

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

163-09-CA

FREDY ANDRADE

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Andrade v. R., 2010 NBCA 62

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
November 15, 2009

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 13, 2010

Judgment rendered:
August 19, 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Ben Reentovich

FREDY ANDRADE

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Andrade c. R., 2010 NBCA 62

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Quigg
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 15 novembre 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 13 mai 2010

Jugement rendu :
Le 19 août 2010

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

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

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Ben Reentovich

For the respondent:
Cameron H. Gunn

Pour l'intimée :
Cameron H. Gunn

THE COURT

LA COUR

The application for leave and the appeal are granted. The sentence is reduced from 15 months to 6 months. As the appellant was credited with 7 months for pre-trial custody, the execution of the sentence is stayed.

La demande en autorisation d'appel et l'appel sont accueillis. La peine est réduite et ramenée de quinze à six mois. Puisque l'appelant a obtenu une réduction de peine de sept mois au titre de la période passée sous garde avant le procès, l'exécution de la peine est suspendue.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Introduction

[1] With leave, the appellant appeals the imposition of a 15-month sentence following a conviction for an indictable assault under s. 266(a) of the *Criminal Code* R.S.C. 1985, c. C-46. The assault caused injuries which the trial judge characterized as “certainly minor”. In point of fact, the appellant grabbed the victim and shoved her against the wall, leaving her with “redness” on her forearms. In imposing the 15-month sentence, the trial judge took into consideration the appellant’s criminal record which disclosed, *inter alia*, a recent prior conviction with respect to a “serious” assault for which a 15-month sentence had been imposed. The appellant argues the sentencing judge erred in two respects: (1) failing to apply the “Coke rule”; and (2) breach of the proportionality principle embedded in s. 718.1.

[2] The principal ground of appeal is tied to the application of the “Coke rule” laid down by Sir Edward Coke (*Institutes of the Laws of England*, 1628). Narrowly stated, the Coke rule (pronounced Cook) is to the effect that a harsher sentence for a second offence cannot be imposed unless, at the time the second offence was committed, the offender had already been convicted with respect to the first. In the present case, the appellant had committed the second offence (minor assault) prior to the conviction for the first offence (serious assault). Hence, the appellant insists the Coke rule was breached. He received a harsher sentence, than would otherwise have been imposed, because of the earlier conviction. Alternatively, the appellant maintains that, even if the Coke rule were inapplicable, the imposition of the 15-month sentence for the minor assault breaches the “proportionality” principle.

[3] I would grant the required leave and allow the appeal. I agree the trial judge did in fact impose a harsher sentence with respect to the minor assault, than would

have otherwise been imposed, principally because of the prior conviction for the serious assault. Hence, the contention that the Coke rule was breached. However, a more fundamental question must first be addressed: Does the Coke rule have any application to the facts at hand? Originally, the rule was formulated as a common law canon of statutory construction applied in cases where a penal statute (e.g., the *Criminal Code*) imposes a harsher (mandatory quantum or mandatory minimum) sentence for a second or subsequent offence. As this case does not involve a statutorily imposed sentence with respect to a second or subsequent conviction for the same offence, we are left to decide whether the Coke rule should be extended to sentencing cases generally. While a few courts have assumed this to be the law, I conclude any extension of the rule is unwarranted.

[4] With respect to the appellant's alternative argument, I conclude the sentence imposed in the court below breached the proportionality principle reflected in s. 718.1 of the *Criminal Code*. The Crown was unable to justify the imposition of a 15-month sentence for the minor assault. In short, the Crown was unable to provide a persuasive response to the following question: What was the justification for imposing the same sentence for the minor assault as was imposed for the serious one?

[5] Having found reversible error on the part of the trial judge, it falls on this Court to impose a fit sentence. Having regard to the sentencing principles set out in ss. 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code* and the mitigating and aggravating factors cited to this Court, a fit sentence for the "minor" assault is six months. As the appellant spent three and one half months in pre-trial custody, and was credited with seven months, the execution of the sentence should be stayed in accordance with the decision of this Court in *R. v. Comeau*, 2008 NBCA 60, 332 N.B.R. (2d) 308. Note: recent amendments to the *Criminal Code* dealing with credit for pre-trial custody have no application to the case at hand.

II. Background

[6] The essential facts of the case begin on the morning of June 3, 2009. The 27-year-old appellant arrived at his parents' home in the hope of having his father drive him to the bank to cash his pay cheque. The appellant and his mother soon became engaged in a verbal altercation as to why he was not at work and to his possible misuse of the cash. The verbal exchange became heated with the appellant uttering denigrating epithets. There are two versions of what happened next. The mother testified that at one point she flicked a dish towel (cleaning rag) so as to strike the appellant's face. In response, he grabbed her forearms and pushed her across the kitchen floor and up against the kitchen wall. The appellant testified that his mother had used her hands to hit him in the face thereby causing his nose to bleed. The appellant testified that it was in response to the mother's attack that he grabbed her forearms and pushed her against the kitchen wall. The appellant's mother denied that she was the cause of the appellant's nose bleed. She testified that her son was prone to spontaneous nose bleeds. The police testified that after the appellant had alleged that his mother has caused his nose to bleed, they returned to the house and observed three small blood splatters on the wall near the fridge. The biggest was a quarter inch in diameter.

[7] The trial judge made no finding with respect to the contention that the actions of the mother caused the appellant's nose to bleed, nor did the trial judge make any finding with respect to whether the appellant was defending himself from his mother's actions. The trial judge simply found the appellant's evidence not credible and convicted the accused without referring to the Supreme Court's directive in *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL), regarding credibility findings and the issue of reasonable doubt, as explained in *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5. In brief, it is one matter for the judge to find the accused not to be a credible witness and quite another to decide whether the complainant's evidence is sufficient to raise a reasonable doubt as to the accused's guilt based on the defence of self-defence. However, as there is no appeal from conviction, the omission must be ignored.

[8] The trial judge found the appellant guilty of assaulting his mother, causing injuries the trial judge described as “certainly minor”. This finding is consistent with the photographs taken on the day of the assault. Those photos reveal a perceptible, but barely so, redness in the mother’s forearms. During the sentencing portion of the hearing, the Crown simply asked for a sentence of less than two years and drew the judge’s attention to the appellant’s criminal record which included a recent conviction for a sexual assault under s. 271(1)(a) for which the appellant had received a 15-month sentence. The Crown made no other submissions. Counsel for the appellant assumed that the appellant had been convicted of the assault under s. 266(a) for using excessive force and emphasized that the trial judge had earlier characterized the assault as being “minor”. Counsel argued for a sentence of two months while emphasizing that the conviction for the sexual assault related to consensual sex with a person under the age of 16.

[9] The appellant’s criminal record begins in 2000 at age 18. It reveals a total of 24 prior convictions. The first three were committed on May 29, 2000, and tied to a break and enter and an assault. The appellant received two years less a day for the break and enter and six months concurrent for the assault. The appellant was also given a two month concurrent sentence under the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, for failing to abide by an order previously issued under that *Act*. All of the remaining convictions, except for the sexual assault, resulted in a fine as low as \$140 and as high as \$850. The jail sentences range from 21 to 60 days. The appellant’s criminal record also reveals a total of seven breaches of various probation orders.

[10] The trial judge imposed a sentence of 15 months based on three factors: (1) the appellant’s lengthy criminal record; (2) the victim of the assault was his mother; and (3) the appellant’s uncontrollable temper. With respect the appellant’s criminal record, the trial judge thanked the Crown for drawing attention to the recent conviction under s. 271(1)(a) and noted that the assault was an “important entry”. The trial judge went on to credit the appellant with seven months for the three and one-half months spent in remand, leaving the appellant with a sentence of “8 months consecutive to the already existing sentence”, the already existing sentence being the one for sexual assault. It is not

a matter of pure chance that the sentence for the s. 266(a) is the same as the sentence for the assault under s. 271(1)(a).

III. Issues/Analysis

[11] At the outset, let me state, unequivocally, that I do not subscribe to the appellant's contention that an assault upon one's mother is no different than an assault upon a stranger and, therefore, the trial judge erred in treating the assault upon his mother as an aggravating factor. This type of argument simply provides fodder for the public and press to raise questions about the sensitivity of the criminal justice system. For greater certainty and from a legal standpoint, I recognize that s. 718.2 expressly recognizes that evidence of spousal or partner abuse, or evidence of abuse of a person under the age of 18, qualifies as an aggravating factor that would support an increase in sentence. I also recognize that the provision makes no reference to abuse of one's parents. What is important to remember, however, is that the provision is subject to the caveat "without limiting the generality of the foregoing." That caveat preserves the right of the court to reduce or increase a sentence by reference to other unidentified, but relevant aggravating or mitigating factors. Hence, the trial judge was entitled to conclude that an assault upon one's mother or parent may qualify as an aggravating factor as does an assault upon one's spouse or partner.

[12] Putting aside the mother/stranger argument, the appellant's main argument was directed at the trial judge's failure to apply the Coke rule. Turning to the facts of the present case, the appellant committed the "first" offence in April of 2009. He was convicted and sentenced for that offence on September 15, 2009. However, the "second" offence was committed on June 3, 2009, three and one-half months before the conviction and sentence was imposed for the "first" offence. Hence, it would appear the facts of the present case fall within the ambit of the Coke rule. The second offence was committed prior to the conviction and sentencing with respect to the first. Correlatively, the trial judge should not have been influenced by the conviction under s. 271(1)(a) when imposing a fit sentence under s. 266(a). This is true provided the Coke rule applies.

[13] 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.

[14] 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).

[15] 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 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.

[16] 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.

[17] 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).

[18] 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.

[19] 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.: Lexis/Nexis 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).

[20]

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. Muysier*, 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.

[21] In the event this Court held the Coke rule inapplicable, the appellant advanced an alternative argument. Assuming that the conviction for the sexual assault formed part of the appellant's criminal record, the appellant argued that the 15-month sentence imposed for the assault on his mother breached the principle of proportionality set out in s. 718.1 of the *Criminal Code*: "A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender." The appellant's argument has merit. There is nothing on the record to suggest that the factual matrix changed between the time of the sexual assault and the assault upon the appellant's mother. Thus, how can you impose the same sentence for the two offences when the latter is, relatively speaking, less serious? In other words: What is the justification for imposing the same sentence for the minor assault as was imposed for the serious one? None was provided to this Court.

[22] The trial judge treated the appellant's "uncontrollable temper" as an aggravating factor. With great respect, there is no evidence to support the inference that the appellant suffers from a psychological disorder that renders him a threat to public safety. Too many assaults are the product of an irrational response to an irrational act. This case would appear to fall within that category. Perhaps this is why the appellant's mother declined to provide a victim impact statement. As well, the trial judge did not order a pre-sentence report as provided for under s. 721 of the *Criminal Code*, nor did he order a non-consensual psychiatric report under s. 721(4). In short, the fact that the assault resulted from a temper lost cannot be regarded as an aggravating factor and this is assuming that that the appellant was not acting out of self-defence.

[23] Having identified an error in principle on the part of the trial judge, the deference normally accorded to sentencing decisions is inapplicable. Hence, it falls on this Court to impose a fit sentence. With respect to the deference doctrine in the criminal context, see *Steeves v. R.*, 2010 NBCA 57, [2010] N.B.J. No. 265 (QL), paras. 19-28, which represents the “lead” decision in this Province.

[24] There is no doubt that the trial judge’s sentencing decision was influenced by the length of the appellant’s criminal record (24 prior convictions). Of course, a previous criminal record is critical to the matter of the offender’s “character” and Parliament’s sentencing objectives. It is through the offender’s criminal record that the potential for rehabilitation, recidivism and future dangerousness may be assessed. This explains why the law is often preoccupied with the nature or seriousness of the convictions and, in particular, previous convictions for the same offence. Inevitably, the sentencing court will resort to the penalty actually imposed as evidence of the seriousness of the offence. A prior criminal record evidencing “violence” is treated as “serious”. Obviously, a record which does not include crimes of violence is treated differently.

[25] As noted earlier, the appellant’s record discloses a previous conviction for an assault committed in 2000, for which a sentence of six months was imposed. Given the nine year gap between that assault and the one under appeal, this is a case where arguably the “gap” principle, discussed most recently by this Court in *R. v. Nash*, 2009 NBCA 7, 340 N.B.R. (2d) 320, at para. 73, comes into play. Succinctly stated, the gap principle applies in cases where there is a substantial gap in time since the last conviction was entered. A so-called “trouble free” period supports the inference that the offender is not a professional criminal. While the appellant’s criminal record does disclose a gap when it comes to serious offences, the gap was broken once the appellant was convicted of the serious assault: *R. v. Goulette*, 2009 NBCA 49, [2009] N.B.J. No. 367 (QL). That conviction undermines the notion or belief that the appellant was “crime free” until the conviction for the assault which is the subject of this appeal. At the same time, his record discloses a persistent disregard of probation orders and his apparent persistence in making his presence in the Provincial Court well-known when it comes to less serious

offences. As to the relevance of persistent breaches of probation orders see *R. v. Melanson*, 2009 NBCA 41, 347 N.B.R. (2d) 201.

[26] Counsel for the appellant acknowledged that he could not find any cases that would assist the court in its obligation to ensure that the parity principle, as codified in s. 718.2(b) of the *Criminal Code*, is respected: “a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances.” I agree with his observation that it is virtually impracticable to find reported decisions involving a minor assault let alone one in which the court imposed a sentence of 15 months. Indeed, the Crown was unable to find any cases to support the sentence imposed at first instance.

[27] At the end of the day, and pursuant to s. 687(1) of the *Criminal Code*, this Court is obligated to impose a fit sentence in accordance with the sentencing principles set out in ss. 718.1 and 718.2. To that end, this Court cannot turn to a victim impact statement, as the complainant’s mother declined the opportunity to file such a statement. Nor was a pre-sentence report sought. The Crown’s bald request for a sentence of less than two years is simply too vague and finds no support in principle or the jurisprudence. The Crown’s response to the appellant’s arguments advanced in this Court fell short of breathing life into a sentencing decision otherwise destined for reversal. Only two aggravating factors were identified: (1) the assault involved the appellant’s mother; and (2) the appellant’s criminal record and his propensity to flout court orders cannot be ignored. As to the presence of mitigating factors, it is inescapable that the injuries flowed from an altercation in which the appellant apparently used excessive force to restrain the victim who had become physically aggressive. The notion of provocation as a mitigating factor cannot be ignored.

[28] Having regard to both the mitigating and aggravating factors outlined above, and the sentencing objectives set down in ss. 718.1 and 718.2, I am driven to the conclusion that a sentence of six months represents a fit sentence. In particular, I draw

attention to s. 718(b) which reinforces the notion that deterrence is a valid sentencing objective. Finally, consideration must be given to time spent in remand as the recent amendments to the *Criminal Code* do not impact upon the present case. Moreover, there is no reason to depart from the sentencing judge's determination that the appellant should be credited with 7 months for the 3.5 months in custody prior to the sentencing hearing. Giving the appellant the benefit of the seven months' credit, it is apparent the appellant had fully served his sentence by the time he appeared in the Provincial Court for sentencing. In these circumstances, the appropriate disposition is to stay the execution of the sentence, a remedy which this Court discussed in *R. v. Comeau*.

IV. Disposition

[29] The application for leave to appeal sentence should be granted and the sentence reduced from 15 to six months. As the appellant was credited with seven months for pre-trial custody, the execution of the sentence should be stayed.

LE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[1] Avec la permission de la Cour, l'appelant interjette appel du prononcé d'une peine de quinze mois à la suite d'une déclaration de culpabilité pour voies de fait, acte criminel visé à l'al. 266a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Les voies de fait ont causé des blessures que le juge du procès a qualifiées de [TRADUCTION] « certainement légères ». En fait, l'appelant a empoigné la victime et l'a poussée contre le mur, ce qui lui a causé une [TRADUCTION] « rougeur » aux avant-bras. En infligeant la peine de quinze mois, le juge du procès a pris en considération le casier judiciaire de l'appelant, lequel révélait notamment une déclaration de culpabilité antérieure récente pour une agression [TRADUCTION] « grave » au titre de laquelle une peine de quinze mois avait été infligée. L'appelant prétend que le juge du procès a commis une erreur à deux égards : (1) en omettant d'appliquer la « règle de Coke »; et (2) en omettant de se conformer au principe de la proportionnalité inscrit à l'art. 718.1.

[2] Le principal moyen d'appel est lié à l'application de la « règle de Coke » qui a été énoncée par sir Edward Coke (*Institutes of the Laws of England*, 1628). Formulée d'une façon restreinte, la règle de Coke (qu'on prononce Cook) veut qu'une peine plus sévère ne puisse être infligée pour une deuxième infraction sauf si, au moment de la perpétration de la deuxième infraction, son auteur a déjà été condamné relativement à la première. En l'espèce, l'appelant avait commis la deuxième infraction (des voies de fait mineures) avant d'être condamné relativement à la première infraction (une agression grave). Par conséquent, l'appelant insiste sur le fait qu'il y a eu violation de la règle de Coke. En raison de la condamnation antérieure, on lui a infligé une peine plus sévère que celle qui lui aurait par ailleurs été infligée. Subsidiairement, l'appelant affirme que même si la règle de Coke était inapplicable, le prononcé d'une peine de quinze mois pour les voies de fait mineures contrevient au principe de la « proportionnalité ».

[3] Je suis d'avis d'accorder l'autorisation demandée et d'accueillir l'appel. Je suis d'accord pour conclure que le juge du procès a effectivement infligé une peine plus sévère, relativement aux voies de fait mineures, que celle qu'il aurait par ailleurs infligée et ce en raison, principalement, de la condamnation antérieure pour l'agression grave. C'est ce qui donne lieu à la prétention selon laquelle il y a eu violation de la règle de Coke. Cela dit, il faut d'abord examiner une question plus fondamentale : la règle de Coke s'applique-t-elle aux faits qui nous occupent ? À l'origine, cette règle a été formulée à titre de règle d'interprétation des lois en common law et elle s'appliquait dans les cas où une loi pénale (par exemple le *Code criminel*) prévoyait une peine plus lourde (une peine d'une durée obligatoire ou une peine minimale obligatoire) pour une deuxième infraction ou une infraction subséquente. Puisqu'il n'y a pas, en l'espèce, de peine prévue par la loi pour une deuxième déclaration de culpabilité ou une déclaration de culpabilité subséquente relativement à la même infraction, il nous faut décider s'il y a lieu d'étendre l'application de la règle de Coke à l'ensemble des instances ressortissant à la détermination de la peine. Bien que certains tribunaux aient tenu pour acquis que tel était le droit applicable, je conclus que l'extension de la règle n'est pas justifiée.

[4] En ce qui concerne l'argument subsidiaire de l'appelant, je conclus que la peine infligée par le tribunal d'instance inférieure contrevenait au principe de la proportionnalité énoncé à l'art. 718.1 du *Code criminel*. Le ministère public a été incapable de justifier le prononcé d'une peine de quinze mois pour les voies de fait mineures. En somme, le ministère public n'a pas été en mesure d'apporter une réponse convaincante à la question suivante : Qu'est-ce qui justifiait, relativement aux voies de fait mineures, l'infliction de la même peine que celle qui a été infligée pour l'agression grave?

[5] Puisque j'ai conclu que le juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision, il incombe à notre Cour d'infliger une peine appropriée. Compte tenu des principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718.1 et 718.2 du *Code criminel* ainsi que des circonstances atténuantes et aggravantes dont il a été fait

état devant notre Cour, la peine qui convient pour les voies de fait « mineures » est un emprisonnement de six mois. Puisque l'appelant a passé trois mois et demi en détention préventive, et que sa peine a en conséquence été réduite de sept mois, il y a lieu de surseoir à l'exécution de la peine conformément à la décision de notre Cour dans l'affaire *R. c. Comeau (A.G.M.)*, 2008 NBCA 60, 332 R.N.-B. (2^e) 308. Note : les récentes modifications apportées au *Code criminel* concernant la réduction de peine pour détention avant le procès ne s'appliquent pas en l'espèce.

II. Les faits

[6] Les faits essentiels de l'affaire ont pris naissance dans la matinée du 3 juin 2009. L'appelant, âgé de vingt-sept ans, s'est rendu chez ses parents dans l'espoir que son père le conduise à la banque pour qu'il encaisse son chèque de paye. L'appelant et sa mère ont bientôt eu une altercation verbale à propos des raisons pour lesquelles il n'était pas au travail et du fait qu'il utilisait peut-être l'argent à mauvais escient. L'échange verbal s'est échauffé, l'appelant employant des épithètes désobligeantes. Il y a deux versions de ce qui s'est passé ensuite. La mère a témoigné qu'à un certain moment, elle a donné un petit coup avec un linge à vaisselle (un chiffon) pour frapper l'appelant au visage. Celui-ci a réagi en lui empoignant les avant-bras, en la poussant jusque de l'autre côté de la cuisine puis contre le mur. L'appelant a témoigné que sa mère s'était servie de ses mains pour le frapper au visage, le faisant ainsi saigner du nez. Il a témoigné que c'était en réaction à l'attaque de sa mère qu'il lui avait empoigné les avant-bras et l'avait poussée contre le mur de la cuisine. La mère de l'appelant a nié avoir été la cause du saignement de nez de l'appelant. Elle a témoigné que son fils était sujet à des saignements de nez spontanés. Les policiers ont témoigné qu'après que l'appelant a prétendu que sa mère était à l'origine de son saignement de nez, ils sont de nouveau entrés dans la maison et ont aperçu trois petites éclaboussures de sang sur le mur à proximité du frigo. La plus grande avait un quart de pouce de diamètre.

[7] Le juge du procès n'a tiré aucune conclusion en ce qui concerne la prétention voulant que les actes de la mère aient été la cause du saignement de nez de

l'appelant et il n'a pas non plus tiré de conclusion en ce qui concerne la question de savoir si l'appelant s'était en fait défendu contre les actes de sa mère. Le juge du procès a tout simplement conclu que le témoignage de l'appelant n'était pas crédible et a condamné l'accusé sans se reporter à la directive qu'a formulée la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL), relativement aux conclusions concernant la crédibilité et la question du doute raisonnable, comme l'a expliqué la Cour dans l'arrêt *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5. En somme, conclure que l'accusé n'est pas un témoin crédible est une chose, décider si le témoignage du plaignant ou de la plaignante est suffisant pour soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé compte tenu du moyen de défense fondé sur la légitime défense en est une autre. Toutefois, puisqu'on n'interjette pas appel de la déclaration de culpabilité, nous devons passer outre à cette omission.

- [8] Le juge du procès a déclaré l'appelant coupable d'avoir commis des voies de fait sur la personne de sa mère et d'avoir causé des blessures qu'il a qualifiées de [TRADUCTION] « certainement mineures ». Cette conclusion est conforme aux photos qui ont été prises le jour de l'agression. Les photos révèlent une rougeur perceptible, mais à peine, sur les avant-bras de la mère. Pendant la partie de l'audience se rapportant à la détermination de la peine, le ministère public a tout simplement demandé une peine de moins de deux ans et a attiré l'attention du juge sur les antécédents judiciaires de l'appelant, lesquels comprenaient une déclaration de culpabilité récente pour agression sexuelle, infraction prévue à l'al. 271(1)a) et au titre de laquelle l'appelant avait été condamné à un emprisonnement de quinze mois. Le ministère public n'a pas fait d'autres observations. L'avocat de l'appelant a tenu pour acquis que son client avait été déclaré coupable des voies de fait visées à l'al. 266a) pour avoir employé une force excessive et a insisté sur le fait que le juge du procès avait plus tôt qualifié les voies de fait de [TRADUCTION] « mineures ». Il a préconisé une peine de deux mois tout en insistant sur le fait que la condamnation pour agression sexuelle se rapportait à des relations sexuelles consensuelles avec une personne de moins de seize ans.

[9] Les antécédents judiciaires de l'appelant ont pris naissance en l'an 2000, pendant qu'il était âgé de dix-huit ans. Son casier comporte un total de vingt-quatre condamnations antérieures. Les trois premières infractions ont été commises le 29 mai 2000 et elles sont liées à une introduction par effraction accompagnée de voies de fait. L'appelant a été condamné à deux ans moins un jour pour l'introduction par effraction et à une peine concurrente de six mois pour les voies de fait. L'appelant s'est aussi vu infliger une peine concurrente de deux mois sous le régime de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1, pour défaut de se conformer à une ordonnance qui avait été rendue antérieurement en vertu de cette *Loi*. Toutes les autres déclarations de culpabilité, sauf celle prononcée au titre de l'agression sexuelle, ont donné lieu à des amendes dont la plus faible était de 140 \$ et la plus élevée, de 850 \$. Les peines de prison allaient de vingt et un à soixante jours. Le casier judiciaire de l'appelant révèle également sept manquements, au total, à différentes ordonnances de probation.

[10] Le juge du procès a infligé une peine de quinze mois en s'appuyant sur trois facteurs : (1) les longs antécédents judiciaires de l'appelant; (2) le fait que la victime des voies de fait était sa mère; et (3) son manque de maîtrise de sa colère. En ce qui concerne les antécédents judiciaires de l'appelant, le juge a remercié le poursuivant d'avoir attiré son attention sur la condamnation récente de l'appelant en vertu de l'al. 271(1)a) et a souligné que l'agression en question était une [TRADUCTION] « donnée importante ». Le juge du procès a ensuite accordé à l'appelant une réduction de peine de sept mois pour tenir compte des trois mois et demi passés en détention préventive, la peine de l'appelant étant ramenée à [TRADUCTION] « huit mois à purger après la peine déjà existante ». La peine déjà existante était celle infligée pour l'agression sexuelle. Ce n'est pas par pur hasard que la peine infligée au titre de l'infraction visée à l'al. 266a) est la même que celle infligée au titre de l'agression visée à l'al. 271(1)a).

III. Les questions à trancher et l'analyse

[11] Pour commencer, je tiens à préciser, sans aucune équivoque, que je ne souscris pas à la prétention de l'appelant voulant que le fait qu'une personne commette

des voies de fait à l'endroit de sa mère n'est en rien différent de la perpétration de voies de fait à l'endroit d'un étranger et que le juge du procès aie donc commis une erreur en considérant les voies de fait commises sur la personne de sa mère comme une circonstance aggravante. Ce genre d'argument fournit tout simplement au public et à la presse matière à s'interroger sur la sensibilité du système de justice pénale. Il demeure entendu, au regard de la loi, que l'art. 718.2 reconnaît expressément qu'une preuve établissant qu'il y a eu mauvais traitement d'un époux ou d'un conjoint ou une preuve établissant qu'il y a eu mauvais traitement d'une personne âgée de moins de dix-huit ans constitue une circonstance aggravante susceptible de justifier l'augmentation de la peine. J'admets aussi que cette disposition ne mentionne nullement le mauvais traitement qu'une personne inflige à ses parents. Ce qu'il importe de se rappeler, toutefois, c'est que cette disposition est assujettie à la réserve exprimée par le mot « notamment ». Cette réserve affirme le droit de la Cour de majorer ou de réduire la peine en fonction d'autres circonstances aggravantes ou atténuantes qui ne sont pas mentionnées à cet article mais qui sont pertinentes. Par conséquent, le juge du procès était fondé à conclure que les voies de fait qu'une personne commet sur la personne de sa mère ou de son père peuvent constituer une circonstance aggravante au même titre que les voies de fait que commet une personne à l'endroit de son époux ou de son conjoint.

[12] Si l'on met de côté l'argument mère/étranger, le principal argument de l'appelant se rapportait à l'omission du juge du procès d'appliquer la règle de Coke. S'agissant des faits de la présente instance, l'appelant a commis la « première » infraction en avril 2009. Il a été déclaré coupable de cette infraction et a reçu sa sentence le 15 septembre 2009. Toutefois, la « deuxième » infraction a été commise le 3 juin 2009, soit trois mois et demi avant qu'il ait été déclaré coupable, et que sa peine ait été infligée, pour la « première » infraction. Il semblerait donc que les faits de la présente instance relèvent de la règle de Coke. La deuxième infraction a été commise avant la déclaration de culpabilité et la condamnation pour la première infraction. Corrélativement, le juge du procès n'aurait pas dû être influencé par la déclaration de culpabilité prononcée sous le régime de l'al. 271(1)a) au moment d'infliger une peine convenable sous le régime de l'al. 266a). Cela est vrai à condition que la règle de Coke s'applique.

[13] La toute dernière fois que la Cour suprême a confirmé la règle de Coke, ce fut dans l'arrêt *R. c. Skolnick*, [1982] 2 S.C.R. 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.

[14] 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).

[15] 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.

[16] 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.

[17] 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.]).

[18] 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.

[19] 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).

[20] 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. Skolick* 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.

[21] Pour le cas où notre Cour conclurait à l'inapplicabilité de la règle de Coke, l'appelant a invoqué un argument subsidiaire. À supposer que la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle ait fait partie de ses antécédents judiciaires, l'appelant a prétendu que la peine de quinze mois qui lui a été infligée pour les voies de faits commises à l'endroit de sa mère contreviennent au principe de la proportionnalité qui est énoncé à l'art. 718.1 du *Code criminel* : « La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant ». L'argument de l'appelant a une certaine valeur. Il n'y a rien au dossier qui donne à penser que la situation factuelle a changé entre le moment de l'agression sexuelle et celui des voies de faits perpétrées contre la mère de l'appelant. Donc, comment peut-on infliger la même peine pour les deux infractions lorsque la dernière est, somme toute, moins grave? Autrement dit, qu'est-ce qui justifie le prononcé de la même peine pour les voies de fait mineures que celle qui a été infligée pour l'agression grave? Aucune justification n'a été fournie à la Cour à cet égard.

[22] Le juge du procès a considéré le [TRADUCTION] « manque de maîtrise de sa colère » de la part de l'appelant comme une circonstance aggravante. En toute déférence, il n'y a aucune preuve qui appuie l'inférence selon laquelle l'appelant est atteint d'un trouble psychologique qui fait de lui une menace pour la sécurité publique. Il arrive trop souvent qu'une agression soit le produit d'une réponse irrationnelle à un acte irrationnel. La présente instance semble s'inscrire dans cette catégorie. C'est peut-être la raison pour laquelle la mère a refusé de faire une déclaration de la victime. Le juge du procès n'a pas, non plus, ordonné la préparation d'un rapport présentiel sous le régime de l'art. 721 du *Code criminel* ni ordonné la préparation d'un rapport psychiatrique non consensuel en vertu du par. 721(4). En résumé, le fait que les voies de fait aient été imputables à une perte de maîtrise de sa colère de la part de l'appelant ne peut être

considéré comme une circonstance aggravante et ce, à supposer qu'il n'ait pas agi en légitime défense.

[23] Puisque j'ai conclu que le juge du procès a commis une erreur de principe, la déférence ou la retenue dont on fait habituellement preuve envers les décisions ressortissant à la détermination de la peine ne s'applique pas. Il incombe donc à notre Cour d'infliger une peine appropriée. En ce qui concerne la doctrine de la retenue judiciaire en matière criminelle, voir l'arrêt *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, [2010] A.N.-B. n° 265 (QL), par. 19 à 28, qui est l'arrêt « clef » à cet égard dans notre province.

[24] Il ne fait aucun doute que la décision du juge du procès en ce qui concerne la peine a été influencée par la longueur des antécédents judiciaires de l'appelant (vingt-quatre déclarations de culpabilité antérieures). Il va sans dire que les antécédents judiciaires sont cruciaux en ce qui concerne la question de la « moralité » du délinquant et les objectifs de la détermination de la peine énoncés par le législateur fédéral. C'est au moyen des antécédents judiciaires du délinquant que l'on peut évaluer les possibilités de réinsertion sociale, de récidive et de dangerosité future. Cela explique pourquoi le droit se préoccupe souvent de la nature ou de la gravité des déclarations de culpabilité et en particulier des déclarations de culpabilité antérieures pour la même infraction. Le tribunal chargé de déterminer la peine recourt inévitablement à la peine infligée comme preuve de la gravité de l'infraction. Un casier judiciaire faisant état d'actes de « violence » est considéré comme « important ». Il va sans dire qu'un casier judiciaire qui ne comporte aucun crime accompagné de violence est traité d'une manière différente.

[25] Comme nous l'avons vu, les antécédents de l'appelant comprennent une condamnation antérieure pour des voies de fait commises en 2000 et pour lesquelles il a été condamné à un emprisonnement de six mois. Compte tenu du temps écoulé entre ces voies de fait et celles visées par le présent appel, il s'agit d'une instance où le principe dit de « l'intervalle », que notre Cour a examiné tout récemment dans l'arrêt *R. c. Nash (A.W.)*, 2009 NBCA 7, 340 R.N.-B. (2^e) 320, au par. 73, entre en jeu. En résumé, le principe de l'intervalle s'applique dans les cas où une période de temps considérable s'est

écoulée depuis la dernière déclaration de culpabilité. L'existence d'une période « sans incident », comme on l'appelle, appuie l'inférence selon laquelle le délinquant n'est pas un criminel invétéré. Bien que le casier judiciaire de l'appelant révèle l'existence d'un intervalle pour ce qui concerne les infractions graves, cet intervalle a été rompu lorsque l'appelant a été déclaré coupable de l'agression grave : *R. c. Goulette*, 2009 NBCA 49, [2009] A.N.-B. n° 367 (QL). Cette déclaration de culpabilité porte atteinte à la notion ou à la conviction que l'appelant n'avait perpétré aucun crime avant sa condamnation pour les voies de fait qui font l'objet du présent appel. Par ailleurs, son casier judiciaire témoigne d'un mépris constant des ordonnances de probation et de sa persistance apparente à rendre sa présence devant la Cour provinciale bien connue lorsqu'il s'agit d'infractions moins graves. En ce qui concerne la pertinence des manquements constants aux ordonnances de probation, voir l'arrêt *R. c. Melanson (K.P.)*, 2009 NBCA 41, 347 R.N.-B. (2^e) 201.

[26] L'avocat de l'appelant a reconnu n'avoir pu trouver aucune instance susceptible d'aider la Cour à s'acquitter de son obligation d'assurer le respect du principe de l'harmonisation des peines qui est codifié à l'al. 718.2b) du *Code criminel*, lequel principe consiste dans « l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ». Je souscris à l'observation qu'il a faite selon laquelle il est pratiquement impossible de trouver des décisions publiées se rapportant à des voies de fait mineures et à plus forte raison une décision dans laquelle la Cour aurait infligé une peine de quinze mois. D'ailleurs, le ministère public n'a pu trouver aucune décision à l'appui de la peine infligée en première instance.

[27] Au bout du compte, et conformément au par. 687(1) du *Code criminel*, notre Cour a l'obligation d'infliger une peine appropriée conformément aux principes de détermination de la peine qui sont énoncés aux art. 718.1 et 718.2. Notre Cour ne peut pas, à cette fin, s'appuyer sur une déclaration de la victime parce que la mère plaignante a refusé de déposer une déclaration de cette nature. On n'a pas non plus demandé de rapport présentiel. La simple demande du ministère public en vue d'obtenir une peine

de moins de deux ans est tout simplement trop vague et elle ne trouve appui ni dans les principes ni dans la jurisprudence. La réponse du ministère public aux arguments que l'appelant a fait valoir devant notre Cour n'a pas réussi à rendre acceptable une décision concernant la peine qui est par ailleurs destinée à être infirmée. Seuls deux circonstances aggravantes ont été mentionnées : (1) le fait que les voies de fait ont été perpétrées à l'endroit de la mère de l'appelant; et (2) les antécédents judiciaires de l'appelant et sa propension à passer outre aux ordonnances judiciaires. Nous ne saurions faire abstraction de ces circonstances. En ce qui concerne l'existence de circonstances atténuantes, il est indéniable que les blessures ont découlé d'une altercation au cours de laquelle l'appelant a apparemment employé une force excessive pour immobiliser la victime qui était devenue physiquement agressive. La notion de provocation comme circonstance atténuante ne saurait être passée sous silence.

[28] Compte tenu des circonstances tant atténuantes qu'aggravantes dont j'ai fait état ci-dessus, ainsi que des objectifs de la détermination de la peine qui sont énoncés aux art. 718.1 et 718.2, j'en arrive à la conclusion qu'un emprisonnement de six mois constitue une peine juste. J'invoque, en particulier, l'al. 718b) qui renforce la notion voulant que la dissuasion soit un objectif valable de la détermination de la peine. Finalement, il faut tenir compte de la période passée en détention préventive puisque les modifications récemment apportées au *Code criminel* n'ont aucune incidence sur la présente instance. De plus, il n'y a aucune raison de s'écarter de la décision du juge qui a déterminé la peine d'accorder à l'appelant une réduction de peine de sept mois pour tenir compte des trois mois et demi qu'il a passés sous garde avant l'audience sur la détermination de la peine. Si l'on accorde à l'appelant la réduction de peine de sept mois, il est manifeste qu'il avait entièrement purgé sa peine au moment où il a comparu devant la Cour provinciale en vue de la détermination de sa peine. Dans les circonstances, la décision appropriée consiste à surseoir à l'exécution de la peine, mesure que notre Cour a examinée dans l'arrêt *R. c. Comeau*.

IV. Dispositif

[29] Je suis d'avis d'accorder l'autorisation d'interjeter appel de la peine et de ramener celle-ci de quinze à six mois. Puisque l'appelant a obtenu une réduction de peine de sept mois au titre de la période passée en détention avant le procès, il y a lieu de surseoir à l'exécution de la peine.