COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

9-11-CA

F.Y.

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

F.Y. v. R., 2011 NBCA 86

CORAM:
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
December 30, 2010

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 26, 2011

Judgment rendered:
September 29, 2011

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

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

F.Y.

APPELANTE

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

F.Y. c. R., 2011 NBCA 86

CORAM :
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 30 décembre 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 26 mai 2011

Jugement rendu :
Le 29 septembre 2011

Motifs de jugement :
L'honorable juge Bell

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
F.Y. appeared in person

For the respondent:
Cameron H. Gunn

THE COURT

The application for leave to appeal sentence is allowed.

The appeal is allowed, and the sentence is varied to one of six months imprisonment, less time served multiplied by 1.5.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante:
F.Y. a comparu en personne

Pour l'intimée :
Cameron H. Gunn

LA COUR

Accueille la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine.

L'appel est accueilli et la peine est modifiée, celle-ci étant ramenée à six mois d'emprisonnement moins une réduction correspondant à une fois et demie la période passée sous garde.

The judgment of the Court was delivered by

BELL J.A.

I. Introduction

[1] On December 30, 2010 the appellant pled guilty before a judge of the Provincial Court to the offence of break and enter into a dwelling house and committing mischief therein, an offence set out in s. 348(1)(b) of the *Criminal Code*. The Provincial Court judge imposed a sentence of 1 year of imprisonment followed by a term of probation. The appellant appeals from sentence only.

[2] The standard of review to be applied in sentencing appeals is set out in such cases as *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, [1995] S.C.J. No. 52 (QL); *R. v. C.A.M.*, [1996] 1 S.C.R. 500, [1996] S.C.J. No. 28 (QL); *R. v. R.K.J.* (1998), 207 N.B.R. (2d) 24, [1998] N.B.J. No. 483 (C.A.) (QL); *R. v. LeBlanc*, 2003 NBCA 75, 264 N.B.R. (2d) 341; *R. v. R.P.* 2001 NBCA 115, 245 N.B.R. (2d) 179; *R. v. Williams*, 2009 NBCA 79, 351 N.B.R. (2d) 263; *R. v. Black*, 2010 NBCA 36, 360 N.B.R. (2d) 132; *R. v. Nash*, 2009 NBCA 7, 340 N.B.R. (2d) 320; *R. v. Howe*, 2007 NBCA 84, [2007] N.B.J. No. 515 (QL); the most recent being *R. v. Steeves*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88, where Chief Justice Drapeau succinctly summed up the jurisprudence when he said:

> In sum, a court of appeal is not at liberty to substitute its view of the fitness for that of the sentencing judge unless the sentence imposed is the product of either an error of law or an error in principle, or unless it is clearly unreasonable. [para. 25]

[3] On the date the appeal was heard, we granted leave, allowed the appeal and substituted a term of imprisonment of 6 months less time served in pre-hearing custody multiplied by 1.5, in lieu of the 12 months imposed by the sentencing judge. We indicated reasons would follow. These are our reasons.

II. Provincial Court judge's errors of law and principle

A. *Failure to provide an opportunity to be heard/bias*

[4] Before setting out the facts relevant to sentencing, I will first refer to those portions of the transcript that demonstrate error of law and error of principle by the Provincial Court judge which, in my view, permit this court to substitute its view of the appropriate sentence. Part way through the Crown's representations on sentencing, the following exchange occurred between the Crown prosecutor and the judge:

> **MS. DRAIN:** […] I think she might have some hope or suggestion that the Court may consider the imposition of a sentence under section 742, a conditional sentence. We would be –
>
> **THE COURT:** Forget it.
>
> **MS. DRAIN:** Okay; we would be opposed to it, plus it shows a break on her record that she doesn't –
>
> **THE COURT:** You know what I think of those anyway, Ms. Drain, so –
>
> **MS. DRAIN:** Yes, I do, Your Honour; so in the circumstances we're asking the Court to consider a period of incarceration I would suggest in the range of 18 to 24 months with regard to this matter.

[5] With respect to that exchange, I would make the following observations. First, the Crown provided notice to the Provincial Court judge that the appellant believed the facts of the case merited a conditional sentence and wished to make representations in that regard. Second, the Provincial Court judge made up his mind that such a sentence would not be imposed before having heard submissions from the appellant or her counsel.

[6] The rejection of the anticipated submission on sentencing before it is made demonstrates two errors of principle: violation of the right to be heard and violation of

the right to an unbiased decision-maker. The failure of the Provincial Court judge to hear the appellant before pronouncing upon a request for a conditional sentence is self-evident. Unfortunately, the subsequent exchange between the judge and the appellant, which is partly set out in paragraph 12 below, not only failed to remedy the first violation but constitutes proof of the second.

[7] With respect to bias, I would note that it can come in many forms. It need not be demonstrated against an individual because of his or her personal attributes, circumstance in life or previous interactions between the judge and the accused. A judge can demonstrate actual bias or create a reasonable apprehension of bias because of his or her personal beliefs on the issue to be determined. In *Newfoundland Telephone Company v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, [1992] S.C.J. No. 21 (QL), the appellant contended one of the board members was biased with respect to a rate hearing application. The board member made statements, while the hearing was in progress, about the very subject matter he was being called upon to address. For example, he said there was "no justification whatsoever to expect the consumers of telephone services […] to be paying the full cost of salary levels" and "[…] there is a significant level of overcompensation […]". Cory J., delivering the judgment of the Court, stated:

> These statements, taken together, give a clear indication that not only was there a reasonable apprehension of bias but that Mr. Wells had demonstrated that he had a closed mind on the subject. [para. 38]

[8] I am of the view the Provincial Court judge demonstrated a closed mind on the subject of a conditional sentence before having heard from the appellant. He thereby demonstrated actual bias against the interests of the appellant.

[9] In the event the Provincial Court judge's conduct did not demonstrate actual bias, I am of the view it, at a minimum, demonstrated a reasonable apprehension of bias. In *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537, [1997] S.C.J. No. 33 (QL), the trial

judge in a manslaughter case, which flowed from the death of 26 miners in Nova Scotia, made a phone call to the Acting Director of Public Prosecutions to express his displeasure with the conduct of the Crown prosecutor. During that conversation, the trial judge requested the removal of the prosecutor. In the event the Acting Director failed to act on the recommendation for removal, the trial judge threatened to take steps "to secure that end". The Crown brought a motion for recusal, which was denied. Thereafter, the trial judge imposed a stay of proceedings. The Nova Scotia Court of Appeal ordered a new trial. The Supreme Court dismissed the appeal. In delivering the majority judgment, La Forest and Cory JJ. stated:

> The right to a trial before an impartial judge is of fundamental importance to our system of justice. Should it be concluded by an appellate court that the words or actions of a trial judge have exhibited bias or demonstrated a reasonable apprehension of bias then a basic right has been breached and the exhibited bias renders the trial unfair. Generally, the decision reached and the orders made in the course of a trial that is found by a court of appeal to be unfair as a result of bias are void and unenforceable.
>
> […]
>
> […] when a court of appeal determines that the trial judge was biased or demonstrated a reasonable apprehension of bias, that finding retroactively renders all the decisions and orders made during the trial void and without effect.
>
> [paras. 7-8]

[10] The test to be applied in determining whether a decision-maker's conduct or words demonstrate a reasonable apprehension of bias is whether an informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, would conclude that consciously or unconsciously, the decision-maker would be motivated by a bias: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, [1976] S.C.J. No. 118 (QL) at 394. In deciding a motion for his recusal in *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [1999] 3 S.C.R. 851, [1999] S.C.J. No. 75 (QL), Bastarache J. opined that in an application for recusal based upon bias or reasonable apprehension of bias, the applicant must demonstrate wrongful or

inappropriate declarations showing a state of mind that "sways judgment" (para. 5). I am satisfied that the Provincial Court judge's opinions regarding conditional sentences as expressed by him to the Crown prosecutor, his rejection of a conditional sentence before having heard from the appellant and his manner of questioning the appellant all demonstrate a reasonable apprehension of bias, if not actual bias, regarding the very issue raised by the appellant – whether a conditional sentence would be appropriate in the circumstances.

[11] I would add there is a certain irony to the Provincial Court judge's observations regarding conditional sentences. On January 8, 2011, a mere 9 days after declaring his contempt for that particular sentencing tool, the same Provincial Court judge, in the case of *R. v. Troy Francis Polchies* (unreported, January 7, 2011) granted the accused a conditional sentence. In that case, the accused had a lengthy criminal record which included seven previous conditional sentences and breaches of two of them.

B. *Errors of law – irrelevant considerations*

[12] In the course of his exchange with the appellant, the Provincial Court judge erred in law when he took into consideration a factor which was irrelevant to the determination of whether a conditional sentence might be an appropriate sentencing tool. Consider the following exchange between the judge and the appellant:

> **THE COURT:** You live in a rented home?
>
> **MS. [Y]:** Yes.
>
> **THE COURT:** On the other side of the Princess Margaret Bridge?
>
> **MS. [Y]:** Yes.
>
> **THE COURT:** That's what you testified to at the show cause hearing?
>
> **MS. [Y]:** Yes. Yes.

> **THE COURT:** You live with a common-law spouse who –
>
> **MS. [Y]:** Yes.
>
> **THE COURT:** - I believe you said was a taxi driver?
>
> **MS. [Y]:** Yes.
>
> **THE COURT:** Well, how am I going to order house arrest? Is he going to become your jailer? Who are you going to get out to look after your grandchildren if I order house arrest?
>
> **MS. [Y]:** They can come to me as long as I can take care of them for my daughter.
>
> **THE COURT:** So they will be the jailers, will they, the sixteen month old child?

[13] While information such as one's marital status and residency is sometimes provided to probation officers who prepare pre-sentence reports, it is rare that such information is extracted through cross-examination by a trial judge, as occurred in this case. Without knowing the extent to which the Provincial Court judge used that information to craft a sentence for the appellant, I am not prepared to conclude he erred in law by seeking it out. However, his quest for a jailor is egregious. The Provincial Court judge erred when he concluded that the identification of a jailer is a condition precedent to the imposition of a conditional sentence. This observation is elementary law within the knowledge of any student of criminal law. In this regard, I find the comments of Drapeau C.J.N.B. in *R. v. Gallant*, 2010 NBCA 37, 359 N.B.R. (2d) 196, to be instructive:

> [I]n deciding matters brought before them, judges must base their rulings on applicable legislation and principles of law. Any decision that is capricious and/or arbitrary is precluded. [para. 1]

III. Facts

[14] Having concluded the Provincial Court judge erred in principle and in law in reaching his sentencing decision, it is open to this Court, pursuant to s. 687 of the *Code*, to consider the fitness of the sentence and impose the sentence it considers fit in the circumstances. I will now summarize the uncontested facts as outlined by the appellant to the sentencing judge.

[15] On December 23, 2010, while shopping for groceries for the upcoming Christmas holiday season, the appellant met a male acquaintance who informed her that her 15 year old daughter was staying at a residence owned by N.C., in downtown Fredericton. N.C. was not unfamiliar to the appellant. The appellant testified at the show cause hearing that she had known N.C. for some time. The appellant knew that N.C. operated an escort service from the downtown location, operating under the name Heaven Sent Escort Service. The appellant informed the Provincial Court judge that N.C. lives in Moncton and is normally in Fredericton when the "girls" are working. The appellant had previously told N.C., a lady in her mid-thirties, to stay away from her daughter. Needless to say, the appellant was not pleased to learn that her daughter was residing at the escort service location. The appellant immediately stopped shopping and went directly to the escort service business.

[16] When F.Y. arrived at the residence, she knocked loudly on the door. No one answered. As she was leaving, she saw the silhouette of a female person, whom she believed to be her daughter, through a window of the residence. She then went to the door, broke in and started looking for her daughter. The residence was equipped with video cameras in the bedrooms and the hallways. The appellant believed the cameras were operational. She disabled two of them and damaged an inside door, hence the mischief charge, as she continued to search for her daughter. In the meantime, K.S., a friend of the appellant's daughter who was also at the residence, called the police.

[17] The police found the appellant hiding in one of the bedrooms, arrested her and charged her with the offence to which she pled guilty. The appellant's daughter was

also found in the house. The appellant admits she did not call the authorities, police or otherwise, to advise of her concern for her daughter's safety. She admits to having taken the law into her own hands. N.C. was afforded the opportunity to provide a victim impact statement to the Court but declined to do so. The damage to the property was minimal. The Crown did not contest any part of the appellant's version of events, including the allegation that the downtown location where her minor daughter was found operates as an escort service.

IV. The appropriate sentence

[18] In crafting an appropriate sentence, this Court must take into consideration the factors found in Part XXIII of the *Code*. Section 718 sets out the purposes of sentencing:

Purpose	Objectif
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:	**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*) to denounce unlawful conduct;	*a*) dénoncer le comportement illégal;
(*b*) to deter the offender and other persons from committing offences;	*b*) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
(*c*) to separate offenders from society, where necessary;	*c*) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
(*d*) to assist in rehabilitating offenders;	*d*) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
(*e*) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and	*e*) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
(*f*) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of	*f*) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants,

the harm done to victims and to the community.	notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

[19] If any break and enter can be considered on the "low end" of the scale, this is it. I would note the appellant initially knocked on the door in order to provide announcement of her arrival and to request entry. Furthermore, there was nothing clandestine about her eventual entry. She did not enter the home with any intent to steal, cause damage or assault anyone. Her intentions appeared to be noble. She was in the course of protecting her minor daughter from danger. The appellant was unchallenged in her assertion that the residence was home to an escort service owned and operated by N.C. Although there was no evidence the appellant's daughter was engaged in any such activities, I would note s. 150.1 of the *Code* provides that, subject to very limited exceptions, one cannot consent to sexual activity if under the age of 16 years and ss. 172 and 172.1 create the offences of corrupting and luring children who are under 18 years of age. I would also note that ss. 210 and 212 deal with living off the avails of prostitution and enticing others to engage in prostitution.

[20] The offence to which the appellant pled guilty is not one contemplated by s. 718.01 or 718.02, which requires the court give primary consideration to denunciation and deterrence. Furthermore, this is not an offence to which any of the enumerated aggravating circumstances set out in s. 718.2(a)(i) to (v) apply. Finally, I would eliminate from consideration the application of s. 718.2(b) and (c) for the following reasons. With respect to s. 718.2(b), the Crown offered no submissions to this Court or to the Court below with respect to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances. I would expect there is good reason for the Crown's inability to refer to any offences committed in similar circumstances. There are no doubt very few cases in which an accused announces his or her arrival before committing a break and enter, commits such minor damage in the course of the offence and conducts the offence with the intention of saving a child from danger. With respect to s. 718.2(c), this case does not raise the issue of consecutive sentences.

[21] Having eliminated the above referenced provisions from consideration, this Court is left with the following general propositions:

- The penalty must be proportionate to the gravity of the offence and the appellant's degree of responsibility (s. 718.1);
- The penalty should be increased or reduced to account for relevant aggravating or mitigating circumstances (s.718.2(a));
- The appellant should not be deprived of her liberty if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances (s. 718.2(d)); and
- All available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for the appellant (s. 718.2(e)).

[22] An invitation to consider the gravity of the offence is a call to consider the offence committed by the appellant from both a general and a specific perspective. From a general perspective, the offence of break and enter into a dwelling is a serious one. It is one of the most serious property crimes identified by Parliament. This is reflected in the maximum potential punishment of life imprisonment. However, it does remain a property crime and is much less serious than murder, manslaughter, treason, robbery with violence and certain other offences. I have already expressed my view that in these specific circumstances, this break and enter is no doubt one of the least serious the courts will be called upon to adjudicate.

[23] I now turn to aggravating and mitigating factors. The fact the appellant pled guilty at the first opportunity is clearly a mitigating factor. Her guilty plea and the remorse expressed in conjunction with that plea were clearly genuine. Furthermore, I consider the fact she was in the course of protecting her daughter to be a mitigating factor. There are, unfortunately, two aggravating factors that must be taken into

consideration. The first is the appellant's criminal record. For a time she suffered from an addiction which led her into a life of serious crime. Her criminal record includes fraud, forging documents, robbery with violence, kidnapping and breach of court orders, including a conditional sentence order in 2006. Fortunately for her, other than the matter presently on appeal, she has not been in conflict with the law since 2007. The second aggravating factor is the fact that the appellant did not call the police to advise that she believed her minor daughter was in danger.

[24] In the circumstances of this case, I am satisfied the objectives of specific and general deterrence as well as denunciation would have been met by the imposition of a conditional sentence, but for the appellant's prior criminal record. In the circumstances, I would vary the sentence by imposing a term of incarceration of 6 months less credit for time served multiplied by 1.5. I would not alter the probation order other than the obvious changes to its start date and end date.

[25] It is for these reasons I agreed to allow the application for leave to appeal sentence, allow the appeal and vary the sentence as set out above.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE BELL

I. Introduction

[1] Le 30 décembre 2010, l'appelante a plaidé coupable, devant un juge de la Cour provinciale, relativement à une accusation d'introduction par effraction dans une maison d'habitation et de perpétration d'un méfait à l'intérieur de cette maison, infraction prévue à l'alinéa 348(1)*b*) du *Code criminel*. Le juge de la Cour provinciale l'a condamnée à une peine d'emprisonnement d'un an suivie d'une période de probation. L'appelante interjette appel de la peine seule.

[2] La norme de contrôle qui s'applique à l'appel d'une peine est énoncée dans des arrêts comme *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, [1995] A.C.S. n° 52 (QL); *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, [1996] A.C.S. n° 28 (QL); *R. c. R.K.J.* (1998), 207 R.N.-B. (2e) 24, [1998] A.N.-B. n° 483 (C.A.) (QL); *R. c. LeBlanc*, 2003 NBCA 75, 264 R.N.-B. (2e) 341; *R. c. R.P.*, 2001 NBCA 115, 245 R.N.-B. (2e) 179; *R. c. Williams*, 2009 NBCA 79, 351 R.N.-B. (2e) 263; *Black c. R.*, 2010 NBCA 36, 360 R.N.-B. (2e) 132; *Nash c. R.*, 2009 NBCA 7, 340 R.N.-B. (2e) 320; et *R. c. Howe*, 2007 NBCA 84, [2007] A.N.-B. n° 515 (QL); le plus récent étant l'arrêt *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2e) 88, où le juge en chef Drapeau a succinctement résumé la jurisprudence lorsqu'il a dit ceci :

> En somme, une Cour d'appel n'est pas libre de substituer ses vues sur la justesse de la peine aux vues du juge qui était chargé de la déterminer, à moins que la peine ne résulte d'une erreur de droit ou d'une erreur de principe, ou qu'elle ne soit nettement déraisonnable […]. [Par. 25]

[3] Le jour où l'appel a été entendu, nous avons accordé l'autorisation d'interjeter appel, accueilli l'appel et substitué une peine d'emprisonnement de six mois, moins une réduction correspondant à une fois et demie la période passée sous garde avant

l'audience, à la peine de douze mois infligée par le juge qui a déterminé la peine. Nous avions précisé que des motifs seraient déposés ultérieurement. Voici nos motifs.

II. Les erreurs de droit et de principe commises par le juge de la Cour provinciale

A. *L'omission de donner à l'appelante la possibilité de se faire entendre/la partialité*

[4] Avant d'exposer les faits qui sont pertinents pour ce qui concerne la détermination de la peine, je ferai état des parties de la transcription qui montrent que le juge de la Cour provinciale a commis une erreur de droit et une erreur de principe, ce qui, à mon sens, autorise notre Cour à substituer ses vues sur la justesse de la peine à celles du juge. Pendant les observations du ministère public sur la peine, l'échange suivant a eu lieu entre la substitut du procureur général et le juge :

> [TRADUCTION]
> **Me DRAIN :** […] Je pense qu'elle pourrait espérer ou proposer que la Cour envisage d'infliger une peine sous le régime de l'art. 742, savoir le sursis. Nous serions –
>
> **LA COUR :** Ne comptez pas là-dessus.
>
> **Me DRAIN :** Bien; nous y serions opposés et de plus, il y a une interruption dans son casier judiciaire qu'elle ne–
>
> **LA COUR :** Vous savez ce que j'en pense de toute façon, Me Drain, donc –
>
> **Me DRAIN:** Oui, je le sais, Votre Honneur; donc dans les circonstances, nous demandons à la Cour d'envisager une période d'incarcération et je proposerais qu'elle se situe dans une échelle de dix-huit à vingt-quatre mois dans le cas qui nous occupe.

[5] Pour ce qui concerne cet échange, je ferais les observations suivantes. Premièrement, le ministère public a informé le juge de la Cour provinciale que

l'appelante croyait que les faits de l'instance justifiaient une condamnation avec sursis et voulait faire des observations à cet égard. Deuxièmement, le juge de la Cour provinciale a décidé que cette peine ne serait pas accordée avant d'avoir entendu les observations de l'appelante ou de son avocat.

[6] Le rejet des observations sur la détermination de la peine qui étaient prévues avant même qu'elles ne soient faites établit l'existence de deux erreurs de principe : la violation du droit d'être entendu et la violation du droit à un décideur impartial. L'omission du juge de la Cour provinciale d'entendre l'appelante avant de se prononcer sur sa demande en vue d'obtenir le sursis est évidente. Malheureusement, non seulement l'échange subséquent qui a eu lieu entre le juge et l'appelante, et qui est en partie reproduit au paragraphe 12 ci-dessous, n'a pas remédié à la situation, mais il constitue une preuve de la deuxième violation.

[7] En ce qui concerne la partialité, je soulignerais qu'elle peut se présenter sous de nombreuses formes. Il n'est pas nécessaire d'établir qu'elle découle des caractéristiques ou de la situation personnelles d'une personne ou d'interactions antérieures entre le juge et l'accusé. Le juge peut faire preuve d'une partialité réelle ou susciter une crainte raisonnable de partialité en raison de ses opinions personnelles sur la question qu'il doit juger. Dans l'affaire *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, [1992] A.C.S. n° 21 (QL), l'appelante prétendait qu'un des membres d'une commission était partial relativement à une demande d'audience de majoration tarifaire. Le membre de la commission en question avait fait des déclarations, pendant que l'audience avait lieu, sur le sujet même dont il était saisi. Ainsi, il avait dit qu'« absolument rien ne justifie que l'on s'attende des abonnés aux services téléphoniques […] qu'ils assument le plein coût des salaires » et que « […] les traitements […] sont excessifs […] ». Le juge Cory, qui rendait le jugement de la Cour, a dit ceci :

> Prises ensemble, ces déclarations indiquent clairement que non seulement il y avait une crainte raisonnable de

> partialité, mais que M. Wells a fait preuve d'un esprit fermé. [Par. 38]

[8] J'estime que le juge de la Cour provinciale a montré qu'il avait l'esprit fermé sur la question du sursis avant d'avoir entendu ce que l'appelante avait à dire. Il a ainsi fait preuve d'un réel parti pris défavorable aux intérêts de l'appelante.

[9] Pour le cas où la conduite du juge de la Cour provinciale n'établirait pas qu'il a fait preuve d'une partialité réelle, je suis d'avis qu'elle établit à tout le moins l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Dans l'affaire *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, [1997] A.C.S. n° 33 (QL), le juge du procès dans une affaire d'homicide involontaire coupable, qui découlait du décès de vingt-six mineurs en Nouvelle-Écosse, avait fait un appel téléphonique au directeur intérimaire du Service des poursuites publiques afin de lui exprimer son mécontentement quant à la conduite du substitut du procureur général. Pendant cette conversation, le juge du procès avait demandé que le substitut du procureur soit retiré du dossier. Pour le cas où le directeur intérimaire ne donnerait pas suite à sa recommandation, le juge du procès avait menacé de prendre des mesures « pour arriver à cette fin ». Le ministère public a déposé une requête en récusation, requête qui a été rejetée. Par la suite, le juge du procès a prononcé l'arrêt des procédures. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour suprême a rejeté l'appel. Les juges La Forest et Cory, qui rendaient le jugement de la majorité, ont dit ce qui suit :

> Le droit à un procès devant un juge impartial est d'une importance fondamentale pour notre système de justice. Si une cour d'appel conclut que les paroles ou les actes du juge qui a présidé le procès révèlent l'existence de partialité ou d'une crainte raisonnable de partialité, il y a alors eu violation d'un droit fondamental et la partialité dont il a été fait montre rend le procès inéquitable. Généralement, la décision rendue et les ordonnances prononcées au cours d'un procès déclaré inéquitable par une cour d'appel pour cause de partialité sont nulles et inexécutoires.
>
> […]

> [L]orsqu'une cour d'appel détermine que le juge du procès a fait montre de partialité ou a fait naître une crainte raisonnable de partialité, cette conclusion invalide rétroactivement toutes les décisions et ordonnances rendues pendant le procès.
>
> [Par. 7 et 8]

[10] Le critère à appliquer aux fins de déterminer si la conduite ou les paroles d'un décideur révèlent l'existence d'une crainte raisonnable de partialité consiste à savoir si une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, en arriverait à la conclusion que consciemment ou non, le décideur était motivé par la partialité : *Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, [1976] A.C.S. n° 118 (QL), à la page 394. Aux fins de trancher une requête visant à obtenir sa récusation, le juge Bastarache, dans l'arrêt *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [1999] 3 R.C.S. 851, [1999] A.C.S. n° 75 (QL), s'est dit d'avis que dans le cadre d'une requête en récusation pour partialité ou pour crainte raisonnable de partialité, le requérant doit prouver que des déclarations fautives ou inappropriées permettent d'établir l'existence d'un état d'esprit qui « influe sur le jugement » (par. 5). Je suis convaincu que les opinions sur le sursis que le juge de la Cour provinciale a exprimées à la substitut du procureur général, le fait qu'il a rejeté la possibilité d'un sursis avant même d'avoir entendu l'appelante et la manière dont il a interrogé cette dernière révèlent tous l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, sinon d'une partialité réelle, à l'égard de la question même qui était soulevée par l'appelante – savoir si le sursis serait indiqué dans les circonstances.

[11] J'ajouterais que les observations du juge de la Cour provinciale concernant le sursis en général ont quelque chose d'ironique. En effet, le 8 janvier 2011, soit seulement neuf jours avoir exprimé son mépris envers cette sanction précise, le même juge de la Cour provinciale, dans l'affaire *R. c. Troy Francis Polchies* (décision inédite datée du 7 janvier 2011), a accordé le sursis à l'accusé. Dans cette affaire, l'accusé avait de longs antécédents judiciaires dont sept condamnations avec sursis et des manquements aux conditions de deux de ces sursis.

B. *Les erreurs de droit – les considérations non pertinentes*

[12] Pendant l'échange qu'il a eu avec l'appelante, le juge de la Cour provinciale a commis une erreur de droit lorsqu'il a tenu compte d'un facteur qui n'était pas pertinent aux fins de déterminer si le sursis pouvait être une sanction indiquée. Considérons l'échange suivant entre le juge et l'appelante :

> [TRADUCTION]
>
> **LA COUR :** Vous vivez dans une maison louée?
>
> **Mme [Y] :** Oui.
>
> **LA COUR :** De l'autre côté du pont Princess Margaret?
>
> **Mme [Y] :** Oui.
>
> **LA COUR :** C'est ce que vous avez dit pendant votre témoignage à l'audience de justification?
>
> **Mme [Y] :** Oui. Oui.
>
> **LA COUR :** Vous vivez avec un conjoint de fait qui –
>
> **Mme [Y] :** Oui.
>
> **LA COUR :** – Qui, avez-vous dit, est chauffeur de taxi?
>
> **Mme [Y] :** Oui.
>
> **LA COUR :** Alors, comment pourrais-je ordonner la détention à domicile? Sera-t-il votre gardien? Qui allez-vous prendre pour s'occuper de vos petits-enfants si j'ordonne la détention à domicile?
>
> **Mme [Y] :** Ils peuvent venir chez moi, du moment que je peux m'en occuper pour aider ma fille.
>
> **LA COUR :** Ce seront donc eux, les gardiens, n'est-ce pas, l'enfant de seize mois?

[13] Bien qu'il arrive que des renseignements comme l'état matrimonial et le domicile soient fournis aux agents de probation qui préparent des rapports présentenciels, il est rare que ce soit le juge du procès qui soutire ce genre de renseignements au moyen d'un contre-interrogatoire, comme cela a été le cas en l'espèce. Ne sachant pas dans quelle mesure le juge de la Cour provinciale s'est servi de ces renseignements pour déterminer la peine à infliger à l'appelante, je ne suis pas disposé à conclure qu'il a commis une erreur de droit en les obtenant. Toutefois, sa recherche d'un geôlier est inacceptable. Le juge de la Cour provinciale a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la désignation d'un gardien est une condition préalable au prononcé d'une peine avec sursis. Cette observation est une règle de droit élémentaire que connaît quiconque étudie le droit criminel. À cet égard, je trouve instructifs les commentaires suivants du juge en chef Drapeau dans l'arrêt *R. c. Gallant*, 2010 NBCA 37, 359 R.N.-B. (2e) 196 :

> [L]es juges doivent trancher les débats dont ils ou elles sont saisis sur le fondement des dispositions législatives et des principes de droit applicables. Toute décision capricieuse et/ou arbitraire est proscrite. [Par. 1]

III. Les faits

[14] Puisque nous avons conclu que le juge de la Cour provinciale a commis une erreur de principe et une erreur de droit en arrivant à sa décision sur la peine, notre Cour peut, conformément à l'art. 687 du *Code*, considérer la justesse de la peine et infliger celle qu'elle estime appropriée dans les circonstances. Je résumerai maintenant les faits incontestés que l'appelante a exposés au juge chargé de déterminer la peine.

[15] Le 23 décembre 2010, pendant qu'elle achetait des provisions en vue du temps des Fêtes qui approchait, l'appelante a rencontré un homme qu'elle connaissait qui l'a informée que sa fille (celle de l'appelante), âgée de quinze ans, vivait dans une maison appartenant à N.C., au centre-ville de Fredericton. N.C. n'était pas inconnue de l'appelante. Celle-ci a témoigné à l'audience de justification qu'elle connaissait N.C. depuis un certain temps. L'appelante savait que N.C. exploitait, à partir de cet endroit situé au centre-ville, une agence d'hôtesses appelée Heaven Sent Escort Service.

L’appelante a informé le juge de la Cour provinciale que N.C. habite Moncton et se trouve habituellement à Fredericton lorsque les [TRADUCTION] « filles » travaillent. Elle avait auparavant dit à N.C., une dame d’environ trente-cinq ans, de ne pas s’approcher de sa fille. Il va sans dire que l’appelante n’a pas été contente d’apprendre que sa fille habitait dans les locaux de l’agence d’hôtesses. Elle a immédiatement interrompu ses courses et s’est rendue directement à l’agence d’hôtesses.

[16] Lorsque F.V. est arrivée sur les lieux, elle a frappé rudement à la porte. Personne n’est venu ouvrir. Comme elle partait, elle a aperçu la silhouette d’une personne de sexe féminin, qu’elle a cru être sa fille, à travers une fenêtre de la maison. Elle est alors allée à la porte, l’a forcée, s’est introduite à l’intérieur de la maison et s’est mise à la recherche de sa fille. La maison était munie de caméras vidéo, lesquelles étaient situées dans les chambres et dans les corridors. L’appelante a cru que les caméras fonctionnaient. Elle en a mis deux hors de service et a endommagé une porte intérieure, d’où l’accusation de méfait, pendant qu’elle continuait à chercher sa fille. Pendant ce temps, K.S., une amie de la fille de l’appelante qui se trouvait aussi dans la maison, a appelé la police.

[17] Les policiers ont trouvé l’appelante qui se cachait dans une des chambres, l’ont arrêtée et l’ont accusée de l’infraction dont elle s’est reconnue coupable. Ils ont également trouvé la fille de l’appelante dans la maison. L’appelante reconnaît ne pas avoir appelé les autorités, notamment la police, pour leur faire part de ses inquiétudes concernant la sécurité de sa fille. Elle reconnaît avoir fait justice elle-même. On a donné à N.C. la possibilité de remettre une déclaration de la victime à la Cour, mais elle a refusé de le faire. Les dommages aux biens étaient minimes. Le ministère public n’a contesté aucun aspect de la version des événements fournie par l’appelante, notamment l’allégation voulant qu’une agence d’hôtesses soit exploitée dans la maison située au centre-ville où sa fille mineure a été retrouvée.

IV. La peine appropriée

[18] Pour déterminer la peine appropriée, notre Cour doit prendre en considération les facteurs énoncés dans la Partie XXIII du *Code*. L'article 718 fait état des objectifs du prononcé des peines :

Purpose	Objectif
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:	**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*) to denounce unlawful conduct;	*a*) dénoncer le comportement illégal;
(*b*) to deter the offender and other persons from committing offences;	*b*) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
(*c*) to separate offenders from society, where necessary;	*c*) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
(*d*) to assist in rehabilitating offenders;	*d*) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
(*e*) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and	*e*) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
(*f*) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.	*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.

[19] Si une introduction par effraction peut être considérée comme se situant à l'« extrémité inférieure » de l'échelle, c'est bien celle-ci. Je soulignerais que l'appelante a tout d'abord frappé à la porte afin d'annoncer son arrivée et de demander qu'on la laisse entrer. De plus, lorsqu'elle a fini par entrer, son entrée n'a rien eu de clandestin. Elle ne s'est pas introduite dans la maison avec l'intention d'y commettre un vol, d'y causer des

dommages ou de s'y livrer à des voies de fait sur qui que ce soit. Il semble que ses intentions étaient nobles. Elle était en train de protéger sa fille mineure d'un danger. La prétention de l'appelante voulant que la maison en question fût le siège d'une agence d'hôtesses qui appartenait à N.C. et était exploitée par elle n'a pas été contestée. Bien qu'aucun élément de preuve n'ait établi que la fille de l'appelante se livrait à des activités de ce genre, je souligne que l'art. 150.1 du *Code* dispose que sauf de très rares exceptions, une personne ne peut consentir à des actes sexuels si elle est âgée de moins de seize ans et que les art. 172 et 172.1 créent l'infraction de corruption et de leurre d'enfants âgés de moins de dix-huit ans. Je soulignerais également que les art. 210 et 212 traitent des infractions de proxénétisme et d'incitation à la prostitution.

[20] L'infraction relativement à laquelle l'appelante a plaidé coupable n'est pas une infraction envisagée aux art. 718.01 ou 718.02, lesquels enjoignent à la Cour d'accorder une attention particulière à la dénonciation et à la dissuasion. En outre, il ne s'agit pas d'une infraction à laquelle l'une quelconque des circonstances aggravantes énoncées aux ss-al. 718.2*a*)(i) à (v) s'applique. Finalement, je soustrairais à l'analyse l'application des al. 718.2*b*) et *c*) et ce, pour les raisons suivantes. En ce qui concerne l'al. 718.2*b*), le ministère public n'a pas présenté, que ce soit à notre Cour ou au tribunal d'instance inférieure, d'observations concernant les peines infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables. Il y a vraisemblablement de bonnes raisons qui expliquent l'incapacité du ministère public à faire état d'infractions commises dans des circonstances semblables. En effet, il n'y a certainement que fort peu d'instances dans lesquelles un accusé annonce son arrivée avant de s'introduire par effraction dans un lieu, cause des dommages aussi minimes pendant la perpétration de l'infraction et perpètre l'infraction dans l'intention de sauver une enfant du danger. En ce qui concerne l'al. 718.2*c*), la question des peines consécutives ne se pose pas en l'espèce.

[21] Puisque nous avons écarté les dispositions susmentionnées de l'analyse, notre Cour n'a plus qu'à tenir compte des propositions générales suivantes :

- la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité de l'appelante (art. 718.1);
- la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes (al. 718.2*a*));
- on ne doit pas envisager de priver l'appelante de sa liberté avant d'examiner la possibilité que des sanctions moins contraignantes soient justifiées dans les circonstances (al. 718.2*d*));
- toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances doivent être examinées dans le cas de l'appelante (al. 718.2*e*)).

[22] Une invitation à tenir compte de la gravité de l'infraction est une invitation à examiner l'infraction commise par l'appelante d'un point de vue général et d'un point de vue spécifique. D'un point de vue général, l'infraction d'introduction par effraction dans une maison d'habitation est une infraction grave. C'est un des crimes contre les biens les plus graves reconnus par le législateur. Cela se reflète dans la peine maximale à laquelle il peut donner lieu, savoir l'emprisonnement à perpétuité. Il n'en demeure pas moins, toutefois, un crime contre les biens qui est beaucoup moins grave que le meurtre, l'homicide involontaire coupable, la trahison, le vol qualifié avec violence et certaines autres infractions. J'ai déjà dit que j'estimais que dans les circonstances précises qui nous occupent, l'introduction par effraction dont il est ici question est certainement une des moins graves dont les tribunaux peuvent être saisis.

[23] J'examinerai maintenant les circonstances aggravantes et atténuantes. Le fait que l'appelante a plaidé coupable à la première occasion est manifestement une circonstance atténuante. Son plaidoyer de culpabilité et les remords qu'elle a exprimés au moment où elle a inscrit ce plaidoyer étaient, à l'évidence, sincères. De plus, je considère comme une circonstance atténuante le fait qu'elle était en train de protéger sa fille. Il y a, malheureusement, deux circonstances aggravantes qui doivent être prises en considération. La première est le casier judiciaire de l'appelante. Pendant une certaine

période, elle a été atteinte de toxicomanie, ce qui l'a menée à une vie marquée par une grave criminalité. Son casier judiciaire comprend des infractions de fraude, de fabrication de faux, de vol qualifié avec violence, d'enlèvement et de manquement aux ordonnances de la Cour, dont une ordonnance de sursis en 2006. Heureusement pour elle, si ce n'est l'affaire qui fait l'objet du présent appel, elle n'a pas eu de démêlés avec la justice depuis 2007. La deuxième circonstance aggravante est le fait que l'appelante n'a pas appelé la police pour l'informer qu'elle croyait que sa fille mineure était en danger.

[24] Dans les circonstances qui nous occupent, je suis convaincu que n'eût été les antécédents judiciaires de l'appelante, on aurait satisfait aux objectifs que sont la dissuasion particulière et générale ainsi que la dénonciation en prononçant une condamnation avec sursis. Dans les circonstances, je suis d'avis de modifier la peine en lui substituant une peine d'emprisonnement de six mois moins une réduction correspondant à une fois et demie la période passée sous garde. Je suis d'avis de ne pas modifier l'ordonnance de probation si ce n'est qu'il faut de toute évidence modifier les dates d'entrée en vigueur et d'expiration.

[25] Ce sont là les motifs pour lesquels j'ai consenti à faire droit à la demande d'autorisation d'appeler de la peine, à accueillir l'appel et à apporter les modifications susmentionnées à la peine.