

James Warren Wells *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervener*

INDEXED AS: R. v. WELLS

Neutral citation: 2000 SCC 10.

File No.: 26642.

1999: May 27; 2000: February 17.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory,* McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Aboriginal offenders — Accused convicted of sexual assault and sentenced to 20 months' incarceration — Whether non-custodial sentence reasonable in circumstances where paramount sentencing objectives are denunciation and deterrence — Whether sentencing judge failed to take into account appropriate considerations in light of accused's aboriginal status — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 718.2(e), 742.1.

The accused was convicted of sexual assault. He had attended a house party at the home of the victim, an 18-year-old aboriginal woman living with friends. Evidence at trial established that the victim was assaulted in her own bedroom while she was either asleep or unconscious from the effects of alcohol. There was medical evidence of vaginal abrasions but no evidence of penetration. At the sentencing hearing, the judge characterized the accused's actions as a "major" or "near major" sexual assault. In his view, deterrence and denunciation were the paramount sentencing factors to be considered for this type of offence. The sentencing judge took into account that there was no evidence of planning or deliberation, or gratuitous violence. He also observed that the accused had two prior convictions for assault. Finally,

*Cory J. took no part in the judgment.

James Warren Wells *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenant*

RÉPERTOIRE: R. C. WELLS

Référence neutre: 2000 CSC 10.

N° du greffe: 26642.

1999: 27 mai; 2000: 17 février.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory*, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Délinquants autochtones — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et condamné à 20 mois d'incarcération — Une sanction autre que l'incarcération est-elle justifiée dans les cas où la dénonciation et la dissuasion sont les objectifs primordiaux aux fins de détermination de la peine? — Le juge qui a déterminé la peine a-t-il omis de prendre en considération les facteurs appropriés eu égard au fait que l'accusé est un Autochtone? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2e), 742.1.

L'accusé a été déclaré coupable d'agression sexuelle. Il participait à une fête au domicile de la victime, une jeune femme autochtone de 18 ans qui vivait avec des amis. Au procès, la preuve a établi que la victime a été agressée dans sa propre chambre à coucher, pendant qu'elle était soit endormie soit inconsciente sous l'effet de l'alcool. La preuve médicale a révélé la présence d'éraflures au vagin, mais non qu'il y avait eu pénétration. À l'audience de détermination de la peine, le juge a qualifié les actes de l'accusé d'agression sexuelle «majeure» ou «presque majeure». À son avis, la dissuasion et la dénonciation étaient les principaux facteurs de détermination de la peine à prendre en compte pour ce genre d'infraction. Le juge qui a déterminé la peine a tenu compte du fait qu'il n'y avait aucune preuve que

*Le juge Cory n'a pas pris part au jugement.

he noted that there was no evidence of remorse. The pre-sentence report was generally favourable to the accused and recommended a conditional sentence. Given that the accused was an aboriginal, the sentencing judge observed that he was “obliged to bear in mind” s. 718.2(e) of the *Criminal Code*. Taking all these factors into account, the sentencing judge held that “the necessary elements of deterrence and denunciation would be lacking” if the accused were permitted to serve a conditional sentence in the community. He sentenced the accused to 20 months’ incarceration. The Court of Appeal upheld the sentence.

Held: The appeal should be dismissed.

A purposive interpretation of s. 742.1 of the *Criminal Code* requires the sentencing judge to proceed in stages in determining the appropriateness of a conditional sentence. At the preliminary stage, the judge simply has to exclude two possibilities: (a) probationary measures; and (b) a penitentiary term. Pursuant to s. 742.1(b), the second and most substantial stage of the analysis involves the determination of whether a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles set out in ss. 718 to 718.2. If the judge’s preliminary assessment of a fit sentence excludes both a suspended sentence and a penitentiary sentence, and the statutory prerequisites in s. 742.1 are fulfilled, then he or she is required to consider s. 718.2(e) when deciding the appropriateness of a conditional sentence. Under that provision, all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders. Moreover, whenever a judge narrows the choice to a sentence involving a sentence of incarceration, the judge is obliged to consider the unique systemic or background circumstances which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts. As well, the judge must consider the types of practicable procedures and sanctions which would be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage. The application of s. 718.2(e) does not mean that a sentence will automatically be reduced, since the determination of a fit sentence requires a consideration of all the principles and objectives set out in Part XXIII. Depending on the severity of the conditions imposed, a conditional sentence may be reasonable in circumstances where deterrence and denunciation are

l’acte avait été commis avec préméditation ou de propos délibéré, ou accompagné de violence gratuite. Il a également fait remarquer que l’accusé avait déjà été déclaré coupable de voies de fait à deux reprises dans le passé. Enfin, il a souligné qu’il n’y avait aucune preuve que l’accusé éprouvait des remords. De façon générale, le rapport présentenciel était favorable à l’accusé et recommandait l’emprisonnement avec sursis. Le juge qui a déterminé la peine a souligné que, comme l’accusé était un Autochtone, il était «obligé d’avoir à l’esprit» l’al. 718.2e) du *Code criminel*. Tenant compte de tous ces facteurs, le juge qui a déterminé la peine a estimé que «les éléments nécessaires de dissuasion et de dénonciation seraient absents» si on permettait à l’accusé de purger une peine d’emprisonnement avec sursis dans la collectivité. Il a condamné l’accusé à 20 mois d’incarcération. La Cour d’appel a confirmé la peine.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L’interprétation fondée sur l’objet de l’art. 742.1 du *Code criminel* exige du juge chargé de déterminer la peine qu’il procède par étapes lorsqu’il décide de l’opportunité de l’emprisonnement avec sursis. À l’étape préliminaire, le juge n’a qu’à déterminer s’il y a lieu d’écarter deux possibilités: a) les mesures probatoires; b) l’incarcération dans un pénitencier. Suivant l’art. 742.1, dans le cadre de la deuxième étape de l’analyse, qui est également la plus importante, le tribunal doit déterminer si l’octroi du sursis à l’emprisonnement est conforme à l’objectif fondamental et aux principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2. Si, après avoir préliminairement déterminé que ni le sursis au prononcé de la peine ni l’incarcération dans un pénitencier ne constituent la sanction appropriée, et si les exigences prévues par l’art. 742.1 sont respectées, le juge a alors l’obligation de prendre en compte l’al. 718.2e) lorsqu’il décide si l’emprisonnement avec sursis est une sanction justifiée. En vertu de cette disposition, toutes les sanctions substitutives qui sont justifiées dans les circonstances doivent être examinées, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. De plus, chaque fois que le juge arrête son choix sur une peine comportant l’incarcération, il a l’obligation d’examiner les circonstances systémiques ou historiques particulières qui sont susceptibles d’avoir contribué à la présence du délinquant autochtone concerné devant les tribunaux. De même, le juge doit prendre en compte les diverses procédures et sanctions auxquelles il est concrètement possible d’avoir recours et qui seraient appropriées à l’égard du délinquant concerné en raison de son héritage autochtone. L’application de l’al. 718.2e) n’entraîne pas automatiquement la réduction de la peine, puisque la détermination de la

paramount considerations. Ultimately, however, the determination of the availability of a conditional sentence depends upon the sentencing judge's assessment of the specific circumstances of the case, including a consideration of the aggravating factors, the nature of the offence, the community context, and the availability of conditions which have the capacity to properly reflect society's condemnation.

While the objective of restorative justice, by virtue of s. 718.2(e), applies to all offenders, the requirement to pay "particular attention to the circumstances of aboriginal offenders" recognizes that most traditional aboriginal conceptions of sentencing hold restorative justice to be the primary objective. In addition, s. 718.2(e) has a particular remedial purpose for aboriginal peoples, as it was intended to address the serious problem of overincarceration of aboriginal offenders in Canadian penal institutions. While s. 718.2(e) requires a different methodology for assessing a fit sentence for an aboriginal offender, it does not necessarily mandate a different result. Section 718.2(e) does not alter the fundamental duty of the sentencing judge to impose a sentence that is fit for the offence and the offender. Furthermore, the application of s. 718.2(e) does not mean that aboriginal offenders must always be sentenced in a manner which gives greatest weight to the principles of restorative justice and less weight to goals such as deterrence, denunciation, and separation. It was accordingly open to the sentencing judge to give primacy to the principles of denunciation and deterrence in this case on the basis that the crime involved was a serious one.

The sentencing judge made a reasonable determination as to the availability of a conditional sentence in this case. He did not misconstrue the seriousness of the crime, and his use of the words "near major" or "major" instead of "serious" does not constitute a reversible error. Since there was no error in principle, no overemphasis of the appropriate factors, and no failure to consider a relevant factor, deference should be shown to the

peine appropriée exige l'examen de tous les principes et objectifs énoncés dans la partie XXIII. Selon la sévérité des conditions assortissant l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement, cette sanction peut être justifiée dans les cas où la dissuasion et la dénonciation sont des considérations primordiales. En bout de ligne, toutefois, la réponse à la question de savoir s'il s'agit d'un cas donnant ouverture à l'octroi du sursis à l'emprisonnement dépend de l'appréciation par le juge qui détermine la peine des circonstances particulières de l'affaire, notamment les facteurs aggravants, la nature de l'infraction, la situation de la collectivité et la possibilité de fixer des conditions permettant de refléter adéquatement la condamnation de la société.

Bien que l'objectif de justice corrective visé à l'al. 718.2e) s'applique à tous les délinquants, le fait que l'examen prévu par cette disposition soit requis «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones» reconnaît que, dans la plupart des conceptions autochtones traditionnelles en matière de détermination de la peine, la justice corrective est considérée comme l'objectif primordial. En outre, l'al. 718.2e) poursuit un objectif réparateur particulier en ce qui concerne les peuples autochtones, en ce qu'il vise à régler le grave problème de l'incarcération excessive des délinquants autochtones dans les établissements correctionnels canadiens. Quoique l'al. 718.2e) demande l'application d'une méthodologie différente pour la détermination de la peine appropriée dans le cas des délinquants autochtones, il ne commande pas nécessairement un résultat différent. L'alinéa 718.2e) ne modifie pas l'obligation fondamentale du juge, qui est d'infliger une peine appropriée pour l'infraction et le délinquant. En outre, l'application de l'al. 718.2e) ne signifie pas que la peine infligée à un délinquant autochtone doit toujours être déterminée d'une manière qui accorde plus de poids aux principes de justice corrective qu'aux objectifs tels que la dissuasion, la dénonciation et l'isolement. Par conséquent, il était loisible au juge qui était chargé de déterminer la peine de donner préséance aux principes de dénonciation et de dissuasion en raison de la gravité du crime reproché.

Le juge qui a déterminé la peine a rendu une décision raisonnable relativement à la question de savoir s'il s'agissait d'un cas donnant ouverture à l'emprisonnement avec sursis. Il n'a pas mal apprécié la gravité du crime, et le fait qu'il ait utilisé les termes «presque majeure» et «majeure» plutôt que le terme «grave» ne constitue pas une erreur justifiant l'annulation de sa décision. Puisqu'il n'y a eu ni erreur de principe, ni insistance trop grande sur les facteurs appropriés, ni omission de prendre en considération un facteur

trial judge's assessment of the particular circumstances of the offence and the offender.

Cases Cited

Considered: *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; **referred to:** *R. v. L.F.W.*, [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6; *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7; *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8; *R. v. Bunn*, [2000] 1 S.C.R. 183, 2000 SCC 9; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof, S.C. 1995, c. 22.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 100, 271, Part XXIII [repl. 1995, c. 22, s. 6], ss. 718, 718.1, 718.2 [am. 1997, c. 23, s. 17], 726.1, 742.1 [am. 1997, c. 18, s. 107.1], 742.3, 742.6(9).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1998), 125 C.C.C. (3d) 129, 61 Alta. L.R. (3d) 377, 216 A.R. 61, 175 W.A.C. 61, [1998] A.J. No. 405 (QL), dismissing the accused's appeal from the 20-month custodial sentence imposed by McMahon J. after he was convicted of sexual assault. Appeal dismissed.

Marian E. Bryant, for the appellant.

Goran Tomljanovic, for the respondent.

Kent Roach and *Kimberly R. Murray*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

¹

This appeal requires us to consider the conditional sentencing provisions of the *Criminal Code*,

pertinent, il faut faire preuve de retenue envers l'appréciation qu'a faite le juge du procès des circonstances particulières se rapportant à l'infraction et au délinquant.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; **arrêts mentionnés:** *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6; *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149, 2000 CSC 7; *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8; *R. c. Bunn*, [2000] 1 R.C.S. 183, 2000 CSC 9; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 100, 271, partie XXIII [rempl. 1995, ch. 22, art. 6], art. 718, 718.1, 718.2 [mod. 1997, ch. 23, art. 17], 726.1, 742.1 [mod. 1997, ch. 18, art. 107.1], 742.3, 742.6(9).
Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, ch. 22.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1998), 125 C.C.C. (3d) 129, 61 Alta. L.R. (3d) 377, 216 A.R. 61, 175 W.A.C. 61, [1998] A.J. No. 405 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre la peine de 20 mois d'incarcération que lui a infligée le juge McMahon après qu'il eut été déclaré coupable d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

Marian E. Bryant, pour l'appelant.

Goran Tomljanovic, pour l'intimée.

Kent Roach et *Kimberly R. Murray*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Nous sommes appelés, dans le présent pourvoi, à examiner l'application aux délinquants autoch-

R.S.C., 1985, c. C-46, in the context of aboriginal offenders. The appellant appeals his 20-month custodial sentence, seeking to have it converted to a conditional sentence on the basis that the sentencing judge did not take into account the appropriate considerations required in s. 718.2(e) of the *Code*, in light of the appellant's aboriginal status.

In September 1996, the *Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22 ("Bill C-41"), came into effect, introducing significant amendments to the sentencing regime outlined in Part XXIII of the *Code*. These amendments included an expanded articulation of the fundamental purpose and principles of sentencing (ss. 718 to 718.2), a specific provision dealing with aboriginal offenders (s. 718.2(e)), and the introduction of the conditional sentence (s. 742.1).

In *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, this Court was asked to determine the proper application of s. 718.2(e). In so deciding, it was necessary to place this provision within the context provided by the purposes and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2, and the overall scheme of Part XXIII. The Court determined that the new sentencing amendments represented "a watershed, marking the first codification and significant reform of sentencing principles in the history of Canadian criminal law" (para. 39).

In noting that Parliament had two primary objectives in enacting this new legislation: (i) reducing the use of prison as a sanction, and (ii) expanding the use of restorative justice principles in sentencing, the Court stated (at para. 48):

It can be seen, therefore, that the government position when Bill C-41 was under consideration was that the

tones des dispositions relatives à l'emprisonnement avec sursis prévues par le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. L'appelant interjette appel de la peine de 20 mois d'incarcération qui lui a été infligée et demande qu'elle soit commuée en une peine d'emprisonnement avec sursis, plaidant que le juge qui a déterminé la peine n'a pas pris en considération les facteurs appropriés pour l'application de l'al. 718.2e) du *Code*, eu égard au fait que l'appelant est un Autochtone.

En septembre 1996, la *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22 («projet de Loi C-41»), est entrée en vigueur, apportant d'importantes modifications au régime de détermination de la peine établi à la partie XXIII du *Code*. Notamment, ces modifications précisent l'objectif fondamental et les principes de la détermination de la peine (art. 718 à 718.2), en plus de comporter une disposition visant spécifiquement les délinquants autochtones (al. 718.2e)) et d'établir la peine d'emprisonnement avec sursis (art. 742.1).

Dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, on demandait à notre Cour de déterminer de quelle façon l'al. 718.2e) devrait être appliqué. Pour faire cette détermination, il a été nécessaire de situer cette disposition dans le contexte des objectifs et des principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 d'une part, et de l'économie générale de la partie XXIII d'autre part. Notre Cour a jugé que les nouvelles dispositions relatives à la détermination de la peine marquaient «une étape majeure, soit la première codification et la première réforme substantielle des principes de détermination de la peine dans l'histoire du droit criminel canadien» (par. 39).

Soulignant que le législateur visait deux objectifs principaux par l'édiction de ces nouvelles dispositions législatives — (i) réduire le recours à l'emprisonnement comme sanction; (ii) élargir l'application des principes de justice corrective au moment du prononcé de la peine — notre Cour a dit ceci (au par. 48):

On voit donc qu'à l'époque de l'étude du projet de loi C-41, le gouvernement estimait que la nouvelle partie

2

3

4

new Part XXIII was to be remedial in nature. The proposed enactment was directed, in particular, at reducing the use of prison as a sanction, at expanding the use of restorative justice principles in sentencing, and at engaging in both of these objectives with a sensitivity to aboriginal community justice initiatives when sentencing aboriginal offenders.

XXIII avait un caractère essentiellement réparateur. Les modifications proposées visaient tout particulièrement à réduire le recours à l'emprisonnement comme sanction, à élargir l'application des principes de justice corrective au moment du prononcé de la peine, et à poursuivre ces deux objectifs en étant sensibles, dans le cas des délinquants autochtones, aux initiatives autochtones en matière de justice communautaire.

5 This appeal was heard along with five companion appeals in which the Court was called upon to outline the general principles governing the new conditional sentencing provisions in Part XXIII (s. 742.1): see *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. L.F.W.*, [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6; *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7; *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8, and *R. v. Bunn*, [2000] 1 S.C.R. 183, 2000 SCC 9. The Court has extensively outlined its interpretation of s. 742.1 in *Proulx*.

Le présent pourvoi a été entendu en même temps que cinq affaires connexes, dans lesquelles notre Cour était appelée à dégager les principes généraux régissant l'application de la nouvelle disposition législative de la partie XXIII (art. 742.1) qui établit l'emprisonnement avec sursis: voir *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6; *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149, 2000 CSC 7; *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8, et *R. c. Bunn*, [2000] 1 R.C.S. 183, 2000 CSC 9. Notre Cour a exposé de façon exhaustive son interprétation de l'art. 742.1 dans l'arrêt *Proulx*.

6 Consequently, the decisions in *Gladue* and *Proulx* provide the legal background for understanding the manner in which ss. 742.1 and 718.2(e) interact on the issues presented in this appeal. It should be pointed out that neither the trial judge nor the Court of Appeal had these decisions available to them when they considered the new sentencing regime.

Par conséquent, les arrêts *Gladue* et *Proulx* établissent le cadre juridique qui permet de bien saisir comment l'art. 742.1 et l'al. 718.2e) interagissent eu égard aux questions soulevées par le présent pourvoi. Il convient de souligner que ni le juge du procès ni la Cour d'appel ne disposaient de ces arrêts lorsqu'ils ont examiné le nouveau régime de détermination de la peine.

II. Background

II. Les faits

7 On November 8, 1996, a jury convicted the appellant of committing sexual assault contrary to s. 271 of the *Criminal Code*, and on December 19, 1996, he was sentenced to 20 months' incarceration with a 10-year firearm prohibition pursuant to s. 100 of the *Code*.

Le 8 novembre 1996, l'appelant a été déclaré coupable par un jury de l'infraction d'agression sexuelle prévue à l'art. 271 du *Code criminel*, et, le 19 décembre 1996, il a été condamné à une peine de 20 mois d'incarcération assortie d'une ordonnance, fondée sur l'art. 100 du *Code*, lui interdisant d'avoir une arme à feu en sa possession pour une période de 10 ans.

8 Early in the morning of May 15, 1994, the appellant attended a house party at the home of the victim, an 18-year-old aboriginal woman living with friends on the Tsuu T'ina Nation Reserve (also known as the Sarcee Reserve). Evidence at trial established that the victim was either asleep or unconscious from the effects of alcohol and she

Tôt le matin du 15 mai 1994, l'appelant participait à une fête au domicile de la victime, une jeune femme autochtone de 18 ans qui vivait avec des amis dans la réserve de la Nation Tsuu T'ina (également connue sous le nom de réserve Sarcee). Au procès, la preuve a établi que la victime était soit endormie soit inconsciente sous l'effet de l'alcool

was assaulted in her own bedroom. There was medical evidence of vaginal abrasions but there was no evidence of penetration. While the victim has no memory of the assault, she suffered hurt and humiliation when she learned of the event the next morning.

III. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce 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 and to the community.

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

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

- (a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,
 - (i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor,
 - (ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child,

lorsqu'elle a été agressée dans sa propre chambre à coucher. La preuve médicale a révélé la présence d'éraflures au vagin, mais non qu'il y avait eu pénétration. Quoique la victime n'ait aucun souvenir de l'agression, elle s'est sentie blessée et humiliée le lendemain matin lorsqu'elle a appris ce qui s'était passé.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel 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 justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

- a) dénoncer le comportement illégal;
- 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 et à la collectivité.

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

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

- a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:
 - (i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,
 - (ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants;

(iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim, or

(iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization

shall be deemed to be aggravating circumstances;

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

(c) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

742.3 (1) The court shall prescribe, as conditions of a conditional sentence order, that the offender do all of the following:

(a) keep the peace and be of good behaviour;

(b) appear before the court when required to do so by the court;

(c) report to a supervisor

(iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard;

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

742.3 (1) Le tribunal assortit l'ordonnance de sursis des conditions suivantes, intimant au délinquant:

a) de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite;

b) de répondre aux convocations du tribunal;

c) de se présenter à l'agent de surveillance;

- (i) within two working days, or such longer period as the court directs, after the making of the conditional sentence order, and
 - (ii) thereafter, when required by the supervisor and in the manner directed by the supervisor;
 - (d) remain within the jurisdiction of the court unless written permission to go outside that jurisdiction is obtained from the court or the supervisor; and
 - (e) notify the court or the supervisor in advance of any change of name or address, and promptly notify the court or the supervisor of any change of employment or occupation.
- (2) The court may prescribe, as additional conditions of a conditional sentence order, that the offender do one or more of the following:
- (a) abstain from
 - (i) the consumption of alcohol or other intoxicating substances, or
 - (ii) the consumption of drugs except in accordance with a medical prescription;
 - (b) abstain from owning, possessing or carrying a weapon;
 - (c) provide for the support or care of dependants;
 - (d) perform up to 240 hours of community service over a period not exceeding eighteen months;
 - (e) attend a treatment program approved by the province; and
 - (f) comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable, subject to any regulations made under subsection 738(2), for securing the good conduct of the offender and for preventing a repetition by the offender of the same offence or the commission of other offences.

742.6 . . .

(9) Where the court is satisfied, on a balance of probabilities, that the offender has without reasonable excuse, the proof of which lies on the offender, breached a condition of the conditional sentence order, the court may

- (a) take no action;
- (b) change the optional conditions;
- (c) suspend the conditional sentence order and direct

- (i) dans les deux jours ouvrables suivant la date de l'ordonnance, ou dans le délai plus long fixé par le tribunal,
 - (ii) par la suite, selon les modalités de temps et de forme fixées par l'agent de surveillance;
 - d) de rester dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir donnée par le tribunal ou par l'agent de surveillance;
 - e) de prévenir le tribunal ou l'agent de surveillance de ses changements d'adresse ou de nom et de les aviser rapidement de ses changements d'emploi ou d'occupation.
- (2) Le tribunal peut assortir l'ordonnance de sursis de l'une ou de plusieurs des conditions suivantes, intimant au délinquant:

- a) de s'abstenir de consommer:
 - (i) de l'alcool ou d'autres substances toxiques,
 - (ii) des drogues, sauf sur ordonnance médicale;
- b) de s'abstenir d'être propriétaire, possesseur ou porteur d'une arme;
- c) de prendre soin des personnes à sa charge et de subvenir à leurs besoins;
- d) d'accomplir au plus deux cent quarante heures de service communautaire au cours d'une période maximale de dix-huit mois;
- e) de suivre un programme de traitement approuvé par la province;
- f) d'observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables, sous réserve des règlements d'application du paragraphe 738(2), pour assurer la bonne conduite du délinquant et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions.

742.6 . . .

(9) Le tribunal peut, s'il est convaincu, par une preuve prépondérante, que le délinquant a enfreint, sans excuse raisonnable dont la preuve lui incombe, une condition de l'ordonnance de sursis:

- a) ne pas agir;
- b) modifier les conditions facultatives;
- c) suspendre l'ordonnance et ordonner:

(i) that the offender serve in custody a portion of the unexpired sentence, and

(ii) that the conditional sentence order resume on the offender's release from custody, either with or without changes to the optional conditions; or

(d) terminate the conditional sentence order and direct that the offender be committed to custody until the expiration of the sentence.

(i) d'une part, au délinquant de purger en prison une partie de la peine qui reste à courir,

(ii) d'autre part, que l'ordonnance s'applique à compter de la libération du délinquant, avec ou sans modification des conditions facultatives;

d) mettre fin à l'ordonnance de sursis et ordonner que le délinquant soit incarcéré jusqu'à la fin de la peine d'emprisonnement.

IV. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench*

10 At the sentencing hearing, McMahon J. characterized the appellant's actions as a "major" or "near major sexual assault". In his view, deterrence and denunciation were the paramount sentencing factors to be considered for this type of offence. McMahon J. took into account that there was no evidence of planning or deliberation, or gratuitous violence. He also observed that the appellant had two prior convictions for assault. Finally, he noted that there was no evidence of remorse.

11 The pre-sentence report was generally favourable to the appellant and recommended a conditional sentence. The appellant had completed a 28-day treatment program for alcohol abuse at the Poundmaker's Lodge, an aboriginal-focussed alcohol treatment centre. In addition, the appellant was assessed as posing no threat to the community as long as he abstained from alcohol use. Given that the appellant was an aboriginal, McMahon J. observed that he was "obliged to bear in mind section 718.2(e) of the *Code*".

12 Taking all these factors into account, McMahon J. held that "the necessary elements of deterrence and denunciation would be lacking" if the appellant were permitted to serve a conditional sentence in the community. As a result, he sentenced the

IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta*

À l'audience de détermination de la peine, le juge McMahon a qualifié les actes de l'appellant [TRADUCTION] d'«agression sexuelle majeure» ou «presque majeure». À son avis, la dissuasion et la dénonciation étaient les principaux facteurs de détermination de la peine à prendre en compte pour ce genre d'infraction. Le juge McMahon a tenu compte du fait qu'il n'y avait aucune preuve que l'acte avait été commis avec préméditation ou de propos délibéré, ou accompagné de violence gratuite. Il a également fait remarquer que l'appellant avait déjà été déclaré coupable de voies de fait à deux reprises dans le passé. Enfin, il a souligné qu'il n'y avait aucune preuve que l'appellant éprouvait des remords.

De façon générale, le rapport présentiel était favorable à l'appellant et recommandait l'emprisonnement avec sursis. L'appellant avait terminé un programme de traitement pour abus d'alcool d'une durée de 28 jours dans un centre de traitement pour les Autochtones, Poundmaker's Lodge. En outre, il a été déterminé que l'appellant n'était pas une menace pour la collectivité tant qu'il s'abstenait de consommer de l'alcool. Le juge McMahon a souligné que, comme l'appellant était un Autochtone, il était [TRADUCTION] «obligé d'avoir à l'esprit l'al. 718.2e) du *Code*».

Tenant compte de tous ces facteurs, le juge McMahon a estimé que [TRADUCTION] «les éléments nécessaires de dissuasion et de dénonciation seraient absents» si on permettait à l'appellant de purger une peine d'emprisonnement avec sursis

appellant to 20 months in a provincial correctional institution.

B. Alberta Court of Appeal (1998), 125 C.C.C. (3d) 129

The appellant appealed on the basis that s. 718.2(e) had not been properly considered by the sentencing judge. The Court of Appeal dismissed the appeal, upholding the sentence imposed by the trial judge.

At the outset, the Court of Appeal determined that the standard of appellate review for a trial judge's imposition of sentence had been set out in a trilogy of sentencing decisions from this Court: *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, and *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948. The court accepted (at p. 135) that "absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit" (citing *M. (C.A.)*, *per* Lamer C.J., at para. 90).

Fresh evidence of the appellant's involvement in community alcohol programs was presented at the Court of Appeal with the consent of the Crown. The appellant and Crown had agreed that the Court of Appeal could consider this new evidence, and treat it as if it had been available at the original sentencing.

The evidence included an application, made by the appellant, to the aboriginal-specific services of the Poundmaker's Lodge Alcohol and Drug Abuse Centre for a second treatment session by the appellant. There were also submissions from the Tsuu T'ina Nation Spirit Healing Lodge indicating that they were willing to admit the appellant after the hearing of the Court of Appeal, and that he could remain in this alcohol treatment program until his

dans la collectivité. Il a en conséquence condamné l'appellant à 20 mois d'incarcération dans un établissement correctionnel provincial.

B. Cour d'appel de l'Alberta (1998), 125 C.C.C. (3d) 129

L'appellant a interjeté appel, plaidant que le juge qui avait déterminé la peine n'avait pas tenu compte adéquatement de l'al. 718.2e). La Cour d'appel a rejeté l'appel et a confirmé la peine infligée par le juge du procès.

Dès le départ, la Cour d'appel a déclaré que la norme de contrôle applicable en appel à l'égard des peines infligées par les juges présidant les procès avait été établie dans une trilogie d'arrêts rendus par notre Cour en matière de détermination de la peine: *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, et *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948. La cour a fait siens (à la p. 135) les propos suivants du juge en chef Lamer dans l'arrêt *M. (C.A.)*, au par. 90, «sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée».

Le nouvel élément de preuve faisant état de la participation de l'appellant à des programmes communautaires de traitement de l'alcoolisme a été présenté à la Cour d'appel avec le consentement du ministère public. L'appellant et le ministère public avaient convenu que la Cour d'appel pouvait tenir compte de ce nouvel élément de preuve, comme s'il avait été disponible à l'audience initiale de détermination de la peine.

Cette preuve comportait la demande faite par l'appellant en vue de suivre une deuxième série de traitements spécifiquement destinés aux Autochtones au Poundmaker's Lodge Alcohol and Drug Abuse Centre. En outre, des observations présentées par le Tsuu T'ina Nation Spirit Healing Lodge indiquaient que cet établissement était disposé à accueillir l'appellant après l'audience de la Cour d'appel et que ce dernier pouvait participer à son

13

14

15

16

admission to the Poundmaker's Lodge. There was also a brochure outlining the Tsuu T'ina Nation Spirit Healing Lodge program which described the Lodge's goals and objectives. The court took note that the Tsuu T'ina Nation Spirit Healing Lodge's brochure indicated that "persons who have a history of violence, child molestation, sexual offences" were considered "inappropriate clients" (p. 141).

programme de traitement de l'alcoolisme jusqu'à ce qu'il soit admis au Poundmaker's Lodge. A également été déposée une brochure décrivant le programme du Tsuu T'ina Nation Spirit Healing Lodge, laquelle énonçait les buts et objectifs de cet établissement. La cour a signalé que la brochure indiquait que [TRADUCTION] «les personnes qui ont des antécédents de violence, de pédophilie et d'agressions sexuelles» étaient considérées comme «des clients inappropriés» (p. 141).

17 In holding that the evidence was properly adduced, the court remarked that this information had assisted the court in considering alternatives to imprisonment. However, the court commented that the evidence was problematic for the appellant since the nature of the appellant's crime had apparently rendered him an inappropriate client for the alcohol treatment centre.

Jugeant que cet élément de preuve avait été déposé régulièrement, la Cour d'appel a souligné que ces renseignements l'avaient aidée dans l'examen des solutions de rechange à l'emprisonnement. Elle a cependant indiqué que cet élément de preuve était défavorable à l'appelant puisque, en raison de la nature de son crime, il était apparemment un client inapproprié pour le centre de traitement de l'alcoolisme.

18 Adopting the approach in *R. v. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504 (Alta. C.A.), the court determined that a conditional sentence would rarely be available where the paramount sentencing concerns are deterrence and denunciation which pursuant to *Brady* called for actual imprisonment.

Adoptant la méthode appliquée dans *R. c. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504 (C.A. Alb.), la Cour d'appel a estimé que l'emprisonnement avec sursis constitue rarement une sanction susceptible d'être infligée dans les cas où les considérations primordiales aux fins de détermination de la peine sont la dissuasion et la dénonciation, considérations qui, selon l'arrêt *Brady*, commandent l'incarcération.

19 The court also held that the application of s. 718.2(e) would not alter this result (at p. 142):

La Cour d'appel a également jugé que l'application de l'al. 718.2e) ne changerait rien à ce résultat (à la p. 142):

We reject the suggestion that s. 718.2(e) would displace the rationale in *Brady*, and faced as we are here with a crime worthy of denunciation and deterrence, and the fact that the sentence must be proportionate to the gravity of the crime, it is clear that s. 718.2(e) cannot be interpreted to mean that in some fashion an alternative to imprisonment *must* be imposed as a sentence for the Appellant. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] Nous rejetons l'argument que l'al. 718.2e) écarte le raisonnement fait dans *Brady*; de plus, compte tenu, d'une part, du fait que nous sommes en présence d'un crime qui commande des mesures de dénonciation et de dissuasion et, d'autre part, du fait que la peine doit être proportionnelle à la gravité du crime, il est clair que l'al. 718.2e) ne saurait être interprété comme signifiant qu'une quelconque peine substitutive *doit* être infligée à l'appelant. [En italique dans l'original.]

20 The court stated that the words "reasonable in the circumstances" contained in s. 718.2(e) required an expansive reading, understanding them within the context of the objectives and purposes of sentencing outlined in ss. 718 to 718.2. From

La Cour d'appel a déclaré que les mots «justifiées dans les circonstances», figurant à l'al. 718.2e) devaient être interprétés globalement, dans le contexte des objectifs et des principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à

this basis, the term “reasonable” requires that the sentence be commensurate with these objectives and principles of sentencing. Accordingly, the “circumstances” to be considered include the gravity and nature of the offence, the record of the accused, impact on victims and the community, the need for denunciation and deterrence, the need to maintain proportionality, aggravating and mitigating factors, relevant case law, and the particular circumstances of the accused (at p. 138).

The court’s analysis of s. 718.2(e) continued with his examination of the words “with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders”. In its view these words required that the sentencing judge pay attention to all of the sentencing factors noted above, “together with the additional circumstances particular to aboriginal offenders” (p. 138). These “additional circumstances” included: social factors particular to aboriginal Canadians; recognition of the alternative approaches taken to sanctions by aboriginal communities; the geographic availability of alternative sanctions; and community support.

The court held that Parliament could not have intended that victims of aboriginal offenders, including aboriginal victims, would receive less protection under the law. Nor did Parliament intend s. 718.2(e) to be in any way paramount to the other provisions set out in ss. 718 to 718.2. Again, the court emphasized that the sentence must be one which accords with all of the sentencing principles and objectives set out in ss. 718 to 718.2, and includes attention to the factors noted above.

Noting that s. 726.1 of the *Criminal Code* was permissive rather than mandatory, the court held that the sentencing judge was not under an obligation to conduct an inquiry as to the circumstances of the aboriginal offender. Rather, the onus rests on the accused to suggest specific alternative sanctions supported by evidentiary submissions to the court. The sentencing judge must take into account

718.2. Ainsi, le mot «justifiées» exige que la peine soit conforme à ces objectifs et principes. En conséquence, parmi les «circonstances» qui doivent être prises en compte, mentionnons la gravité et la nature de l’infraction, le casier judiciaire de l’accusé, les effets du crime sur les victimes et sur la collectivité, le besoin de dénonciation et de dissuasion, la nécessité de respecter le principe de la proportionnalité, les facteurs aggravants et atténuants, la jurisprudence pertinente et la situation particulière de l’accusé (à la p. 138).

La Cour d’appel a poursuivi son analyse de l’al. 718.2e) en examinant le passage suivant de cette disposition: «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones». De l’avis de la cour, ce passage exigeait du juge chargé de déterminer la peine qu’il tienne compte de tous les facteurs susmentionnés, [TRADUCTION] «ainsi que des circonstances additionnelles particulières aux délinquants autochtones» (p. 138). Étaient comprises parmi ces «circonstances additionnelles»: les facteurs sociaux particuliers aux Autochtones canadiens, la reconnaissance des méthodes alternatives de détermination des sanctions appliquées par les communautés autochtones, la disponibilité de sanctions substitutives du point de vue géographique et l’appui de la collectivité.

La Cour d’appel a estimé que le législateur n’avait pas pu vouloir que la loi accorde une protection moins grande aux victimes de délinquants autochtones, y compris les victimes autochtones, ni que l’al. 718.2e) prime, de quelque façon, les autres dispositions des art. 718 à 718.2. La cour a de nouveau souligné que la peine devait être conforme à tous les principes et objectifs visés aux art. 718 à 718.2 et qu’elle devait tenir compte des facteurs susmentionnés.

Soulignant que l’art. 726.1 du *Code criminel* avait un caractère facultatif et non impératif, la Cour d’appel a estimé que le juge qui avait déterminé la peine n’avait pas l’obligation de mener une enquête sur la situation du délinquant autochtone. Il incombe plutôt à l’accusé de proposer à la cour des sanctions substitutives précises, appuyées par des observations fondées sur la preuve. Le juge

21

22

23

that he or she is dealing with an aboriginal offender and “must address his or her mind to the circumstances of aboriginal offenders” (p. 141). In order to succeed, the submissions on behalf of the accused must be reasonable in the circumstances and must be commensurate with the other sentencing provisions set out in the *Criminal Code* as well as relevant jurisprudence.

qui détermine la peine doit tenir compte du fait qu’il est en présence d’un délinquant autochtone et il [TRADUCTION] «doit s’attacher aux circonstances particulières des délinquants autochtones» (p. 141). Pour être acceptés, les arguments présentés au nom de l’accusé doivent être justifiés dans les circonstances et être conformes aux autres dispositions relatives à la détermination de la peine prévues par le *Code criminel* ainsi qu’à la jurisprudence pertinente.

24 In summary, the court found that the sentencing judge had properly taken into account the circumstances of the appellant, including the fact that the appellant was an aboriginal. In concluding, the court stated (at p. 142):

The Trial Judge was faced with a serious sexual assault on an unconscious victim in her own bedroom, involving an adult offender with a record. While it is clear that the Appellant has a long-standing problem of alcohol abuse, the Appellant evidently made no effort prior to 1994 to address this problem and all efforts to rehabilitate have been subsequent to the offence.

En résumé, la Cour d’appel a décidé que le juge qui avait prononcé la peine avait tenu compte adéquatement des circonstances propres à l’appelant, y compris du fait que ce dernier était un Autochtone. En concluant, la cour a dit ceci (à la p. 142):

[TRADUCTION] Le juge du procès était saisi d’une affaire concernant une agression sexuelle sérieuse, commise contre une victime inconsciente, dans sa propre chambre à coucher, par un délinquant adulte ayant des antécédents judiciaires. Bien qu’il soit clair que l’appelant souffre depuis longtemps d’un problème de consommation abusive d’alcool, il est évident qu’il n’a rien fait avant 1994 pour régler ce problème et que tous ses efforts de réadaptation sont survenus après la perpétration de l’infraction.

Given the circumstances which were before the Trial Judge, it is clear that any sentence that he imposed would have to properly reflect denunciation, specific and general deterrence, and be proportionate to the gravity of the offence.

Vu les circonstances du cas dont était saisi le juge du procès, il est clair que toute peine qu’il infligerait devait répondre adéquatement aux besoins de dissuasion — spécifique et générale — et de dénonciation, en plus d’être proportionnelle à la gravité de l’infraction.

V. Analysis

V. L’analyse

A. *Introduction*

A. *Introduction*

25 Section 718.2(e) of the *Criminal Code* provides that all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders. As a general matter, this appeal raises the issue of whether a non-custodial sentence is reasonable, to use the language of s. 718.2(e), in circumstances where the paramount sentencing objectives are denunciation and deterrence. More specifically, this appeal must determine whether the trial judge

Aux termes de l’al. 718.2e) du *Code criminel*, toutes les sanctions substitutives qui sont justifiées dans les circonstances doivent être examinées, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. De façon générale, le présent pourvoi soulève la question de savoir si une sanction autre que l’incarcération est justifiée, pour reprendre les termes de l’al. 718.2e), dans des cas où la dénonciation et la dissuasion sont les objectifs primordiaux aux fins de détermination de la peine. Plus précisément, il faut décider, dans le présent pour-

properly applied s. 718.2(e) when sentencing the appellant.

My discussion of these issues will deal with the following points. First, as a preliminary matter, it is important to understand how and when a sentencing judge should consider the particular circumstances of an aboriginal offender in relation to the determination of the availability of a conditional sentence pursuant to s. 742.1. Since s. 718.2(e) requires the consideration of “all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances” (emphasis added), the second section of my analysis focuses on the availability of conditional sentences for crimes where, as in this appeal, the objectives of denunciation or deterrence are paramount. Finally, given that a conditional sentence is possible where the sentencing objectives are denunciation and deterrence, the third section of the analysis will discuss whether the imposition of a conditional sentence, as opposed to a sentence of incarceration, was “reasonable in the circumstances” of this case. In other words, the issue is whether the sentencing judge properly applied s. 718.2(e) to this appellant.

B. The Determination of the Availability of a Conditional Sentence, and Section 718.2(e)’s Role Therein

Lamer C.J., in *Proulx, supra*, held that a purposive interpretation of s. 742.1 required the sentencing judge to proceed in stages in determining the appropriateness of a conditional sentence. At the preliminary stage, the judge simply has to exclude two possibilities: (a) probationary measures; and (b) a penitentiary term. The duration and venue of the sentence are not determined at this preliminary stage. In addition, the judge is required to consider the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 only to the extent necessary to narrow the range of sentence for the offender. If, at this point, either a penitentiary or a

voilà, si le juge du procès a appliqué correctement l’al. 718.2e) lorsqu’il a déterminé la peine de l’appelant.

Je vais, dans l’examen de ces questions, traiter des points suivants. Premièrement, il importe au départ de bien comprendre quand et comment le juge chargé de déterminer la peine doit examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve un délinquant autochtone afin de décider si elles donnent ouverture à l’octroi du sursis à l’emprisonnement prévu à l’art. 742.1. Étant donné que l’al. 718.2e) exige l’examen de «toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances» (je souligne), la deuxième partie de mon analyse porte sur l’applicabilité de l’emprisonnement avec sursis aux crimes qui, comme celui en cause dans le présent pourvoi, commandent principalement la poursuite des objectifs de dénonciation et de dissuasion. Enfin, puisqu’il est possible d’octroyer le sursis à l’emprisonnement lorsque les objectifs visés par la détermination de la peine sont la dénonciation et la dissuasion, la troisième partie de mon analyse portera sur la question de savoir s’il était «justifié dans les circonstances» de la présente affaire d’octroyer le sursis à l’emprisonnement, plutôt que d’infliger une peine d’incarcération. En d’autres termes, il s’agit de déterminer si le juge qui a déterminé la peine a bien appliqué l’al. 718.2e) à l’appelant.

B. La détermination de l’applicabilité de l’emprisonnement avec sursis et le rôle de l’al. 718.2e) à cet égard

Dans *Proulx*, précité, le juge en chef Lamer a estimé que l’interprétation fondée sur l’objet de l’art. 742.1 exige du juge chargé de déterminer la peine qu’il procède par étapes lorsqu’il décide de l’opportunité de l’emprisonnement avec sursis. À l’étape préliminaire, le juge n’a qu’à déterminer s’il y a lieu d’écarter deux possibilités: a) les mesures probatoires; b) l’incarcération dans un pénitencier. La durée de la peine et l’endroit où elle sera purgée ne sont pas fixés à cette étape. En outre, le juge est tenu de prendre en compte l’objectif et les principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2, mais seulement

26

27

suspended sentence is appropriate, then a conditional sentence should not be imposed (*Proulx*, at paras. 58-59).

dans la mesure nécessaire pour délimiter la fourchette des peines applicables au délinquant. Si, à cette étape, la sanction appropriée est soit l'incarcération dans un pénitencier soit le sursis au prononcé de la peine, l'emprisonnement avec sursis ne devrait alors pas être infligé (*Proulx*, aux par. 58 et 59).

28 Before moving to the next stage of the analysis, the sentencing judge must also establish whether the statutory prerequisites set out in s. 742.1 have been satisfied. These prerequisites include: (i) the absence of a minimum term of imprisonment; (ii) a sentence of imprisonment of less than two years (i.e., the elimination of a penitentiary term per step one); and (iii) that the safety of the community would not be endangered by the offender serving the sentence in the community. Two factors must be taken into account in assessing the danger to a community posed by an offender: (i) the risk of the offender re-offending; and (ii) the gravity of the damage that could ensue in the event of re-offence. In *Proulx*, the Chief Justice provided helpful guidance for this risk assessment at paras. 69-76.

Avant de passer à l'étape suivante de l'analyse, le juge chargé de déterminer la peine doit également se demander si les exigences prévues par l'art. 742.1 sont respectées. Ces préalables sont: (i) l'absence d'une peine minimale d'emprisonnement applicable à l'infraction visée; (ii) la condamnation du délinquant à un emprisonnement de moins de deux ans (en d'autres mots, l'élimination à la première étape du recours à l'incarcération dans un pénitencier); (iii) le fait que le délinquant purge sa peine dans la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci. Deux facteurs doivent être pris en considération pour apprécier le danger que constitue un délinquant pour la collectivité: (i) le risque qu'il récidive; (ii) la gravité du préjudice susceptible d'être causé en cas de récidive. Dans *Proulx*, aux par. 69 à 76, le Juge en chef a donné des indications utiles pour apprécier ce risque.

29 Pursuant to s. 742.1(b), the second and most substantial stage of the analysis involves the determination of whether a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles set out in ss. 718 to 718.2. Unlike the more cursory review of the purpose and principles of sentencing at the preliminary stage, this second stage requires a comprehensive consideration of these principles and objectives. It is this comprehensive consideration which guides the sentencing judge in determining (i) whether the offender should serve the sentence in the community or in jail, (ii) the duration of the sentence, and, if a conditional sentence, (iii) the nature of the conditions to be imposed.

Suivant l'art. 742.1, dans le cadre de la deuxième étape de l'analyse, qui est également la plus importante, le tribunal doit déterminer si l'octroi du sursis à l'emprisonnement est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2. Contrairement à l'étape préliminaire, qui ne donne lieu qu'à un examen superficiel de cet objectif et de ces principes, cette deuxième étape requiert plutôt du tribunal qu'il en fasse un examen exhaustif. C'est cet examen exhaustif qui permet au tribunal (i) de décider s'il y a lieu que le délinquant purge sa peine dans la collectivité ou en prison, (ii) de fixer la durée de la peine et, lorsqu'il s'agit d'une peine d'emprisonnement avec sursis, (iii) de déterminer la nature des conditions dont elle sera assortie.

30 If the judge's preliminary assessment of a fit sentence excludes both a suspended sentence and a penitentiary sentence, and the statutory prerequisites in s. 742.1 are fulfilled, then he or she is required to consider s. 718.2(e) when deciding the

Si, après avoir préliminairement déterminé que ni le sursis au prononcé de la peine ni l'incarcération dans un pénitencier ne constituent la sanction appropriée, et si les exigences prévues par l'art. 742.1 sont respectées, le juge a alors l'obliga-

appropriateness of a conditional sentence. The judge's consideration of s. 718.2(e) at this stage does not displace the need to take into account all of the other principles and objectives set out in ss. 718 to 718.2. Moreover, whenever a judge narrows the choice to a sentence involving a sentence of incarceration, the judge is obliged to consider the unique systemic or background circumstances which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts. As well, the judge must consider the types of practicable procedures and sanctions which would be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage (*Gladue, supra*, at para. 93). As was indicated in *Gladue*, the application of s. 718.2(e) does not mean that a sentence will automatically be reduced, since the determination of a fit sentence requires a consideration of all the principles and objectives set out in Part XXIII.

C. The Availability of a Conditional Sentence for Offences Where the Paramount Sentencing Objectives Are Denunciation or Deterrence

In *Proulx, supra*, the Court determined that the conditional sentence of imprisonment, introduced with Bill C-41, represents a meaningful alternative to incarceration for less serious and non-dangerous offenders. As was the case with s. 718.2(e) (see *Gladue, supra*), the conditional sentence was enacted in order to further Parliament's goals of reducing the use of prison and expanding the use of restorative justice principles in sentencing. At paras. 99-100 in *Proulx*, Lamer C.J. described how the conditional sentence incorporates traditionally punitive goals of sentencing while also providing an opportunity to further the goals of restorative justice:

The conditional sentence facilitates the achievement of both of Parliament's objectives. It affords the sentencing judge the opportunity to craft a sentence with

tion de prendre en compte l'al. 718.2e) lorsqu'il décide si l'emprisonnement avec sursis est une sanction justifiée. La prise en compte de l'al. 718.2e) par le juge à cette étape n'écarte pas le besoin de considérer tous les autres principes et objectifs énoncés aux art. 718 à 718.2. De plus, chaque fois que le juge arrête son choix sur une peine comportant l'incarcération, il a l'obligation d'examiner les circonstances systémiques ou historiques particulières qui sont susceptibles d'avoir contribué à la présence du délinquant autochtone concerné devant les tribunaux. De même, le juge doit prendre en compte les diverses procédures et sanctions auxquelles il est concrètement possible d'avoir recours et qui seraient appropriées à l'égard du délinquant concerné en raison de son héritage autochtone (*Gladue*, précité, au par. 93). Comme il a été indiqué dans *Gladue*, l'application de l'al. 718.2e) n'entraîne pas automatiquement la réduction de la peine, puisque la détermination de la peine appropriée exige l'examen de tous les principes et objectifs énoncés dans la partie XXIII.

C. Applicabilité de l'emprisonnement avec sursis aux infractions à l'égard desquelles la dénonciation et la dissuasion sont les objectifs primordiaux aux fins de détermination de la peine

Dans *Proulx*, précité, notre Cour a jugé que l'emprisonnement avec sursis, sanction introduite par le projet de loi C-41, constitue une solution de rechange utile à l'emprisonnement dans le cas des délinquants non dangereux. Tout comme l'al. 718.2e) (voir *Gladue*, précité), la disposition créant l'emprisonnement avec sursis a été édictée afin de favoriser la réalisation des objectifs suivants du législateur: la réduction du recours à l'emprisonnement comme sanction et l'élargissement de l'application des principes de justice corrective en matière de détermination de la peine. Aux par. 99 et 100 de l'arrêt *Proulx*, le juge en chef Lamer a décrit la manière dont l'emprisonnement avec sursis intègre les objectifs historiquement punitifs de la détermination de la peine, tout en permettant la poursuite d'objectifs de justice corrective:

L'emprisonnement avec sursis facilite la réalisation des deux objectifs du législateur. Il donne au tribunal la possibilité de façonner une peine assortie de conditions

appropriate conditions that can lead to the rehabilitation of the offender, reparations to the community, and the promotion of a sense of responsibility in ways that jail cannot. However, it is also a punitive sanction. Indeed, it is the punitive aspect of a conditional sentence that distinguishes it from probation. As discussed above, it was not Parliament's intention that offenders who would otherwise have gone to jail for up to two years less a day now be given probation or some equivalent thereof.

Thus, a conditional sentence can achieve both punitive and restorative objectives. To the extent that both punitive and restorative objectives can be achieved in a given case, a conditional sentence is likely a better sanction than incarceration. Where the need for punishment is particularly pressing, and there is little opportunity to achieve any restorative objectives, incarceration will likely be the more attractive sanction. However, even where restorative objectives cannot be readily satisfied, a conditional sentence will be preferable to incarceration in cases where a conditional sentence can achieve the objectives of denunciation and deterrence as effectively as incarceration. This follows from the principle of restraint in s. 718.2(d) and (e), which militates in favour of alternatives to incarceration where appropriate in the circumstances.

appropriées qui pourra mener — d'une manière que ne permettrait pas l'incarcération — à la réinsertion sociale du délinquant, à la réparation des torts causés à la collectivité et à la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités. Toutefois, il s'agit également d'une sanction punitive. De fait, c'est son aspect punitif qui distingue l'emprisonnement avec sursis de la probation. Comme nous l'avons vu plus tôt, le législateur n'entendait pas qu'un délinquant qui aurait autrement été incarcéré pendant une période de moins de deux ans bénéficie désormais de la probation ou d'une mesure équivalente.

L'emprisonnement avec sursis peut donc permettre la réalisation d'objectifs punitifs et correctifs. Dans la mesure où ces deux types d'objectifs peuvent être atteints dans un cas donné, l'emprisonnement avec sursis est probablement une sanction préférable à l'incarcération. Par contre, lorsque le besoin de punition est particulièrement pressant et qu'il y a peu de chances de réaliser des objectifs correctifs, l'incarcération constitue vraisemblablement la sanction la plus intéressante. Cependant, même dans les cas où la réalisation d'objectifs correctifs ne serait pas une tâche facile, l'emprisonnement avec sursis est préférable à l'incarcération lorsqu'il permet de réaliser aussi efficacement que celle-ci les objectifs de dénonciation et de dissuasion. C'est ce qui ressort du principe de modération qui est exprimé aux al. 718.2d) et e) et qui milite en faveur de l'application de sanctions autres que l'incarcération lorsque les circonstances le justifient.

32

The Chief Justice discussed how the sentencing objectives, outlined in s. 718(a) to (f), related to this interpretation of the provision's dual purpose. While recognizing that a conditional sentence is generally better suited to achieve the restorative objectives of rehabilitation, reparations, and promotion of a sense of responsibility in the offender, Lamer C.J. indicated that the objectives of deterrence and denunciation could be well served with a conditional sentence. Indeed, he noted that certain conditions can create more onerous circumstances than those associated with incarceration (at para. 105).

Le Juge en chef a expliqué en quoi les objectifs de la détermination de la peine énoncés aux al. 718a) à f) se rattachent à cette interprétation du double objectif de cette disposition. Tout en reconnaissant que l'emprisonnement avec sursis était une sanction généralement plus propice à la réalisation des objectifs correctifs de réinsertion sociale du délinquant, de réparation des torts causés et de prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités, le juge en chef Lamer a indiqué que les objectifs de dissuasion et de dénonciation pouvaient être bien servis par une peine d'emprisonnement avec sursis. De fait, il a souligné que, dans certains cas, les conditions assortissant l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement pouvaient créer des situations plus pénibles que celles liées à l'incarcération (au par. 105).

The amount of denunciation and deterrence provided by a conditional sentence varies depending on the nature of the conditions imposed and the duration of the sentence. Since the imposition of any sentence is determined on an individual basis, each conditional sentence needs to be crafted with attention to the particular circumstances of the offence, offender, and the community in which the offence took place (see *M. (C.A.)*, *supra*, per Lamer C.J., at para. 92). Consequently, conditions will vary according to these factors with it being generally true that “the more serious the offence and the greater the need for denunciation, the longer and more onerous the conditional sentence should be” (*Proulx*, at para. 106).

Nevertheless, Lamer C.J. pointed out that “there may be certain circumstances in which the need for denunciation [or deterrence] is so pressing that incarceration will be the only suitable way in which to express society’s condemnation of the offender’s conduct” (*Proulx*, at para. 106). He further stated (at paras. 114 and 116):

This may be so notwithstanding the fact that restorative goals might be achieved by a conditional sentence. Conversely, a conditional sentence may provide sufficient denunciation and deterrence, even in cases in which restorative objectives are of diminished importance, depending on the nature of the conditions imposed, the duration of the conditional sentence, and the circumstances of the offender and the community in which the conditional sentence is to be served.

. . .

Sentencing judges will frequently be confronted with situations in which some objectives militate in favour of a conditional sentence, whereas others favour incarceration. In those cases, the trial judge will be called upon to weigh the various objectives in fashioning a fit sentence. As La Forest J. stated in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 329 “[i]n a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender”. There is no easy test or formula that the judge can apply in weighing these factors. Much will depend

Le degré de dénonciation et de dissuasion produit par une ordonnance de sursis à l’emprisonnement varie en fonction de sa durée d’application et de la nature des conditions dont elle est assortie. Étant donné que la détermination de la peine est un processus individualisé, chaque ordonnance de sursis à l’emprisonnement doit être élaborée en s’attachant aux circonstances particulières de l’infraction, ainsi qu’à la situation du délinquant et de la collectivité où l’infraction a eu lieu (voir *M. (C.A.)*, précité, le juge en chef Lamer, au par. 92). Par conséquent, les conditions varieront selon ces facteurs, bien qu’il soit généralement vrai que «plus l’infraction est grave et le besoin de dénonciation important, plus la durée de l’ordonnance de sursis devrait être longue et les conditions de celle-ci rigoureuses» (*Proulx*, au par. 106).

Néanmoins, le juge en chef Lamer a souligné qu’«il peut survenir des cas où la nécessité de dénoncer [ou de dissuader] est si pressante que l’incarcération est alors la seule peine qui convienne pour exprimer la réprobation de la société à l’égard du comportement du délinquant» (*Proulx*, au par. 106). Il a ajouté ceci (aux par. 114 et 116):

[E]t ce en dépit du fait que l’emprisonnement avec sursis pourrait également permettre la réalisation d’objectifs correctifs. À l’inverse, selon de la nature des conditions imposées dans l’ordonnance de sursis, la durée de celle-ci et la situation du délinquant et de la collectivité au sein de laquelle il purgera sa peine, il est possible que l’emprisonnement avec sursis ait un effet dénonciateur et dissuasif suffisant, même dans les cas où les objectifs correctifs présentent moins d’importance.

. . .

Il arrive fréquemment que le juge qui détermine la peine se trouve devant une situation où certains objectifs militent en faveur de l’octroi du sursis à l’emprisonnement et d’autres en faveur de l’emprisonnement. En pareils cas, le juge du procès doit soupeser ces divers objectifs pour déterminer la peine appropriée. Comme a expliqué le juge La Forest dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 329, «[d]ans un système rationnel de détermination des peines, l’importance relative de la prévention, de la dissuasion, du châtiment et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant». Le juge ne dispose pas d’un

33

34

on the good judgment and wisdom of sentencing judges, whom Parliament vested with considerable discretion in making these determinations pursuant to s. 718.3.

critère ou d'une formule d'application simple à cet égard. Il faut s'en remettre au jugement et à la sagesse du juge qui détermine la peine, que le législateur a investi d'un pouvoir discrétionnaire considérable à cet égard à l'art. 718.3.

35 Therefore, depending on the severity of the conditions imposed, a conditional sentence may be reasonable in circumstances where deterrence and denunciation are paramount considerations. Ultimately, however, the determination of the availability of a conditional sentence depends upon the sentencing judge's assessment of the specific circumstances of the case, including a consideration of the aggravating factors, the nature of the offence, the community context, and the availability of conditions which have the capacity to properly reflect society's condemnation.

Par conséquent, selon la sévérité des conditions assortissant l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement, cette sanction peut être justifiée dans les cas où la dissuasion et la dénonciation sont des considérations primordiales. En bout de ligne, toutefois, la réponse à la question de savoir s'il s'agit d'un cas donnant ouverture à l'octroi du sursis à l'emprisonnement dépend de l'appréciation par le juge qui détermine la peine des circonstances particulières de l'affaire, notamment les facteurs aggravants, la nature de l'infraction, la situation de la collectivité et la possibilité de fixer des conditions permettant de refléter adéquatement la condamnation de la société.

D. *Whether the Imposition of a Conditional Sentence Is Reasonable in the Circumstances*

D. *L'octroi du sursis à l'emprisonnement est-il justifié dans les circonstances?*

36 In *Gladue*, *supra*, the Court concluded that, as a general principle, s. 718.2(e) indicates that a custodial sentence is the penal sanction of last resort for all offenders, to be used only where no other sanction is appropriate. As to the words "with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders", the Court reasoned that sentencing judges should pay particular attention to the fact that the circumstances of aboriginal offenders are unique in comparison with those of non-aboriginal offenders. Section 718.2(e) has a remedial purpose for all offenders, focussing as it does on the concept of restorative justice, a sentencing approach which seeks to restore the harmony that existed prior to the accused's actions. Again, the appropriateness of the sentence will take into account the needs of the victims, the offender, and the community as a whole.

Dans *Gladue*, précité, notre Cour a jugé que l'al. 718.2e) établit le principe général que l'incarcération est une sanction pénale de dernier recours à l'égard de tous les délinquants et qu'il ne faut y recourir que lorsque aucune autre sanction n'est appropriée. Pour ce qui est des mots «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones», notre Cour a raisonné que le juge chargé de déterminer la peine doit porter une attention spéciale au fait que les circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones sont particulières, si on les compare à celles dans lesquelles se trouvent les délinquants non-autochtones. L'alinéa 718.2e) a un objet réparateur qui vise tous les délinquants, en ce qu'il met l'accent sur le concept de justice corrective, méthode de détermination de la peine qui cherche à rétablir l'harmonie qui existait avant les actes de l'accusé. Encore une fois, le caractère approprié de la peine sera évalué en fonction des besoins des victimes, du délinquant et de la collectivité dans son ensemble.

37 While the objective of restorative justice, by virtue of s. 718.2(e), applies to all offenders, the

Bien que l'objectif de justice corrective visé à l'al. 718.2e) s'applique à tous les délinquants, le

requirement to pay “particular attention to the circumstances of aboriginal offenders” recognizes that most traditional aboriginal conceptions of sentencing hold restorative justice to be the primary objective. In addition, s. 718.2(e) has a particular remedial purpose for aboriginal peoples, as it was intended to address the serious problem of overincarceration of aboriginal offenders in Canadian penal institutions. In singling out aboriginal offenders for distinct sentencing treatment in s. 718.2(e), it is reasonable to assume that Parliament intended to address this social problem, to the extent that a remedy was possible through sentencing procedures.

In order to provide guidance to sentencing judges as to the manner in which the remedial purpose of s. 718.2(e) could be given effect, the reasons in *Gladue* set out a framework of analysis for the sentencing judge. In considering the circumstances of aboriginal offenders, the sentencing judge must take into account, at the very least, both the unique systemic or background factors that are mitigating in nature in that they may have played a part in the aboriginal offender’s conduct, and the types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage or connection (*Gladue*, at para. 66). In particular, given that most traditional aboriginal approaches place a primary emphasis on the goal of restorative justice, the alternative of community-based sanctions must be explored.

In the search for a fit sentence, therefore, the role of the sentencing judge is to conduct the sentencing process and impose sanctions taking into account the perspective of the aboriginal offender’s community. As was noted in *Gladue*, it is

fait que l’examen prévu par cette disposition soit requis «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones» reconnaît que, dans la plupart des conceptions autochtones traditionnelles en matière de détermination de la peine, la justice corrective est considérée comme l’objectif primordial. En outre, l’al. 718.2e) poursuit un objectif réparateur particulier en ce qui concerne les peuples autochtones, en ce qu’il vise à régler le grave problème de l’incarcération excessive des délinquants autochtones dans les établissements correctionnels canadiens. Il est raisonnable de supposer qu’en prévoyant, à l’al. 718.2e), la possibilité de traiter différemment les délinquants autochtones dans le cadre de la détermination de la peine, le législateur cherchait à régler ce problème social, dans la mesure où il était possible de le faire par le processus de détermination de la peine.

Afin de fournir aux juges qui déterminent les peines des indications sur la manière de donner effet à l’objectif réparateur de l’al. 718.2e), un cadre d’analyse a été énoncé à leur intention dans les motifs exposés dans l’arrêt *Gladue*. Dans l’examen des circonstances dans lesquelles se trouve un délinquant autochtone, le juge qui détermine la peine doit, à tout le moins, tenir compte à la fois des facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être considérés comme des circonstances atténuantes parce qu’ils peuvent avoir contribué à la conduite du délinquant autochtone, et des diverses procédures de détermination de la peine et sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l’égard du délinquant en raison de son héritage ou de ses attaches autochtones (*Gladue*, au par. 66). Compte tenu, en particulier, du fait que la plupart des approches autochtones traditionnelles en matière de détermination de la peine mettent principalement l’accent sur l’objectif de justice corrective, la possibilité d’infliger des sanctions communautaires doit être envisagée.

Dans la recherche de la peine appropriée, le rôle du juge qui prononce la peine consiste donc à mener le processus de détermination de la peine et à infliger des sanctions d’une manière qui prenne en compte le point de vue de la collectivité du

often the case that imposing a custodial sentence on an aboriginal offender does not advance the remedial purpose of s. 718.2(e), neither for the offender nor for his community. This is particularly true for less serious or non-violent offences, where the goal of restorative justice will no doubt be given greater weight than principles of denunciation or deterrence.

délinquant autochtone. Comme il a été souligné dans *Gladue*, il arrive souvent que le fait d'infliger une peine d'emprisonnement à un délinquant autochtone ne favorise pas l'objectif réparateur de l'al. 718.2e), pas plus pour le délinquant que pour sa collectivité. Cette constatation se vérifie de façon particulière dans les affaires mettant en cause des infractions moins graves ou sans violence, où il est indubitable que l'objectif de justice corrective se verra accorder plus d'importance que les principes de dénonciation ou de dissuasion.

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

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

41 I should take this opportunity to stress that the guidelines as set out in *Gladue*, and reiterated in the present appeal, are not intended to provide a single test for a sentencing judge to apply in determining a reasonable sentence in the circumstances. Section 718.2(e) imposes an affirmative duty on the sentencing judge to take into account the surrounding circumstances of the offender, including the nature of the offence, the victims and the community.

Je tiens à profiter de l'occasion pour souligner que les lignes directrices énoncées dans *Gladue*, et réitérées dans le présent pourvoi, ne se veulent pas un critère unique, que doit appliquer le tribunal lorsqu'il détermine la peine justifiée dans les circonstances. L'alinéa 718.2e) impose au tribunal l'obligation positive de prendre en compte les circonstances pertinentes de la situation du délinquant, y compris la nature de l'infraction, les victimes et la collectivité.

42 Notwithstanding what may well be different approaches to sentencing as between aboriginal and non-aboriginal conceptions of sentencing, it is reasonable to assume that for some aboriginal offenders, and depending upon the nature of the offence, the goals of denunciation and deterrence are fundamentally relevant to the offender's community. As held in *Gladue*, at para. 79, to the extent that generalizations may be made, the more

Malgré l'existence, en matière de détermination de la peine, de conceptions qui peuvent fort bien différer chez les Autochtones et les non-autochtones, il est raisonnable de présumer que pour certains délinquants autochtones, et selon la nature de l'infraction, les objectifs de dénonciation et de dissuasion sont fondamentalement pertinents pour la collectivité du délinquant. Comme il a été jugé dans *Gladue*, au par. 79, pour autant qu'il soit

violent and serious the offence, the more likely as a practical matter that the appropriate sentence will not differ as between aboriginal and non-aboriginal offenders, given that in these circumstances, the goals of denunciation and deterrence are accorded increasing significance.

E. Whether the Imposition of a Conditional Sentence Is Reasonable in the Circumstances of This Case

(1) Significance of the Goal of Restorative Justice in Sentencing Aboriginal Offenders Convicted of Serious Crimes

The appellant submits that in according greater weight to the goals of denunciation and deterrence based on the nature of his offence, the sentencing judge did not take into account, as required by s. 718.2(e), the paramount significance of restorative justice within aboriginal communities. The appellant also submits that on the same basis, the Court of Appeal was in error when it held that it would be unreasonable to conclude that a fit sentence for a non-aboriginal offender would not also be a fit sentence for an aboriginal offender. It is important to note, however, that consistent with the reasoning in *Gladue*, *supra*, the Court of Appeal was referring to “serious crimes”, rather than offences in general, as follows (at p. 140):

For serious crimes, it would not be reasonable to conclude that a fit sentence for a non-aboriginal person would not also be fit for an aboriginal person, and this point was made by Esson, J.A. speaking for the majority in the British Columbia Court of Appeal decision of *R. v. Gladue* (1997), 119 C.C.C. (3d) 481 at p. 506, who stated, “To put it another way, the particular circumstances could not reasonably support a conclusion that the sentence, if a fit one for a non-aboriginal person, would not also be fit for an aboriginal person”. [Emphasis added.]

Let me emphasize that s. 718.2(e) requires a different methodology for assessing a fit sentence for an aboriginal offender; it does not mandate, neces-

possible de généraliser, plus violente et grave sera l’infraction, plus grande sera la probabilité que la peine appropriée ne différera pas en pratique entre les délinquants autochtones et les délinquants non-autochtones, étant donné que, dans de telles circonstances, les objectifs de dénonciation et de dissuasion se voient accorder une importance plus grande.

E. L’octroi du sursis à l’emprisonnement est-il une sanction justifiée dans les circonstances de la présente affaire?

(1) L’importance de l’objectif de justice corrective dans la détermination de la peine des délinquants autochtones déclarés coupables de crimes graves

L’appelant soutient que, en accordant plus de poids aux objectifs de dénonciation et de dissuasion en raison de la nature de l’infraction en cause, le juge qui a déterminé la peine n’a pas, comme l’exige l’al. 718.2e), tenu compte de l’importance primordiale de la justice corrective dans les communautés autochtones. Il prétend également, pour le même motif, que la Cour d’appel a fait erreur en jugeant qu’il serait déraisonnable de conclure qu’une peine appropriée pour un délinquant non-autochtone ne le serait pas également pour un délinquant autochtone. Il importe toutefois de souligner que, conformément au raisonnement suivi dans *Gladue*, précité, la Cour d’appel visait les «crimes graves», plutôt que les infractions en général, lorsqu’elle a dit ce qui suit (à la p. 140):

[TRADUCTION] Pour les crimes graves, il ne serait pas raisonnable de conclure qu’une peine appropriée pour un non-autochtone ne le serait pas également pour un Autochtone, et ce point a été souligné par le juge Esson, qui s’exprimait alors pour les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Gladue* (1997), 119 C.C.C. (3d) 481, à la p. 506, lorsqu’il a affirmé: «Autrement dit, les circonstances particulières ne pouvaient pas raisonnablement appuyer la conclusion que si la peine était appropriée pour un non-autochtone, elle ne le serait pas également pour un Autochtone». [Je souligne.]

Je dois souligner que, quoique l’al. 718.2e) demande l’application d’une méthodologie différente pour la détermination de la peine appropriée

sarily, a different result. Section 718.2(e) does not alter the fundamental duty of the sentencing judge to impose a sentence that is fit for the offence and the offender. Furthermore, in *Gladue*, as mentioned the Court stressed that the application of s. 718.2(e) does not mean that aboriginal offenders must always be sentenced in a manner which gives greatest weight to the principles of restorative justice and less weight to goals such as deterrence, denunciation, and separation (at para. 78). As a result, it will generally be the case, as a practical matter, that particularly violent and serious offences will result in imprisonment for aboriginal offenders as often as for non-aboriginal offenders (*Gladue*, at para. 33). Accordingly, I conclude that it was open to the trial judge to give primacy to the principles of denunciation and deterrence in this case on the basis that the crime involved was a serious one.

dans le cas des délinquants autochtones, il ne commande pas nécessairement un résultat différent. L'alinéa 718.2e) ne modifie pas l'obligation fondamentale du juge, qui est d'infliger une peine appropriée pour l'infraction et le délinquant. En outre, comme il a été mentionné plus tôt, notre Cour a souligné dans *Gladue* que l'application de l'al. 718.2e) ne signifie pas que la peine infligée à un délinquant autochtone doit toujours être déterminée d'une manière qui accorde plus de poids aux principes de justice corrective qu'aux objectifs tels que la dissuasion, la dénonciation et l'isolement (au par. 78). Par conséquent, il arrivera généralement, en pratique, que les infractions particulièrement graves et violentes entraîneront l'emprisonnement aussi souvent pour les délinquants autochtones que pour les délinquants non-autochtones (*Gladue*, au par. 33). Par conséquent, j'estime que, en l'espèce, il était loisible au juge du procès de donner préséance aux principes de dénonciation et de dissuasion en raison de la gravité du crime reproché.

45

Whether a crime is indeed serious in the given circumstances is, in my opinion, a factual matter that can only be determined on a case-by-case basis. I am not suggesting that there are categories of offences which presumptively exclude the possibility of a non-custodial sentence. Indeed, Lamer C.J. specifically rejected such an approach in relation to the conditional sentencing regime (*Proulx, supra*, at para. 79). More generally, Sopinka J., in *McDonnell, supra*, at paras. 32-33, rejected a category-based approach to sentencing for the following reasons:

In any event, in my view it can never be an error in principle in itself to fail to place a particular offence within a judicially created category of assault for the purposes of sentencing. There are two main reasons for this conclusion. First, *Shropshire* and *M. (C.A.)*, two recent and unanimous decisions of this Court, clearly indicate that deference should be shown to a lower court's sentencing decision. If an appellate court could simply create reviewable principles by creating categories of offences, deference is diminished in a manner that is inconsistent with *Shropshire* and *M. (C.A.)*. In

La question de savoir si, dans des circonstances données, le crime en cause est vraiment grave est, à mon avis, une question de fait qui ne peut être tranchée qu'au cas par cas. Je ne suggère pas par là qu'il y a des catégories d'infractions qui écartent présomptivement la possibilité d'une peine ne comportant pas d'emprisonnement. De fait, le juge en chef Lamer a expressément rejeté une telle approche dans le cas du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement (*Proulx, précité*, au par. 79). De façon plus générale, dans l'arrêt *McDonnell, précité*, aux par. 32 et 33, le juge Sopinka a rejeté le recours à une méthode de détermination de la peine fondée sur des catégories pour les motifs suivants:

De toute façon, j'estime que l'omission de situer une infraction particulière dans une catégorie d'agressions créée par les tribunaux, aux fins de la détermination de la peine, ne constitue jamais une erreur de principe en soi. Il y a deux raisons principales de tirer cette conclusion. Premièrement, deux arrêts unanimes récents de notre Cour, à savoir *Shropshire* et *M. (C.A.)*, indiquent clairement qu'il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision qu'un tribunal d'instance inférieure a rendue en matière de peine. Si une cour d'appel pouvait simplement établir des principes susceptibles de

order to circumvent deference and to enable appellate review of a particular sentence, a court may simply create a category of offence and a “starting point” for that offence, and treat as an error in principle any deviation in sentencing from the category so created. . . . If the categories are defined narrowly, and deviations from the categorization are generally reversed, the discretion that should be left in the hands of the trial and sentencing judges is shifted considerably to the appellate courts.

Second, there is no legal basis for the judicial creation of a category of offence within a statutory offence for the purposes of sentencing. As has been true since *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, it is not for judges to create criminal offences, but rather for the legislature to enact such offences.

Furthermore, Lamer C.J. reasoned that a categorical approach represents only a partial, and therefore unbalanced, application of the fundamental sentencing principle of proportionality contained in s. 718.1 (*Proulx*, *supra*, at para. 83). Moreover, s. 718.1 provides that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender” (emphasis added). Thus, in assessing the seriousness of a crime we are directed to consider the gravity of the offence and the offender’s degree of responsibility.

In this case, the trial judge did refer to “guideline cases binding on this court”, an apparent reference to case law which outlined “starting point” guidelines for establishing sentences for serious sexual assaults. The reference to a “starting point” does not, however, establish that the judge failed to consider the seriousness of the offence and the offender’s degree of responsibility on the facts of the case. Independent of this reference it is clear that the trial judge determined that this was a serious crime, taking into account the gravity of the

révision en créant des catégories d’infractions, la retenue judiciaire serait diminuée d’une manière non conforme aux arrêts *Shropshire* et *M. (C.A.)*. Pour contourner la retenue et permettre le contrôle en appel d’une peine particulière, un tribunal peut simplement créer une catégorie d’infractions et un «point de départ» pour ces infractions, et considérer comme une erreur de principe toute dérogation à la catégorie ainsi créée, commise en déterminant la peine. [...] Si les catégories sont définies de façon stricte et que les dérogations à cette catégorisation sont généralement infirmées, le pouvoir discrétionnaire qui devrait être laissé aux juges du procès et aux juges qui infligent les peines est donc largement transféré aux cours d’appel.

Deuxièmement, rien ne justifie, en droit, la création par les tribunaux, aux fins de déterminer la peine, d’une catégorie d’infractions dans le cadre d’une infraction prévue par la loi. Comme c’est le cas depuis l’arrêt *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, il appartient non pas aux juges de créer des infractions criminelles, mais plutôt au législateur d’édicter de telles infractions.

En outre, le juge en chef Lamer a raisonné qu’une approche par catégories ne constitue qu’une application partielle, et de ce fait non équilibrée, du principe de la proportionnalité, principe fondamental de la détermination de la peine prévu à l’art. 718.1 (*Proulx*, précité, au par. 83). Qui plus est, l’art. 718.1 précise que «[l]a peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant» (je souligne). Par conséquent, lorsque nous apprécions la gravité d’un crime, il nous faut prendre en compte la gravité de l’infraction et le degré de responsabilité du délinquant.

Dans la présente affaire, le juge du procès s’est effectivement référé à des [TRADUCTION] «arrêts indicatifs liant la cour», référence évidente aux décisions ayant élaboré des lignes directrices fixant des «points de départ» aux fins de détermination des peines à infliger en cas d’agressions sexuelles sérieuses. La mention d’un «point de départ» n’établit toutefois pas que le juge a omis de tenir compte de la gravité de l’infraction et du degré de responsabilité du délinquant à la lumière des faits de l’espèce. Indépendamment de cette mention, il est clair que le juge du procès a estimé qu’il s’agissait d’un crime grave, compte tenu de la gravité de l’infraction, de la présence ou non de facteurs

46

47

offence, the existence or absence of aggravating factors, and the lack of evidence of remorse:

The maximum term provided by the Criminal Code is 10 years imprisonment. The sexual assault occurred when the 18-year-old victim was either asleep or unconscious from the effects of alcohol. The medical evidence indicated vaginal abrasions but did not establish penetration or intercourse. It was, in my view, in any event, a major, or at the very best, a near major sexual assault, as those terms have been used in the guideline cases binding on this court. The paramount sentencing factors for these kinds of offences are deterrence and denunciation.

Mr. Wells here took complete advantage of an unconscious 18-year-old girl. His own admitted and voluntary intoxication is no excuse. He violated the victim's personal integrity in the basest of ways.

48

I cannot conclude that the trial judge misconstrued the seriousness of the crime. In addition, the judge's use of the words "near major" or "major" instead of "serious" does not constitute a reversible error. I find no error in principle, no overemphasis of the appropriate factors, nor a failure to consider a relevant factor, and, accordingly, defer to the trial judge's assessment of the particular circumstances of the offence and offender (*M. (C.A.)*, *supra*). Therefore, the trial judge made a reasonable determination as to the availability of a conditional sentence.

49

I would like to add at this point that the reasons in *Gladue*, *supra*, do not foreclose the possibility that, in the appropriate circumstances, a sentencing judge may accord the greatest weight to the concept of restorative justice, notwithstanding that an aboriginal offender has committed a serious crime. As was concluded in *Gladue*, at para. 81, the remedial purpose of s. 718.2(e) directs the sentencing judge not only to take into account the unique circumstances of aboriginal offenders, but also to

aggravants et de l'absence de preuve de manifestation de remords:

[TRANSLATION] La peine maximale prévue par le Code criminel est 10 ans d'emprisonnement. L'agression sexuelle a eu lieu lorsque la victime, âgée de 18 ans, était soit endormie soit inconsciente sous l'effet de l'alcool. La preuve médicale a révélé la présence d'éraflures au vagin, mais non qu'il y avait eu pénétration ou rapports sexuels. Quoi qu'il en soit, j'estime qu'il s'agit d'une agression sexuelle majeure ou, à tout le moins, presque majeure, au sens où ces termes ont été utilisés dans les arrêts indicatifs liant la cour. Les principaux facteurs de détermination de la peine applicables à l'égard de ce genre d'infractions sont la dissuasion et la dénonciation.

En l'espèce, M. Wells a abusé d'une fille de 18 ans qui avait perdu conscience. Le fait que, de son propre aveu, il était lui-même volontairement intoxiqué n'est pas une excuse. Il a violé l'intégrité personnelle de la victime de la manière la plus vile qui soit.

Je ne peux conclure que le juge du procès a mal apprécié la gravité du crime. En outre, le fait qu'il ait utilisé les termes «presque majeure» et «majeure» plutôt que le terme «grave» ne constitue pas une erreur justifiant l'annulation de sa décision. J'estime qu'il n'y a eu ni erreur de principe, ni insistance trop grande sur les facteurs appropriés, ni omission de prendre en considération un facteur pertinent, et, par conséquent, je m'en remets à l'appréciation qu'a faite le juge du procès des circonstances particulières se rapportant à l'infraction et au délinquant (*M. (C.A.)*, précité). Le juge du procès a donc rendu une décision raisonnable relativement à la question de savoir s'il s'agissait d'un cas donnant ouverture à l'emprisonnement avec sursis.

À ce stade-ci, j'aimerais ajouter que l'arrêt *Gladue*, précité, n'écarte pas la possibilité que, dans des circonstances appropriées, le juge qui détermine la peine puisse faire primer le concept de justice corrective, et ce malgré le fait que le délinquant autochtone ait commis un crime grave. Comme il a été jugé dans *Gladue*, au par. 81, conformément à l'objectif réparateur de l'al. 718.2(e), le juge chargé de déterminer la peine doit non seulement tenir compte des circonstances particulières

appreciate relevant cultural differences in terms of the objectives of the sentencing process:

The analysis for sentencing aboriginal offenders, as for all offenders, must be holistic and designed to achieve a fit sentence in the circumstances. There is no single test that a judge can apply in order to determine the sentence. The sentencing judge is required to take into account all of the surrounding circumstances regarding the offence, the offender, the victims, and the community, including the unique circumstances of the offender as an aboriginal person. Sentencing must proceed with sensitivity to and understanding of the difficulties aboriginal people have faced with both the criminal justice system and society at large. When evaluating these circumstances in light of the aims and principles of sentencing as set out in Part XXIII of the *Criminal Code* and in the jurisprudence, the judge must strive to arrive at a sentence which is just and appropriate in the circumstances. By means of s. 718.2(e), sentencing judges have been provided with a degree of flexibility and discretion to consider in appropriate circumstances alternative sentences to incarceration which are appropriate for the aboriginal offender and community and yet comply with the mandated principles and purpose of sentencing. In this way, effect may be given to the aboriginal emphasis upon healing and restoration of both the victim and the offender.

The generalization drawn in *Gladue* to the effect that the more violent and serious the offence, the more likely as a practical matter for similar terms of imprisonment to be imposed on aboriginal and non-aboriginal offenders, was not meant to be a principle of universal application. In each case, the sentencing judge must look to the circumstances of the aboriginal offender. In some cases, it may be that these circumstances include evidence of the community's decision to address criminal activity associated with social problems, such as sexual assault, in a manner that emphasizes the goal of restorative justice, notwithstanding the serious nature of the offences in question.

dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones, mais également apprécier les différences culturelles pertinentes en fonction des objectifs du processus de détermination de la peine:

Dans la détermination de la peine à infliger à un délinquant autochtone, comme pour tout autre délinquant, l'analyse doit être holistique et viser à déterminer la peine indiquée dans les circonstances. Il n'existe pas de critère unique qui guidera le juge qui prononce la peine. Le juge est tenu de prendre en considération toutes les circonstances entourant l'infraction, le délinquant, les victimes et la communauté, y compris les circonstances particulières dans lesquelles se trouve le délinquant en tant qu'autochtone. La détermination de la peine exige la sensibilisation aux difficultés auxquelles les autochtones ont fait face dans le système de justice pénale et dans la société en général. Procédant à l'examen de ces circonstances au regard des buts et des principes de détermination de la peine énoncés à la partie XXIII du *Code criminel* et reconnus par la jurisprudence, le juge doit s'efforcer d'en arriver à une peine juste et appropriée dans les circonstances. Sous le régime de l'al. 718.2e), les juges ont la latitude et le pouvoir discrétionnaire voulus pour examiner, dans les circonstances qui s'y prêtent, les peines substitutives appropriées pour le délinquant autochtone et la communauté, tout en respectant l'objectif et les principes énoncés de détermination de la peine. De cette façon, il est possible de conserver l'accent que mettent les peuples autochtones sur la guérison et le rétablissement tant de la victime que du délinquant.

La généralisation faite dans *Gladue*, selon laquelle plus grave et violente sera l'infraction, plus grande sera la probabilité, d'un point de vue pratique, que des peines d'emprisonnement semblables soient infligées aux délinquants autochtones et non-autochtones, ne se voulait pas un principe d'application universelle. Dans chaque affaire, le juge qui détermine la peine doit examiner les circonstances dans lesquelles se trouve le délinquant autochtone. Dans certains cas, il est possible que, parmi ces circonstances, figure la preuve de la décision de la collectivité de s'attaquer aux activités criminelles liées à des problèmes sociaux, l'agression sexuelle par exemple, en insistant sur les objectifs de justice corrective, malgré la gravité des infractions en cause.

51 As Lamer C.J. noted in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 92, sentencing requires an individualized focus, not only of the offender, but also of the victim and community as well:

It has been repeatedly stressed that there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime. . . . Sentencing is an inherently individualized process, and the search for a single appropriate sentence for a similar offender and a similar crime will frequently be a fruitless exercise of academic abstraction. As well, sentences for a particular offence should be expected to vary to some degree across various communities and regions in this country, as the “just and appropriate” mix of accepted sentencing goals will depend on the needs and current conditions of and in the particular community where the crime occurred. [Emphasis added.]

52 In this respect, I note that the appellant introduced evidence of the availability of an aboriginal-specific alcohol and drug abuse treatment program. There was, however, an indication that this program would be inappropriate for the appellant as a sexual offender. In addition, there was no evidence of the existence of, or the appellant’s participation in, an anti-sexual-assault program.

(2) Extent of the Sentencing Judge’s Obligation to Inquire into the Circumstances of an Aboriginal Offender

53 As noted in *Gladue*, *supra*, at para. 83, it will be necessary in every case for the sentencing judge to take judicial notice of systemic or background factors that have contributed to the difficulties faced by aboriginal people in both the criminal justice system, and throughout society at large. In addition, the judge is obliged to inquire into the unique circumstances of aboriginal offenders.

Comme l’a souligné le juge en chef Lamer dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 92, la détermination de la peine commande une appréciation individualisée non seulement de la situation du délinquant, mais également de celle de la victime et de la collectivité:

On a à maintes reprises souligné qu’il n’existe pas de peine uniforme pour un crime donné. [. . .] La détermination de la peine est un processus intrinsèquement individualisé, et la recherche d’une peine appropriée applicable à tous les délinquants similaires, pour des crimes similaires, sera souvent un exercice stérile et théorique. De même, il faut s’attendre que les peines infligées pour une infraction donnée varient jusqu’à un certain point dans les différentes communautés et régions du pays, car la combinaison «juste et appropriée» des divers objectifs reconnus de la détermination de la peine dépendra des besoins de la communauté où le crime est survenu et des conditions qui y règnent. [Je souligne.]

À cet égard, je souligne que l’appelant a présenté la preuve de la disponibilité de programmes de traitement pour abus d’alcool ou de drogue destinés spécifiquement aux Autochtones. Il y avait toutefois une indication que le programme pertinent n’était pas approprié pour l’appelant, puisque ce dernier était un délinquant sexuel. En outre, il n’y avait aucune preuve de l’existence d’un programme de traitement des délinquants sexuels ou de la participation de l’appelant à un tel programme.

(2) L’étendue de l’obligation du juge qui détermine la peine de s’enquérir des circonstances dans lesquelles se trouve un délinquant autochtone

Comme il a été souligné dans *Gladue*, précité, au par. 83, il est nécessaire, dans tous les cas, que le juge qui détermine la peine prenne connaissance d’office des facteurs systémiques ou historiques qui ont contribué aux difficultés auxquelles font face les Autochtones, tant au sein du système de justice pénale que dans la société en général. En outre, le juge est obligé de s’enquérir des circonstances particulières dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones.

At times, it may be necessary to introduce evidence of this nature. It is to be expected in our adversarial system of criminal law that counsel for both the prosecution and the accused will adduce this evidence, but even where counsel do not provide the necessary information, s. 718.2(e) places an affirmative obligation upon the sentencing judge to inquire into the relevant circumstances. In most cases, the requirement of special attention to the circumstances of aboriginal offenders can be satisfied by the information contained in presentence reports. Where this information is insufficient, s. 718.2(e) authorizes the sentencing judge on his or her own initiative to request that witnesses be called to testify as to reasonable alternatives to a custodial sentence.

Having said that, it was never the Court's intention, in setting out the appropriate methodology for this assessment, to transform the role of the sentencing judge into that of a board of inquiry. It must be remembered that in the reasons in *Gladue*, this affirmative obligation to make inquiries beyond the information contained in the presentence report was limited to "appropriate circumstances", and where such inquiries were "practicable" (para. 84). The application of s. 718.2(e) requires a practical inquiry, not an impractical one. As with any other factual finding made by a court of first instance, the sentencing judge's assessment of whether further inquiries are either appropriate or practicable is accorded deference at the appellate level.

VI. Conclusion and Disposition

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Il peut arriver, à l'occasion, qu'il soit nécessaire de présenter des éléments de preuve de cette nature. Dans notre système accusatoire de droit pénal, il est normal de s'attendre à ce que la poursuite et la défense présentent ces éléments de preuve, mais même lorsque les avocats ne fournissent pas les renseignements nécessaires, l'al. 718.2e) impose au juge qui détermine la peine l'obligation positive de s'enquérir des circonstances pertinentes. Dans la plupart des cas, l'obligation de porter une attention spéciale aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones peut être satisfaite au moyen des renseignements figurant dans les rapports présentenciels. Lorsque ces renseignements sont insuffisants, l'al. 718.2e) autorise le juge qui détermine la peine à demander, de son propre chef, que des témoins viennent déposer à l'égard de solutions de rechange à l'emprisonnement qui pourraient être justifiées.

Cela dit, lorsque notre Cour a établi la méthodologie appropriée pour cette appréciation, elle n'a jamais eu l'intention de transformer le rôle du juge qui détermine la peine pour lui confier celui d'une commission d'enquête. Il faut se rappeler que, dans *Gladue*, cette obligation positive de ne pas s'en tenir aux renseignements figurant dans le rapport présentenciel se limitait aux cas où «les circonstances s'y prêtent» et où de telles enquêtes sont «concrètement possible[s]» (par. 84). L'application de l'al. 718.2e) demande une enquête qui est concrètement possible, non pas une enquête qui soit irréalisable dans les faits. Comme pour toute autre conclusion de fait tirée par un tribunal de première instance, les juridictions d'appel font montre de retenue à l'égard de la décision du juge qui détermine la peine relativement à la question de savoir si des enquêtes supplémentaires sont opportunes ou faisables.

VI. La conclusion et le dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

54

55

56

Solicitor for the appellant: Marian E. Bryant, Calgary.

Procureur de l'appellant: Marian E. Bryant, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener: Kent Roach and Kimberly R. Murray, Toronto.

Procureurs de l'intervenant: Kent Roach et Kimberly R. Murray, Toronto.