable here (at section 23.127):

As in sentencing decisions involving many other offences, where the court can find no apparent motive for an attempted murder, it often reacts by raising the sentence. When the source of the offender's aggression cannot begin to be pinpointed and hence removed, the dangerousness of the offender becomes more complete, and is seen to justify lengthy incarceration. [Emphasis added; para 65]

[23] In the case before us now, the undisputed facts were that Mr. Lilly was completely uninvolved in the initial assault committed upon the victim and was not in any danger. Unlike Mr. Cormier, Mr. Lilly had no "reason" to engage in the assault. This inference is fully supported by a review of the video evidence, which established there was no element of provocation involved, it was not a consensual fight, and Mr. Lilly was not acting in self-defence. Further, Mr. Lilly himself stated he simply acted on an impulse. These facts allowed the sentencing judge to infer that this offence occurred without any motive nor provocation, thus constituting an aggravating factor. Indeed, a fair, objective, and dispassionate review of the video evidence inevitably leads to such a conclusion.

[24] The sentencing judge was entitled to find that Mr. Lilly acted without motive and that this did constitute an aggravating factor.

[25] Considering the above, it is important to note that absence of motive cannot be considered aggravating if there is no evidence to support the notion that the offence was committed without motive (i.e., there was no evidence to prove an absence of motive). This is not such a case. This is a situation where, by inferential reasoning, the judge correctly concluded that the offence was committed without motive.

[26] Sentencing judges are permitted to infer a state of mind from undisputed facts without the need to hear further evidence (see *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3, at para. 70; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 78). Where the sentencing judge wishes to use the inferred state of mind as an aggravating factor on sentencing, the undisputed facts must reasonably support the inference made by the judge beyond a reasonable doubt.

[27] In my view, it was within the sentencing judge's purview to find the fact that Mr. Lilly acted without motive was an aggravating factor. I would dismiss this ground of appeal.

B. *Ground two: Did the sentencing judge err in law when he considered Mr. Lilly's prior convictions because one of them was registered against him after the offence that is the subject of this appeal?*

[28] The offence at issue in this appeal took place in 2018. When imposing sentence upon Mr. Lilly, the judge considered Mr. Lilly's criminal record, which included two offences from the same date in 2016 – robbery and assault causing bodily harm – as well as an offence that took place in 2020 – assaulting a peace officer.

[29] On appeal, Mr. Lilly submits the judge erred in considering the 2020 offence as an aggravating factor given that it occurred after the commission of the 2018 offence. At the hearing, Crown counsel conceded the sentencing judge erred in determining the 2020 offence was an aggravating factor. Furthermore, Mr. Lilly had

originally submitted the judge effectively “double counted” his 2016 convictions for assault causing bodily harm and robbery, but this was abandoned at the hearing.

[30] With respect to whether the judge erred in his determination the 2020 offence was an aggravating factor, that is not an issue I will address in this decision. It is clearly of no moment because, in my view, even if the sentencing judge did err in his consideration of the 2020 offence, the sentence would not have been different absent the error (see *Steeves v. R.*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88, at paras. 19 and 25; *Her Majesty the Queen v. Pond*, 2020 NBCA 54, [2020] N.B.J. No. 181 (QL), at para. 29).

[31] The Supreme Court of Canada has reiterated time and time again that not only does there need to be an error in order for a sentencing decision to be open to appellate intervention, but that error must have had an impact on the sentence. In *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, the Court states:

As this Court confirmed in *Lacasse*, an appellate court can only intervene to vary a sentence if (1) the sentence is demonstrably unfit (para. 41), or (2) the sentencing judge made an error in principle that had an impact on the sentence (para. 44). Errors in principle include an error of law, a failure to consider a relevant factor, or erroneous consideration of an aggravating or mitigating factor. The weighing or balancing of factors can form an error in principle “[o]nly if by emphasizing one factor or by not giving enough weight to another, the trial judge exercises his or her discretion unreasonably” (*R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (Ont. C.A.), at para. 35, cited in *Lacasse*, at para. 49). Not every error in principle is material: an appellate court can only intervene if it is apparent from the trial judge’s reasons that the error had an impact on the sentence (*Lacasse*, at para. 44). If an error in principle had no impact on the sentence, that is the end of the error in principle analysis and appellate intervention is justified only if the sentence is demonstrably unfit. [para. 26]

[32] The relevant jurisprudence from our Court invariably cites *R. v. Lacasse*, where the Supreme Court sent the message that appellate courts should avoid adjusting

sentences except where a sentencing judge makes an error that has an impact on the sentence:

This Court has on many occasions noted the importance of giving wide latitude to sentencing judges. Since they have, *inter alia*, the advantage of having heard and seen the witnesses, sentencing judges are in the best position to determine, having regard to the circumstances, a just and appropriate sentence that is consistent with the objectives and principles set out in the *Criminal Code* in this regard. The fact that a judge deviates from the proper sentencing range does not in itself justify appellate intervention. Ultimately, except where a sentencing judge makes an error of law or an error in principle that has an impact on the sentence, an appellate court may not vary the sentence unless it is demonstrably unfit. [para. 11]

[33] In *Corcoran v. R.*, 2022 NBCA 54, [2022] N.B.J. No. 228 (QL), LeBlanc J.A. stated:

As to the applicable standard of review, on sentence appeals this Court may intervene only where:

- (1) the sentence is clearly unreasonable; or
- (2) the sentencing judge committed an error in principle (which includes an error of law, failure to consider a relevant factor, or erroneously considering an aggravating or mitigating factor) and such error had an impact on the sentence imposed. [para. 12]

[34] The Court has considered, clarified, and followed the instructions delineated in *Lacasse* and reiterated in *Friesen*. Though the test has been expressed in a few forms, two elements remain constant: the sentencing judge must have committed an error, and that error must have had an impact on the sentence. In my view, it did not in this case.

C. *Ground three: Did the sentencing judge err in law when he referred to Mr. Lilly's misconduct during incarceration?*

[35] A sentencing judge must possess as much information as possible regarding the offender upon whom sentence will be imposed. As such, a sentencing judge is entitled to consider extrinsic evidence of misconduct at a sentencing hearing to gauge the offender's background, character, and prospects of rehabilitation.

[36] In this case, although the sentencing judge noted that Mr. Lilly's institutional records contain numerous instances of misconduct, there is no evidence to support Mr. Lilly's claim that this impacted the sentence or that any substantive weight was ascribed to them in the judge's decision. A review of the record indicates the judge did not consider the misconduct evidence as an aggravating factor. Rather, he made a passing reference to it. The judge's consideration of Mr. Lilly's institutional records did not impact upon the sentence imposed.

[37] Further, Mr. Lilly's assertion that these were "disputed" records is not accurate. At the sentencing hearing, both his counsel and Crown counsel clearly referred to the pre-sentence report, and at no point did Mr. Lilly or his counsel object to the information regarding his institutional misconduct contained in the pre-sentence report being raised.

[38] Had the extrinsic evidence of institutional misconduct been disputed, the Crown would have had to prove it beyond a reasonable doubt. As this evidence was not disputed, the sentencing judge was entitled to consider it.

#### IV. Conclusion

[39] 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.

V. Disposition

[40]                    Although I would grant leave to appeal, I would dismiss the appeal against sentence.

LA JUGE QUIGG

- [1] Le 17 décembre 2018, incarcéré à l'Établissement de l'Atlantique, Jacob Lilly a eu part à des voies de fait brutales, perpétrées sur la personne d'un autre détenu, qui ont abouti à de graves blessures pour la victime. Les images de vidéosurveillance de l'établissement montrent que M. Lilly n'en a pas été l'instigateur. Il n'était pas dans la salle commune de la rangée B où les voies de fait ont débuté, mais, quand elles ont repris, il s'est associé aux agresseurs et a porté à la victime, sans aucune provocation, des coups de son pied gauche dans les régions de la poitrine et de l'estomac, et deux fois à la tête. Durant cet événement de violence, d'autres détenus ont continué de s'en prendre à la victime. M. Lilly a poursuivi son attaque en assenant à M. Gray des coups de pied au corps tandis qu'il s'affalait au sol. M. Lilly et quatre autres individus ont été accusés conjointement de voies de fait graves, acte criminel prévu à l'art. 268 du *Code criminel*.
- [2] Le 16 février 2022, M. Lilly s'est reconnu coupable de voies de fait ayant causé des lésions corporelles, acte criminel moindre prévu à l'al. 267b) du *Code*.
- [3] Les parties ne s'entendaient pas sur la peine. La défense proposait une peine de six à huit mois; le ministère public soutenait qu'une peine de 30 mois était appropriée. En fin de compte, le juge chargé de déterminer la peine est arrivé à la conclusion qu'une peine consécutive de 24 mois, assortie d'ordonnances accessoires, était appropriée.
- [4] M. Lilly soutient que la peine infligée est inéquitable et qu'elle résulte de trois erreurs, soit de droit, soit de droit et de fait mixtes. Il sollicite l'autorisation d'interjeter appel de sa peine. Je suis d'avis d'accorder l'autorisation d'appeler, mais de rejeter l'appel.



I. Faits

A. *Historique procédural*

[5] M. Lilly a été accusé de voies de fait graves par suite d'événements qui se sont produits à l'Établissement de l'Atlantique, à Renous, le 17 décembre 2018. La dénonciation a seulement été déposée le 19 octobre 2020. Au moment de sa première comparution, le 3 novembre 2020, M. Lilly avait été renvoyé à la détention au sein de l'établissement correctionnel Central Nova Scotia, à Dartmouth, en Nouvelle-Écosse. M. Lilly et quatre coaccusés ont choisi d'être jugés en Cour provinciale. La date du procès a été fixée au 16 février 2022. Ce jour-là, M. Lilly s'est reconnu coupable de l'infraction moindre et incluse de voies de fait ayant causé des lésions corporelles.

B. *Voies de fait*

[6] Le 17 décembre 2018, Tyler Gray se trouvait dans une salle commune de l'Établissement de l'Atlantique, à Renous, avec d'autres détenus. M. Lilly, lui, était dans sa cellule. Les voies de fait qu'allait subir M. Gray ont été engagées par Jerrell Shephard. Il a suffi de quelques secondes pour que Miguel Brown et Arthur Muise s'y joignent et poignent la victime. Après cette brève attaque, M. Gray a marché jusqu'aux cellules de la rangée B, non loin. Il y parvenait lorsque M. Lilly est sorti de sa cellule. M. Lilly est passé près de lui, emportant un sac de plastique, en direction du bout de la rangée.

[7] Un instant plus tard, les mêmes agresseurs et un homme non identifié sont arrivés à la rangée B, où se trouvait toujours Tyler Gray, debout dans le couloir. Il a subi de nouvelles voies de fait : il a été frappé à coups de poing et à coups de pied et a aussi été poigné. C'est alors que M. Lilly s'est approché de lui et l'a frappé du pied dans le haut du corps. Il a ensuite donné à la victime, pliée en deux, des coups de poing et de genou. Tandis que M. Gray s'affalait au sol, M. Lilly a continué de le frapper du pied. Puis, les attaquants ont quitté les lieux. M. Gray s'est relevé et est rentré dans sa cellule.

[8] Après les voies de fait, M. Gray a été hospitalisé pendant quatre jours. On a constaté la perforation et l'affaissement partiel d'un poumon, six plaies par arme blanche et une coupure au bras. Le juge chargé de déterminer la peine a conclu que M. Gray avait subi la coupure au bras au cours des voies de fait auxquelles M. Lilly avait été mêlé. Rien n'indiquait que M. Lilly avait été la cause de l'affaissement du poumon ou des plaies par arme blanche.

C. *Recommandations quant à la peine*

[9] L'avocate du ministère public a recommandé une peine d'emprisonnement de 30 mois. Elle a alors reconnu le rôle secondaire que M. Lilly avait joué dans l'attaque, mais a aussi fait valoir que des peines concurrentes de 30 mois avaient été prononcées en 2016 pour vol qualifié et pour voies de fait ayant causé des lésions corporelles. Elle a invoqué en outre une déclaration de culpabilité en 2020 qui, soutenait-elle, attestait une troisième infraction violente. Elle a enfin fait valoir la conduite relevée dans le dossier carcéral de M. Lilly depuis son renvoi en détention en 2019.

[10] La défense préconisait une peine d'incarcération de six à huit mois. Elle a plaidé la jeunesse et les remords de M. Lilly, la part modeste qu'il avait prise à l'attaque, l'absence de preuve indiquant qu'il avait agi avec préméditation ou après réflexion, le recours à une force relativement contenue durant les voies de fait, et un casier judiciaire bref.

[11] Le juge a rappelé le processus individualisé que suppose la détermination de la peine et s'est reporté aux principes du prononcé des peines prévus à l'art. 718 du *Code*. Il a expliqué que la dissuasion et la dénonciation doivent être les facteurs prédominants lorsqu'il s'agit de déterminer une peine appropriée et juste pour des voies de fait survenues dans un pénitencier.

[12] Le juge chargé de déterminer la peine a tenu pour atténuants les facteurs suivants : (1) le plaidoyer de culpabilité inscrit par M. Lilly le premier jour du procès; (2) l'acceptation de responsabilité pour son rôle dans l'infraction et la manifestation

d'empathie envers M. Gray; (3) sa participation à des programmes pénitentiaires; (4) son âge.

[13] Pour facteurs aggravants, le juge a relevé qu'étaient portées au casier judiciaire de M. Lilly trois déclarations de culpabilité pour crimes violents (déclarations de culpabilité pour un vol qualifié et pour des voies de fait causant des lésions corporelles perpétrés le 3 juin 2016; déclaration de culpabilité pour des voies de fait contre un agent de la paix perpétrés le 10 juillet 2020). Deuxièmement, le juge a conclu que le choix de M. Lilly de se joindre sans raison apparente à l'attaque perpétrée contre un codétenu était un facteur aggravant. Troisièmement, M. Lilly avait frappé M. Gray à coups de pied alors qu'il était au sol. Le juge a enfin indiqué que le fait que les événements étaient survenus dans un pénitencier à sécurité maximale était un facteur aggravant.

[14] Le juge s'est penché sur la fourchette de peines applicable aux voies de fait causant des lésions corporelles commises dans un pénitencier. Il a conclu que la peine appropriée était un emprisonnement allant de 12 mois à deux ans. Il a condamné M. Lilly à une peine d'emprisonnement de 24 mois à purger consécutivement aux autres peines qu'il purgeait. Il n'a pas alloué de temps à M. Lilly pour une période passée en détention provisoire.

## II. Moyens d'appel

[15] M. Lilly avance comme moyens d'appel que le juge chargé de déterminer la peine a commis des erreurs de droit :

- 1) en considérant l'absence de mobile comme un facteur aggravant;
- 2) lorsqu'il a pris en compte les déclarations de culpabilité antérieures de M. Lilly, parce que l'une d'elles avait été portée à son dossier après la perpétration de l'infraction visée par le présent appel;
- 3) lorsqu'il s'est arrêté à l'inconduite observée chez M. Lilly au cours de son incarcération.

III. Analyse

A. *Premier moyen d'appel : le juge chargé de déterminer la peine a-t-il commis une erreur en considérant l'absence de mobile comme un facteur aggravant?*

[16] Pour arriver à une juste peine, le juge s'est appuyé sur l'arrêt *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089 :

[TRADUCTION]

La Cour suprême du Canada a constaté que la justesse ou non de la peine infligée peut établir ou compromettre la crédibilité du système de justice auprès des justiciables. Elle a formulé cette observation au paragraphe 3 de *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64. Si la tâche est régie par les dispositions du *Code criminel*, elle suppose néanmoins l'exercice par les tribunaux d'un large pouvoir discrétionnaire dans la mise en balance d'autres facteurs pertinents afin de satisfaire aux objectifs du prononcé des peines. L'objectif et les principes du prononcé des peines, énoncés dans le *Code criminel*, permettent l'individualisation d'une peine et orientent la peine que je dois prononcer.

[17] Il a ensuite résumé les principes du prononcé des peines, qui apparaissent à l'art. 718 du *Code* :

[TRADUCTION]

L'article 718 du *Code criminel* expose l'objectif essentiel du prononcé des peines. Il porte que le prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions visant un ou plusieurs des objectifs suivants : a) dénoncer le comportement illégal et le tort causé par celui-ci aux victimes ou à la collectivité; b) dissuader les délinquants et quiconque de commettre des infractions; c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société; d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants; e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité; f) susciter la conscience de leurs

responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes ou à la collectivité. Infliger une juste peine requiert que le juge dispose d'une latitude suffisante pour l'adapter aux circonstances de l'infraction et à la situation du contrevenant en cause. Le passage cité provient du paragraphe 38 de *R. c. Ipeelee*, [...] 2012 CSC 13.

[18] Enfin, le juge a énuméré les facteurs qu'il estimait atténuants ou aggravants :

[TRADUCTION]

Je tiens pour des facteurs aggravants, premièrement, que le casier judiciaire de M. Lilly fait état de trois infractions violentes. J'ai abordé les deux déclarations de culpabilité antérieures, prononcées en 2016 sur le fondement du paragraphe 344(1) et de l'alinéa 267b). La troisième infraction violente, une infraction de voies de fait contre un agent de la paix, semble avoir été commise tandis qu'il se trouvait incarcéré, en juillet 2020. Deuxièmement, M. Lilly s'est joint sans raison apparente à l'attaque en cours dont était victime un codétenu. Troisièmement, il a poursuivi ses voies de fait contre M. Gray alors qu'il était au sol. Et enfin, les voies de fait commises contre M. Gray sont survenues dans un pénitencier à sécurité maximale. Je considère comme des circonstances atténuantes le plaidoyer de culpabilité de M. Lilly, sa manifestation d'empathie à l'endroit de M. Gray, encore que ses remords ne soient pas absolument certains, sa participation à un programme au sein de l'établissement correctionnel où il est actuellement détenu, de même que son jeune âge, quoiqu'il ait passé le plus clair de sa vie adulte derrière les barreaux. En résumé, quant au crime et au délinquant, je conclus que le crime est grave, que la culpabilité morale de M. Lilly est forte et que le besoin de dénonciation du crime et de dissuasion, tant de M. Lilly que d'autrui, est pressant.

[19] Il a fait observer que la culpabilité morale est l'un des nombreux facteurs que doit mettre en balance le juge chargé de déterminer la peine lorsqu'il décide d'une peine juste et appropriée. Juger de la culpabilité morale requiert notamment de prendre en considération la motivation d'un délinquant. Les arrêts *Cormier c. R.*, 2022 NBCA 44, [2022] A.N.-B. n° 184 (QL), et *R. c. Kravchenko*, 2020 MBCA 30, [2020] M.J. No. 67

(QL), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême refusée, [2020] C.S.C.R. 135 (QL), montrent qu'il est permis au juge de prendre en considération la motivation, en tant que facette de la culpabilité morale, lorsqu'il élabore une peine appropriée.

[20] L'appel formé dans *Cormier*, affaire de représailles exercées par recours à un comportement criminel, portait sur la peine prononcée. M. Cormier avait été victime de dommages aux biens et d'actes de vandalisme répétés dont M. Goguen était l'auteur, et il demeurait insatisfait de la réaction de la police. Après avoir vu son cabanon détruit par le second incendie, fructueux cette fois, qu'avait allumé M. Goguen, M. Cormier, au volant de sa camionnette, l'a aperçu allant à bicyclette. M. Goguen a traversé un terrain de stationnement dans le but manifeste de fuir M. Cormier, qui l'y a toutefois suivi et qui l'a percuté avec le devant de sa camionnette. Coincés sous la camionnette, M. Goguen et sa bicyclette ont été traînés sur plusieurs mètres, le temps que le véhicule ralentisse pour enfin s'arrêter.

[21] M. Cormier s'était fait justice lui-même, mais il n'avait pas planifié cet acte de justicier. Pour appliquer correctement le principe de la parité et déterminer la peine appropriée, la Cour a évalué la culpabilité morale associée à un acte non planifié de représailles qui s'était traduit par des voies de fait graves. Le juge en chef Richard a écrit ce qui suit :

Le principe fondamental en matière de détermination de la peine est énoncé à l'art. 718.1 du *Code criminel*, reproduit ci-après :

**718.1** La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

Selon M. Cormier, [TRADUCTION] « compte tenu des blessures relativement mineures subies par M. Goguen et de la provocation qu'il a longuement exercée auparavant, la peine infligée devrait être beaucoup moins sévère que celle demandée par le procureur du ministère public ». M. Cormier soutient que le principe fondamental de la proportionnalité n'a pas été respecté puisque la peine

n'était pas proportionnelle à la gravité de l'infraction non plus qu'à son propre degré de responsabilité.

À l'appui de son argument, M. Cormier invoque l'arrêt *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, de la Cour suprême, en soulignant les propos suivants du juge Wagner (tel était alors son titre), qui s'exprimait au nom de la majorité :

[...] Plus le crime commis et ses conséquences sont graves, ou plus le degré de responsabilité du délinquant est élevé, plus la peine sera lourde. En d'autres mots, la sévérité de la peine ne dépend pas seulement de la gravité des conséquences du crime, mais également de la culpabilité morale du délinquant. [...] [Soulignement de l'avocat de M. Cormier; par. 12]

M. Cormier affirme que le juge chargé de la détermination de la peine aurait dû distinguer la présente affaire de celles qui lui ont été citées puisque, dans ces dernières, le crime commis avait entraîné des conséquences beaucoup plus graves qu'en l'espèce, où M. Goguen n'a subi aucune blessure permanente. C'est peut-être le cas, mais l'argument fait abstraction de la principale leçon donnée par la Cour suprême dans l'arrêt *Lacasse*. Dans le passage précité, le juge Wagner indique clairement qu'**une peine plus sévère est justifiée non seulement quand les conséquences du crime sont graves, mais aussi quand le degré de culpabilité morale du délinquant est élevé.** [Le gras est de moi; par. 27 à 30]

[22] Les tribunaux ont invariablement convenu que l'absence de mobile peut, de fait, être considérée comme un facteur aggravant lors du prononcé de la peine. Dans *R. c. Kravchenko*, la Cour d'appel du Manitoba a fait sienne sur ce point la proposition ci-dessous. Elle citait *Sentencing*, 9<sup>e</sup> éd. (Toronto : LexisNexis, 2017), texte publié sous la direction de Clayton C. Ruby :

[TRADUCTION]

[...] Il n'est d'aucun secours à l'accusé que l'infraction ait été commise sans explication ou sans mobile apparent. Les observations suivantes des auteurs de *Sentencing* (23.127), au sujet de la tentative de meurtre, valent tout autant ici :

[TRADUCTION]

Ainsi qu'il arrive lorsqu'ils prononcent la peine de nombreuses autres infractions, les tribunaux réagissent souvent, s'ils ne voient pas de mobile apparent à une tentative de meurtre, par un alourdissement de la peine. La dangerosité du délinquant s'affirme, et elle est tenue pour justificative d'une longue incarcération, s'il est loin d'être possible de cerner, et donc de séparer, la source de son agression. [Je souligne; par. 65]

[23] Dans le cas qui nous occupe, il n'est pas contesté que M. Lilly n'a pris absolument aucune part aux voies de fait initiales commises contre la victime et que sa personne n'était pas en danger. Contrairement à M. Cormier, M. Lilly n'avait pas de [TRADUCTION] « raison » de se livrer à des voies de fait. Cette inférence est tout à fait étayée par l'examen de la preuve vidéo présentée, qui établit qu'il n'y a pas eu de provocation, que M. Lilly ne s'est pas engagé dans une bagarre consensuelle et qu'il n'a pas agi en état de légitime défense. En outre, M. Lilly a lui-même déclaré qu'il avait simplement agi par impulsion. Il était loisible au juge chargé de déterminer la peine d'inférer de ces faits que l'acte criminel avait été commis sans mobile ni provocation, ce qui constituait un facteur aggravant. De fait, un examen juste, objectif et impartial de la preuve vidéo conduit inéluctablement à cette conclusion.

[24] Le juge chargé de la détermination de la peine était en droit de conclure que M. Lilly avait agi sans mobile et que cette absence de mobile constituait bel et bien un facteur aggravant.

[25] Cela dit, il importe de souligner que l'absence de mobile ne peut pas être tenue pour un facteur aggravant si rien dans la preuve n'autorise à penser que l'infraction a été commise sans mobile (en d'autres termes, si rien n'a été offert en preuve qui pût établir l'absence de mobile). Le cas ne se présente pas ici. Il se présente une situation où le juge, raisonnant par inférence, a conclu correctement que l'infraction avait été commise sans mobile.



[26] Il est permis au juge chargé de la détermination de la peine d'inférer un état d'esprit des faits non contestés sans qu'il ne soit nécessaire d'entendre de preuve complémentaire (*R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3, par. 70, et *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 78). Si le juge souhaite considérer comme un facteur aggravant, dans la détermination de la peine, l'état d'esprit qu'il a inféré, il est essentiel que les faits non contestés admettent raisonnablement cette inférence hors de tout doute raisonnable.

[27] À mon sens, le juge chargé de déterminer la peine était admis à conclure que le fait que M. Lilly avait agi sans mobile était un facteur aggravant. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. *Deuxième moyen d'appel : le juge chargé de déterminer la peine a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a pris en compte les déclarations de culpabilité antérieures de M. Lilly, du fait que l'une d'elles avait été portée à son dossier après l'acte criminel visé par le présent appel?*

[28] L'acte criminel visé par le présent appel remonte à 2018. Pour prononcer la sentence de M. Lilly, le juge a pris en compte son casier judiciaire, qui faisait état d'un vol qualifié et de voies de fait causant des lésions corporelles commis à la même date, en 2016, et de voies de fait contre un agent de la paix perpétrées en 2020.

[29] M. Lilly avance en appel que le juge a commis une erreur lorsqu'il a tenu la déclaration de culpabilité de 2020 pour un facteur aggravant, étant donné qu'elle est postérieure à la perpétration de l'acte criminel de 2018. À l'audience, l'avocat du ministère public a concédé que le juge chargé de déterminer la peine a commis une erreur lorsqu'il a considéré comme un facteur aggravant la déclaration de culpabilité de 2020. Par ailleurs, M. Lilly avançait au départ que le juge, en fait, avait [TRADUCTION] « comptabilisé en double » ses déclarations de culpabilité de 2016 pour vol qualifié et pour voies de fait ayant causé des lésions corporelles, mais l'argument a été abandonné lors de l'audience.

[30] Je n'aborderai pas dans le présent arrêt la question de savoir si le juge a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la déclaration de culpabilité de 2020 constituait un facteur aggravant. Il ne porte manifestement pas à conséquence que le juge ait pu faire erreur sur ce point, parce qu'à mon sens, à supposer qu'il ait été erroné de prendre en compte la déclaration de culpabilité de 2020, la peine n'aurait pas été différente, n'eût été cette erreur (*Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 88, par. 19 et 25; *Sa Majesté la Reine c. Pond*, 2020 NBCA 54, [2020] A.N.-B. n° 181 (QL), par. 29).

[31] Maintes et maintes fois, la Cour suprême du Canada a réaffirmé qu'il faut non seulement qu'il y ait erreur pour qu'une décision sur la peine soit susceptible d'infirmer en appel, mais aussi que l'erreur ait eu une incidence sur la détermination de la peine. Dans l'arrêt *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, la Cour a indiqué ce qui suit :

Comme l'a confirmé notre Cour dans *Lacasse*, la cour d'appel ne peut intervenir pour modifier une peine que si (1) elle n'est manifestement pas indiquée (par. 41) ou (2) le juge de la peine a commis une erreur de principe qui a eu une incidence sur la détermination de la peine (par. 44). Parmi les erreurs de principe, mentionnons l'erreur de droit, l'omission de tenir compte d'un facteur pertinent ou encore la considération erronée d'un facteur aggravant ou atténuant. La manière dont le juge de première instance a soupesé ou mis en balance des facteurs peut constituer une erreur de principe seulement s'il a [TRADUCTION] « exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable, en insistant trop sur un facteur ou en omettant d'accorder suffisamment d'importance à un autre » (*R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (C.A. Ont.), par. 35, cité dans *Lacasse*, par. 49). Ce ne sont pas toutes les erreurs de principe qui sont importantes : la cour d'appel ne peut intervenir que lorsqu'il ressort des motifs du juge de première instance que l'erreur a eu une incidence sur la détermination de la peine (*Lacasse*, par. 44). Si une erreur de principe n'a eu aucun effet sur la peine, cela met un terme à l'analyse de cette erreur et l'intervention de la cour d'appel ne se justifie que si la peine n'est manifestement pas indiquée. [par. 26]

[32] La jurisprudence pertinente de notre Cour renvoie invariablement à l'arrêt *R. c. Lacasse*, où la Cour suprême a fait observer que les tribunaux d'appel doivent éviter de rajuster une peine, sauf si le juge qui l'a prononcée a commis une erreur qui a eu une incidence sur la peine infligée :

Notre Cour a maintes fois rappelé l'importance d'accorder une grande latitude au juge qui prononce la peine. Comme celui-ci a notamment l'avantage d'entendre et de voir les témoins, il est le mieux placé pour déterminer, eu égard aux circonstances, la peine juste et appropriée conformément aux objectifs et aux principes énoncés au *Code criminel* à cet égard. Le seul fait qu'un juge s'écarte de la fourchette de peines appropriée ne justifie pas l'intervention d'une cour d'appel. Au final, sauf dans les cas où le juge qui fixe la peine commet une erreur de droit ou une erreur de principe ayant une incidence sur la détermination de cette peine, une cour d'appel ne peut la modifier que si cette peine est manifestement non indiquée. [par. 11]

[33] Dans *Corcoran c. R.*, 2022 NBCA 54, [2022] A.N.-B. n° 228 (QL), la juge d'appel LeBlanc a indiqué ce qui suit :

En ce qui a trait à la norme de contrôle applicable, lorsqu'il s'agit de l'appel d'une peine, notre Cour n'est autorisée à intervenir que lorsque :

- (1) soit la peine est manifestement déraisonnable;
- (2) soit le juge chargé de la détermination de la peine a commis une erreur de principe (soit notamment une erreur de droit, une omission de tenir compte d'un facteur pertinent, ou une prise en compte erronée d'un facteur aggravant ou atténuant) et que cette erreur a eu une incidence sur la peine infligée. [par. 12]

[34] La Cour a pris en considération, clarifié et suivi les directives énoncées dans l'arrêt *Lacasse* et reprises dans l'arrêt *Friesen*. Quoique le critère ait reçu quelques formulations, deux éléments y reviennent systématiquement : le juge chargé de déterminer la peine doit avoir commis une erreur et cette erreur doit avoir eu une incidence sur la peine infligée. J'estime qu'elle n'a pas eu cette incidence en l'espèce.

C. *Troisième moyen d'appel : le juge chargé de déterminer la peine a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il s'est arrêté à l'inconduite observée chez M. Lilly au cours de son incarcération?*

[35] Le juge doit posséder le plus d'information possible sur le délinquant à qui sera infligée la peine. Ainsi, il est en droit de prendre en compte la preuve extrinsèque d'inconduite, lors de l'audience de détermination de la peine, pour évaluer la situation, la moralité et les perspectives de réinsertion sociale du délinquant.

[36] En l'espèce, quoique le juge chargé de déterminer la peine ait constaté que les dossiers carcéraux de M. Lilly rendaient compte de nombreux cas d'inconduite, rien dans la preuve n'indique, contrairement à ce que soutient M. Lilly, que cette constatation ait eu une incidence sur la peine infligée ou que le juge ait accordé un poids substantiel à ces cas dans sa décision. Il apparaît, à l'examen du dossier, que le juge n'a pas considéré comme un facteur aggravant l'inconduite dont les dossiers faisaient état. Il l'a plutôt mentionnée au passage. La prise en compte des dossiers carcéraux de M. Lilly par le juge n'a pas eu d'incidence sur la peine infligée.

[37] En outre, il est inexact d'affirmer, comme le fait M. Lilly, que ces dossiers étaient [TRADUCTION] « contestés ». Lors de l'audience de détermination de la peine, le ministère public et la défense se sont, l'un et l'autre, référés expressément au rapport présentenciel, et jamais M. Lilly ni son avocat ne se sont opposés à ce que soit invoquée l'information qu'apporte le rapport présentenciel sur son inconduite carcérale.

[38] Si la preuve extrinsèque d'inconduite carcérale avait été contestée, le ministère public aurait été tenu à une preuve hors de tout doute raisonnable. Comme cette preuve n'était pas contestée, le juge chargé de déterminer la peine était en droit d'en tenir compte.

IV. Conclusion

[39] Pour ces motifs, et quoique je sois d'avis d'accorder l'autorisation d'interjeter appel, je ne vois pas de fondement, axé sur des principes, à une modification de la peine que le juge a prononcée.

V. Dispositif

[40] Quoique je sois d'avis d'accorder l'autorisation d'interjeter appel, je suis d'avis de rejeter l'appel interjeté de la peine.