

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**G.W.** *Respondent***INDEXED AS: R. v. W. (G.)**

File No.: 26705.

Hearing and judgment: June 16, 1999.

Reasons delivered: October 15, 1999.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND

*Criminal law — Appeals — Court of Appeal — Jurisdiction — Sentencing — Whether Court of Appeal has inherent jurisdiction to vary sentence where no appeal from sentence has been sought — Whether Court of Appeal can ease its concern over what it feels is an improper sentence by inviting counsel to seek leave to appeal.*

The accused was convicted by a jury of one count of assault, two counts of assault and sexual assault against his common law spouse and one count of obstruction of justice. He was sentenced to four years in prison. He appealed his conviction but not his sentence. The Court of Appeal dismissed the appeal against conviction. However, based on its unease over the prison term it elected to exercise what it deemed to be an inherent jurisdiction to review sentence on its own motion, even in the absence of an appeal against sentence. Counsels were ordered to return to present argument on the sentence. The Crown appeals the Court of Appeal's order on sentence.

*Held:* The appeal is allowed.

*Per* Lamer C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: Appellate courts do not have inherent jurisdiction to consider a sentence imposed upon an accused after conviction, in the absence of an appeal against sentence. No such power exists in a court that is governed solely by a statutory framework.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**G.W.** *Intimé***RÉPERTORIÉ: R. c. W. (G.)**

N° du greffe: 26705.

Audition et jugement: 16 juin 1999.

Motifs déposés: 15 octobre 1999.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

*Droit criminel — Appels — Cour d'appel — Compétence — Détermination de la peine — Une cour d'appel possède-t-elle une compétence inhérente lui permettant de modifier la peine infligée en l'absence d'un appel interjeté contre la sentence? — Une cour d'appel peut-elle apaiser ses inquiétudes à l'égard d'une peine qu'elle juge inadéquate en invitant l'avocat à demander l'autorisation d'en appeler?*

Le jury a déclaré l'accusé coupable relativement à un chef de voies de fait, à deux chefs de voies de fait et à un chef d'agression sexuelle contre sa conjointe de fait et à un chef d'entrave à la justice. Il a été condamné à quatre ans d'emprisonnement. Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, mais non de la peine qui lui a été infligée. La Cour d'appel a rejeté l'appel formé contre la déclaration de culpabilité. Toutefois, en raison du malaise qu'elle a ressenti devant la période d'emprisonnement, la Cour d'appel a décidé d'exercer ce qu'elle a tenu pour une compétence inhérente afin de réviser la sentence de son propre chef, même en l'absence d'un appel interjeté contre celle-ci. Elle a ordonné aux avocats de revenir devant elle pour présenter des observations sur la sentence. Le ministère public se pourvoit contre l'ordonnance rendue par la Cour d'appel au sujet de la sentence.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Les cours d'appel ne possèdent aucune compétence inhérente leur permettant d'examiner la peine infligée à l'accusé reconnu coupable, en l'absence d'appel formé contre la sentence. Une cour régie uniquement par des dispositions législa-

A review of the line of authority considered by the Court of Appeal to support its claim to inherent appellate jurisdiction to deal with sentencing reveals, first, that some of the cases do not necessarily support such an assertion, and second, that those that do support it all purport to follow a single British case that does not in fact support the existence of that jurisdiction.

While appellate courts have no explicit statutory right to invite appeal on sentence, they do possess the right to ask the parties questions during oral argument. But an appellate court's jurisdiction in this area is seriously limited and should be exercised in only the rarest of circumstances. As long as the question is not raised in a manner which suggests bias or partiality on the part of the appeal court, such a question is proper. The Court of Appeal's reasons for judgment, which speak of an "unease" and "discomfort" with the sentence imposed, indicate that the necessary threshold for raising the issue of a sentence appeal with counsel was not met. Courts should refrain from raising the issue unless, after reviewing the conviction appeal, there is some preliminary indication that the sentence is "clearly unreasonable" or "demonstrably unfit" in the sense of being outside the acceptable range. The Court of Appeal conducted what amounted to a *de facto* sentence review which was inappropriate. Its reasoning gives rise to a reasonable apprehension of bias in favour of the accused.

*Per* L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: The Court of Appeal has no jurisdiction to review a sentence *proprio motu*. In the absence of jurisdiction to entertain a sentence appeal, the Court of Appeal was clearly wrong to comment on the adequacy of the sentence. The comments attract a reasonable apprehension of bias, all the more so since such comments may be perceived as reflecting myths and stereotypes about complainants in sexual assault cases.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Disapproved:** *R. v. MacKay* (1934), 62 C.C.C. 188; *R. v. Musgrave* (1926), 46 C.C.C. 45; **distinguished:** *R. v. Towers* (1929), 21 Cr. App. R. 74; *R. v. Henry* (1927), 20 Cr. App. R. 117; *R. v. Moscovitch* (1924), 18 Cr.

tives ne possède aucun pouvoir de la sorte. Un examen des décisions sur lesquelles la Cour d'appel s'est appuyée pour faire valoir la compétence inhérente lui permettant de connaître de la sentence révèle, premièrement, que certaines de ces décisions n'appuient pas nécessairement une telle affirmation et, deuxièmement, que toutes celles qui l'appuient sont censées suivre une seule décision britannique qui n'étaye pas, en réalité, l'existence de cette compétence.

Bien que la loi ne confère pas explicitement aux cours d'appel le droit d'inviter les parties à interjeter appel de la sentence, il reste que les cours d'appel ont bel et bien le droit de poser des questions aux parties pendant l'argumentation orale. Cependant, la compétence d'une cour d'appel dans ce domaine est sérieusement limitée et ne doit être exercée que très exceptionnellement. Tant que la question n'est pas soulevée d'une manière qui donne à penser que la cour d'appel n'est pas impartiale, une telle question est fondée. Il ressort des motifs de la Cour d'appel, dans lesquels elle parle du «malaise» et de la «gêne» ressentis devant la peine infligée, qu'il n'a pas été satisfait au critère préliminaire applicable pour porter la question de l'appel de la sentence à l'attention des avocats. Les tribunaux doivent s'abstenir de soulever cette question à moins que, après avoir examiné l'appel de la déclaration de culpabilité, des indications préliminaires donnent à penser que la peine infligée est «nettement déraisonnable» ou «manifestement pas indiquée», c'est-à-dire en dehors des limites acceptables. L'examen auquel s'est livrée la Cour d'appel correspond à une révision *de facto* de la sentence, ce qui était inapproprié. Son raisonnement suscite une crainte raisonnable de partialité en faveur de l'accusé.

*Les juges* L'Heureux-Dubé et Gonthier: Une cour d'appel n'a pas compétence pour réviser une peine infligée *proprio motu*. N'étant pas compétente pour entendre un appel de la sentence, la Cour d'appel a clairement commis une erreur en commentant la justesse de la peine infligée. Ces commentaires suscitent une crainte raisonnable de partialité, et ce d'autant plus qu'ils peuvent être perçus comme reflétant des mythes et des stéréotypes au sujet des plaignants dans les affaires d'agression sexuelle.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts critiqués:** *R. c. MacKay* (1934), 62 C.C.C. 188; *R. c. Musgrave* (1926), 46 C.C.C. 45; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Towers* (1929), 21 Cr. App. R. 74; *R. c. Henry* (1927), 20 Cr. App. R. 117; *R. c.*

App. R. 37; *R. v. Hervey* (1939), 27 Cr. App. R. 146; **referred to:** *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Ferencsik*, [1970] 4 C.C.C. 166; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227.

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 675(1), 678, 687.

#### Authors Cited

- Andrias, Richard T. "Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape" (1992), 7:2 *Criminal Justice* 2.
- Archard, David. *Sexual Consent*. Oxford: Westview Press, 1998.
- Burt, Martha R. "Rape Myths and Acquaintance Rape". In Andrea Parrot and Laurie Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime*. New York: John Wiley, 1991, 26.
- Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System. *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action*. Ottawa, 1992.
- Mack, Kathy. "You should scrutinise her evidence with great care": Corroboration of women's testimony about sexual assault". In Patricia Easteal, ed., *Balancing the Scales: Rape, Law Reform and Australian Culture*. Sydney: Federation Press, 1998, 59.
- Mohr, Renate M. "Sexual Assault Sentencing: Leaving Justice to Individual Conscience". In Julian V. Roberts and Renate M. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change*. Toronto: University of Toronto Press, 1994, 157.
- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Sheehy, Elizabeth A. "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the Charter Insulate Bias?" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 132,

*Moscovitch* (1924), 18 Cr. App. R. 37; *R. c. Hervey* (1939), 27 Cr. App. R. 146; **arrêts mentionnés:** *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Ferencsik*, [1970] 4 C.C.C. 166; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 675(1), 678, 687.

#### Doctrine citée

- Andrias, Richard T. «Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape» (1992), 7:2 *Criminal Justice* 2.
- Archard, David. *Sexual Consent*. Oxford: Westview Press, 1998.
- Burt, Martha R. «Rape Myths and Acquaintance Rape». In Andrea Parrot and Laurie Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime*. New York: John Wiley, 1991, 26.
- Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur l'égalité des sexes dans le système de justice au Canada. *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre*. Ottawa, 1992.
- Mack, Kathy. «"You should scrutinise her evidence with great care": Corroboration of women's testimony about sexual assault». In Patricia Easteal, ed., *Balancing the Scales: Rape, Law Reform and Australian Culture*. Sydney: Federation Press, 1998, 59.
- Mohr, Renate M. «Sexual Assault Sentencing: Leaving Justice to Individual Conscience». In Julian V. Roberts and Renate M. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change*. Toronto: University of Toronto Press, 1994, 157.
- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Sheehy, Elizabeth A. «Canadian Judges and the Law of Rape: Should the Charter Insulate Bias?» (1989), 21 *R.D. Ottawa* 741.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 132, 503

503 A.P.R. 132, 18 C.R. (5th) 379, [1998] N.J. No. 130 (QL), regarding a jurisdiction issue. Appeal allowed.

*Wayne Gorman*, for the appellant.

*R. Michael Newton*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE –

### I. Introduction

<sup>1</sup> The central issue in this appeal is whether appellate courts have any inherent jurisdiction to consider the sentence imposed upon an accused after conviction, in the absence of an appeal against sentence. The respondent was convicted by a jury of two counts of assault and sexual assault against his common law spouse, occurring over an extended period of time, one count of assault which occurred on January 3, 1993 and one count of obstruction of justice. The trial judge sentenced the respondent to four years' imprisonment. The respondent appealed his conviction but not his sentence. The Crown indicated an intent to appeal the sentence but elected not to pursue the matter after the hearing on the conviction appeal. The Court of Appeal dismissed the appeal against conviction but ordered that counsel return to present argument on the sentence. The court held that it had an inherent jurisdiction to consider the sentence on its own motion (*proprio motu*), even in the absence of an appeal against sentence. The Crown appealed the decision of the Court of Appeal to this Court and, in the interim, the Court of Appeal's order was stayed. On June 25, 1999, the Court of Appeal (in a separate proceeding) granted the respondent an extension of time in which to file a notice of application for leave to appeal from sentence.

A.P.R. 132, 18 C.R. (5th) 379, [1998] N.J. No. 130 (QL), concernant une question relative à sa compétence. Pourvoi accueilli.

*Wayne Gorman*, pour l'appelante.

*R. Michael Newton*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE EN CHEF –

### I. Introduction

La principale question à résoudre dans le présent pourvoi est de savoir si les cours d'appel possèdent une compétence inhérente leur permettant d'examiner la peine infligée à l'accusé reconnu coupable, en l'absence d'appel formé contre la sentence. Un jury a déclaré l'intimé coupable relativement à deux chefs de voies de fait et d'agression sexuelle contre sa conjointe de fait (infractions dont la commission s'est prolongée dans le temps), à un chef de voies de fait (commises le 3 janvier 1993) et à un chef d'entrave à la justice. Le juge du procès a condamné l'intimé à quatre ans d'emprisonnement. L'intimé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, mais non de la peine qui lui a été infligée. Le ministère public a annoncé son intention d'en appeler de la sentence, mais il a décidé de ne pas donner suite à l'affaire après l'audition de l'appel de la déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité mais a ordonné aux avocats de revenir devant elle présenter des observations sur la sentence. La cour a décidé qu'elle possédait une compétence inhérente qui lui permettait d'examiner la sentence *proprio motu*, même en l'absence d'un appel formé contre celle-ci. Le ministère public a interjeté appel de la décision de la Cour d'appel devant notre Cour et, dans l'intervalle, l'ordonnance de la Cour d'appel a été suspendue. Le 25 juin 1999, la Cour d'appel (dans une instance distincte) a accordé à l'intimé une prorogation du délai fixé pour déposer l'avis de demande d'autorisation d'appel de la sentence.

This Court allowed the Crown's appeal from the Bench. The Court of Appeal's order that the parties return to present argument on sentence was quashed. We indicated that reasons for judgment would follow. These are those reasons which elaborate briefly on our decision.

## II. Background

The indictment of the respondent contained four counts. Counts 2 and 3 were of a general nature alleging both physical and sexual abuse on the complainant over an extended period of almost six years. Count 1 referred to a specific assault on January 3, 1993 in which the complainant's arm was fractured. Count 4 referred to a charge of obstruction of justice arising from the respondent's death threats against the complainant in the event that she should proceed with her allegations of abuse. The respondent was convicted by a jury of all counts. He was sentenced to a total period of incarceration of four years after consecutive sentences were imposed for each conviction.

The accused appealed his conviction but did not seek leave to appeal his sentence. The Court of Appeal dismissed the conviction appeal: (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 132. However, it indicated in its reasons for judgment by Marshall J.A., at p. 147, that it felt "sufficient unease over the prison term" to invoke its alleged "inherent appellate power" to review the sentence on its own motion. It ordered that counsel return to present argument on the sentence within a week.

## III. Relevant Statutory Provisions

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

**675.** (1) A person who is convicted by a trial court in proceedings by indictment may appeal to the court of appeal

(a) against his conviction

Notre Cour a accueilli le pourvoi du ministère public à l'audience. L'ordonnance de la Cour d'appel portant que les parties doivent revenir devant elle pour présenter des observations sur la sentence a été annulée. Les motifs qui suivent expliquent brièvement notre décision.

## II. Le contexte

L'acte d'accusation comporte quatre chefs. Les deuxième et troisième chefs, de nature générale, allèguent que la plaignante a fait l'objet d'une violence à la fois physique et sexuelle pendant une période de presque six ans. Le premier chef renvoie à des voies de fait précises, commises le 3 janvier 1993, au cours desquelles la plaignante a subi une fracture du bras. Le quatrième chef concerne l'entrave à la justice résultant des menaces de mort proférées contre la plaignante pour l'empêcher de donner suite à ses allégations de violence. Un jury a déclaré l'intimé coupable relativement à tous ces chefs. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée totale de quatre années après que des peines consécutives furent infligées pour chaque déclaration de culpabilité.

L'accusé a interjeté appel de la déclaration de culpabilité mais n'a pas demandé l'autorisation d'en appeler de la sentence. La Cour d'appel a rejeté son appel de la déclaration de culpabilité: (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 132. Toutefois, dans ses motifs rédigés par le juge Marshall, la cour dit, à la p. 147, ressentir [TRADUCTION] «un malaise suffisant devant la période d'emprisonnement» pour invoquer sa prétendue [TRADUCTION] «compétence inhérente» et réviser la sentence de son propre chef. Elle a ordonné aux avocats de revenir devant elle dans une semaine pour présenter des observations sur la sentence.

## III. Les dispositions législatives pertinentes

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

**675.** (1) Une personne déclarée coupable par un tribunal de première instance dans des procédures sur acte d'accusation peut interjeter appel, devant la cour d'appel:

a) de sa déclaration de culpabilité:

2

3

4

5

(i) on any ground of appeal that involves a question of law alone,

(ii) on any ground of appeal that involves a question of fact or a question of mixed law and fact, with leave of the court of appeal or a judge thereof or on the certificate of the trial judge that the case is a proper case for appeal, or

(iii) on any ground of appeal not mentioned in subparagraph (i) or (ii) that appears to the court of appeal to be a sufficient ground of appeal, with leave of the court of appeal; or

(b) against the sentence passed by the trial court, with leave of the court of appeal or a judge thereof unless that sentence is one fixed by law.

. . .

**678.** (1) An appellant who proposes to appeal to the court of appeal or to obtain the leave of that court to appeal shall give notice of appeal or notice of his application for leave to appeal in such manner and within such period as may be directed by rules of court.

(2) The court of appeal or a judge thereof may at any time extend the time within which notice of appeal or notice of an application for leave to appeal may be given.

. . .

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

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

(b) dismiss the appeal.

(2) A judgment of a court of appeal that varies the sentence of an accused who was convicted has the same force and effect as if it were a sentence passed by the trial court.

#### IV. Decision of the Court of Appeal

The Court of Appeal dismissed the appeal against conviction. However, based on its “unease” with the length of the prison term imposed, the

(i) soit pour tout motif d’appel comportant une simple question de droit,

(ii) soit pour tout motif d’appel comportant une question de fait, ou une question de droit et de fait, avec l’autorisation de la cour d’appel ou de l’un de ses juges ou sur certificat du juge de première instance attestant que la cause est susceptible d’appel,

(iii) soit pour tout motif d’appel non mentionné au sous-alinéa (i) ou (ii) et jugé suffisant par la cour d’appel, avec l’autorisation de celle-ci;

b) de la sentence rendue par le tribunal de première instance, avec l’autorisation de la cour d’appel ou de l’un de ses juges, à moins que cette sentence ne soit de celles que fixe la loi.

. . .

**678.** (1) Un appellant qui se propose d’introduire un recours devant la cour d’appel ou d’obtenir de ce tribunal l’autorisation d’interjeter appel, donne avis d’appel ou avis de sa demande d’autorisation d’appel, de la manière et dans le délai que les règles de cour peuvent prescrire.

(2) La cour d’appel ou l’un de ses juges peut proroger le délai de l’avis d’appel ou de l’avis d’une demande d’autorisation d’appel.

. . .

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

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

b) soit rejeter l’appel.

(2) Un jugement d’une cour d’appel modifiant la sentence d’un accusé qui a été déclaré coupable a la même vigueur et le même effet que s’il était une sentence prononcée par le tribunal de première instance.

#### IV. La décision de la Cour d’appel

La cour d’appel a rejeté l’appel de la déclaration de culpabilité. Toutefois, compte tenu du «malaise» ressenti devant la durée de la peine

court elected to exercise what it deemed to be an inherent jurisdiction to review the sentence even in the absence of an appeal against sentence. Its conclusion that it possessed such jurisdiction stemmed entirely from its reading of the text *Sentencing* (4th ed. 1994) by C. Ruby wherein the author provided (at p. 455) five case precedents as authority for such an inherent appellate jurisdiction. The court expressed its concern over the evidence presented in this case, particularly the evidence of the complainant. The complainant's motivation for laying the charges was questioned as the court speculated she may have been prompted by the accused's new relationship with another woman. The "indirect effect" of a motive inspired by vengeance had to be considered. Furthermore, the court felt that its perusal of the record showed several indicia of exaggeration by the complainant with respect to the extent and nature of the abuse and injuries suffered. Finally, the court concluded that its "extreme discomfort" over the length of the sentence could be further traced to the lack of need for specific deterrence. The Court of Appeal observed that the accused and complainant were no longer involved in an intimate relationship. Accordingly, the court assumed that the need for specific deterrence was negligible to non-existent. The parties were ordered to return in one week to present argument on sentence.

#### V. Analysis

At first blush this appeal could be disposed of quickly by dealing with the central issue of whether there is any inherent appellate power to deal with sentencing matters in the absence of an appeal against sentence. The answer is clearly "no". No such power exists in a court that is governed solely by a statutory framework. However, a second glance reveals that this case involves a more complicated subsidiary issue. If an appellate court cannot deal with the matter of sentence in the absence of an appeal on that issue, can it assuage

d'emprisonnement infligée, la cour a choisi d'exercer ce qu'elle considérait être une compétence inhérente pour réviser la sentence même en l'absence d'appel interjeté contre celle-ci. Elle a conclu qu'elle avait compétence en se fondant entièrement sur son interprétation de l'ouvrage intitulé *Sentencing* (4<sup>e</sup> éd. 1994), dans lequel C. Ruby s'appuie, à la p. 455, sur cinq précédents jurisprudentiels pour affirmer l'existence de cette compétence inhérente des cours d'appel. La cour a exprimé son inquiétude au sujet des éléments de preuve présentés en l'espèce, en particulier ceux qui ont été soumis par la plaignante. La cour s'est interrogée sur les motifs pour lesquels la plaignante avait déposé les accusations, avançant que c'était peut-être la nouvelle relation de l'accusé avec une autre femme qui l'avait poussée à agir. [TRADUCTION] L'«effet indirect» de motifs inspirés par la vengeance devait être pris en considération. En outre, de l'avis de la cour, une lecture attentive du dossier révélait plusieurs indices d'exagération de la part de la plaignante quant à l'étendue et à la nature de la violence et des préjudices subis. Enfin, la cour a conclu que son [TRADUCTION] «profond malaise» devant la durée de la peine d'emprisonnement pouvait être également lié au fait qu'il n'y avait pas lieu de rechercher un effet dissuasif spécifique. La Cour d'appel a fait remarquer que l'accusé et la plaignante n'étaient plus unis par des liens intimes. En conséquence, la cour a supposé que le besoin d'effet dissuasif spécifique était négligeable, voire inexistant. La cour a ordonné aux parties de revenir devant elle dans une semaine pour présenter des observations sur la sentence.

#### V. L'analyse

Au premier abord, notre Cour pourrait trancher rapidement le présent pourvoi en statuant sur la question principale de savoir si les cours d'appel possèdent une compétence inhérente pour connaître des questions relatives à la détermination de la peine en l'absence d'appel formé contre la sentence. De toute évidence, la réponse est «non». Une cour régie uniquement par des dispositions législatives ne possède aucun pouvoir de la sorte. Toutefois, au deuxième coup d'œil, la présente affaire comporte une question incidente plus com-

its concern over what it feels is an improper sentence by inviting counsel to seek leave to appeal? The respondent argues that appellate courts have the power to invite argument on specific matters. I will elaborate on these two issues in turn. Finally, in light of the respondent's successful application for an extension of time to seek leave to appeal sentence, I will discuss my concerns with the appellate judgment in this case which cause me to suggest that any further hearings be conducted before a differently constituted panel. In my view, the reasoning of the Court of Appeal gives rise to a reasonable apprehension of bias in favour of the respondent.

#### A. Appellate Court Powers

8 It is clear that there is no inherent appellate court jurisdiction. This statement has been explicitly made in numerous cases and should be well understood. Most recently in *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535, I reiterated the established principle that courts of appeal are purely statutory bodies. La Forest J. earlier emphasized this concept in *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at pp. 69-70:

Appeals are solely creatures of statute; see *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1773. There is no inherent jurisdiction in any appeal court. Nowadays, however, this basic proposition tends at times to be forgotten. Appeals to appellate courts and to the Supreme Court of Canada have become so established and routine that there is a widespread expectation that there must be some way to appeal the decision of a court of first instance. But it remains true that there is no right of appeal on any matter unless provided for by the relevant legislature.

The jurisprudence of this Court has definitively established therefore, that appellate courts cannot claim any inherent jurisdiction.

pliquée. Si la cour d'appel ne peut aborder la question de la peine en l'absence d'appel interjeté à cet égard, peut-elle apaiser ses inquiétudes devant une peine qu'elle juge inadéquate en invitant l'avocat à demander l'autorisation d'en appeler? L'intimé prétend que les cours d'appel ont le pouvoir d'inviter les parties à présenter des observations sur des questions déterminées. Je commenterai ces deux questions tour à tour. Enfin, compte tenu du fait que la demande de l'intimé visant à obtenir une prorogation du délai pour demander l'autorisation d'en appeler de la sentence a été accueillie, je ferai part de mes préoccupations au sujet de l'arrêt que la Cour d'appel a rendu dans la présente affaire, lesquelles m'amènent à dire qu'il y a lieu de tenir toute audience ultérieure devant une formation différente. À mon avis, le raisonnement de la Cour d'appel suscite une crainte raisonnable de partialité en faveur de l'intimé.

#### A. Les pouvoirs des cours d'appel

Il est clair que les cours d'appel ne possèdent aucune compétence inhérente. Cette règle a été affirmée explicitement dans de nombreuses décisions et devrait être bien comprise. Très récemment, dans l'arrêt *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535, j'ai réitéré le principe établi que les cours d'appel n'existent qu'en vertu de la loi. Le juge La Forest avait précédemment mis ce principe en relief dans l'arrêt *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, aux pp. 69 et 70:

Les appels ne sont qu'une création de la loi écrite; voir l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la p. 1773. Une cour d'appel ne possède pas de compétence inhérente. De nos jours toutefois, on a parfois tendance à oublier ce principe fondamental. Les appels devant les cours d'appel et la Cour suprême du Canada sont devenus si courants que l'on s'attend généralement à ce qu'il existe un moyen quelconque d'en appeler de la décision d'un tribunal de première instance. Toutefois, il demeure qu'il n'existe pas de droit d'appel sur une question sauf si le législateur compétent l'a prévu.

La jurisprudence de notre Cour a donc établi de façon définitive que les cours d'appel ne peuvent prétendre posséder une quelconque compétence inhérente.



The Court of Appeal in this case based its claim to inherent appellate jurisdiction to deal with sentencing on Ruby's text *Sentencing, supra*. Mr. Ruby makes reference to five cases which in his view provide the authority for inherent appellate sentencing jurisdiction. A review of this line of authority reveals, first, that some of these cases do not necessarily support Mr. Ruby's assertion, and second, that those that do support it all purport to follow a single British case that does not in fact support the existence of that jurisdiction.

In two of the cases cited by Mr. Ruby, the accused had actually initiated appeals against sentence. In *R. v. Henry* (1927), 20 Cr. App. R. 117, the accused specifically appealed his sentence which included a term of "preventive detention" following his conviction and labelling as a "habitual criminal". The court considered that the accused's record was very bad but that he had shown initiative in gaining employment and, therefore, the term of preventive detention was removed. In my view, this case can only be referred to as support for the notion that where an accused appeals his or her sentence, a court can reduce the sentence on its own judgment without returning the matter to a sentencing judge. While the headnote states: "the Court may *proprio motu* reduce the primary sentence", the case does not support the notion that the court could reduce sentence when it was not appealed.

In *R. v. Towers* (1929), 21 Cr. App. R. 74, the accused applied for leave to appeal his conviction. At the hearing, he also asked the court to give leave to appeal against sentence. The Crown raised no objection to the application being extended to include the question of sentence. The court noted that it was "unintelligible" why the accused would not have applied for leave to appeal his sentence. Crown counsel "conceded[d] the point" (p. 75). The court further held that since Crown counsel was present in the courtroom, it would deal with the matter immediately. The accused's sentence was

En l'espèce, la Cour d'appel fonde sa prétention à une compétence inhérente à l'égard de la détermination de la peine sur l'ouvrage de Ruby intitulé *Sentencing, op. cit.* Monsieur Ruby fait référence à cinq décisions qui, à son avis, établissent l'existence de la compétence inhérente des cours d'appel en matière de détermination de la peine. Un examen de ces décisions révèle, premièrement, que certaines de ces décisions n'appuient pas nécessairement l'affirmation de M. Ruby et, deuxièmement, que toutes celles qui l'appuient sont censées suivre une seule décision britannique qui n'étaye pas, en réalité, l'existence de cette compétence.

Dans deux des décisions citées par M. Ruby, l'accusé a, en fait, interjeté appel de la sentence. Dans *R. c. Henry* (1927), 20 Cr. App. R. 117, l'accusé en a appelé expressément de sa peine, qui comprenait une période [TRADUCTION] «[d']incarcération à des fins préventives», après avoir été déclaré coupable et reconnu [TRADUCTION] «repris de justice». La cour a estimé que l'accusé avait un très mauvais dossier, mais qu'il avait fait preuve d'initiative en se trouvant du travail et, en conséquence, la période d'incarcération à des fins préventives a été retranchée. À mon avis, cette décision permet tout au plus de soutenir que lorsqu'un accusé en appelle de la peine qui lui a été infligée, le tribunal peut réduire celle-ci de son propre chef sans renvoyer l'affaire au juge chargé de déterminer la peine. Bien que le sommaire porte: [TRADUCTION] «la Cour peut réduire la sentence principale *proprio motu*», la décision n'étaye pas l'idée que la cour peut réduire une peine en l'absence d'appel formé contre la sentence.

Dans *R. c. Towers* (1929), 21 Cr. App. R. 74, l'accusé a demandé l'autorisation d'interjeter appel de sa déclaration de culpabilité. À l'audience, il a également demandé à la cour de l'autoriser à interjeter appel de la sentence. Le ministère public ne s'est pas opposé à ce que la demande soit élargie pour inclure la sentence. La cour a noté qu'il était [TRADUCTION] «incompréhensible» que l'accusé n'ait pas demandé l'autorisation d'en appeler de la sentence. L'avocat du ministère public [TRADUCTION] «a admis ce point» (p. 75). La cour a également décidé que, puisque l'avocat du ministère

9

10

11

reduced from a prison term to a fine. The reduction was mandated because the trial judge was under a mistaken impression that he did not have the power to impose a fine. Since it was “perfectly obvious” that he did indeed have such a power, the Court of Appeal substituted that result. I would note however that the accused in *Towers* did specifically seek leave to appeal his sentence which merited no objection from the Crown. This is distinguishable from the case at bar.

public était présent dans la salle d’audience, elle traiterait de la question immédiatement. La peine d’emprisonnement infligée à l’accusé a été remplacée par une amende. La peine devait être réduite parce que le juge du procès avait considéré à tort qu’il n’avait pas le pouvoir d’infliger une amende. Comme il était [TRADUCTION] «parfaitement évident» qu’il avait effectivement ce pouvoir, la Cour d’appel a infligé une amende. Je noterais toutefois que l’accusé dans *Towers* a expressément demandé l’autorisation d’en appeler de la sentence, ce qui n’a donné lieu à aucune objection de la part du ministère public. Il y a lieu d’établir une distinction entre cette affaire et la présente espèce.

12 I turn now to the other cases relied on in the court below. In *R. v. MacKay* (1934), 62 C.C.C. 188, the Nova Scotia Supreme Court did state that it could *proprio motu* reduce the sentence and relied on *R. v. Musgrave* (1926), 46 C.C.C. 45 (N.S.S.C.) as authority for exercising this power. *Musgrave* concluded that a court may *proprio motu* reduce sentence where there was no appeal against sentence. The Nova Scotia Supreme Court in *Musgrave* relied on an English case, *R. v. Moscovitch* (1924), 18 Cr. App. R. 37, as authority for this proposition. In *Moscovitch*, the accused appealed against his conviction but his counsel was specifically invited to seek leave to appeal against sentence. After considering the circumstances, the court in *Moscovitch* reduced his sentence.

Je passe maintenant à l’examen des autres décisions sur lesquelles s’est fondée la cour de juridiction inférieure. Dans *R. c. MacKay* (1934), 62 C.C.C. 188, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a affirmé qu’elle pouvait réduire la peine infligée *proprio motu* en s’appuyant sur *R. c. Musgrave* (1926), 46 C.C.C. 45 (C.S.N.-É.), pour exercer ce pouvoir. Dans *Musgrave*, il a été décidé qu’une cour de justice pouvait réduire la peine infligée *proprio motu* en l’absence d’appel formé contre la sentence. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans *Musgrave* s’est appuyée sur une cause anglaise, *R. c. Moscovitch* (1924), 18 Cr. App. R. 37, pour étayer cette proposition. Dans *Moscovitch*, l’accusé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, mais son avocat a été expressément invité à demander l’autorisation d’interjeter appel de la sentence. Après avoir pris en considération les circonstances, la cour dans *Moscovitch* a réduit la peine infligée.

13 The appellant quite rightly points out that in *Moscovitch*, the court specifically invited the accused to appeal against his sentence. Therefore, it was improperly relied upon in *Musgrave*, *supra*, which used it as a precedent for an appellate court reducing sentence completely on its own initiative. *Musgrave* then was improperly relied upon in *MacKay*.

L’appelante souligne à juste titre que, dans *Moscovitch*, la cour a expressément invité l’accusé à interjeter appel de la sentence. En conséquence, c’est à tort que cette décision a été invoquée dans l’arrêt *Musgrave*, précité, comme précédent jurisprudentiel établissant qu’une cour d’appel a le pouvoir de réduire la peine infligée de son propre chef. C’est donc à tort que l’arrêt *Musgrave* a été invoqué dans l’arrêt *MacKay*.

14 In *R. v. Hervey* (1939), 27 Cr. App. R. 146, at pp. 148-49, the court noted that the defendant had appealed against his conviction only but held, “it is

Dans l’arrêt *R. c. Hervey* (1939), 27 Cr. App. R. 146, aux pp. 148 et 149, la cour a noté que le défendeur avait interjeté appel de sa déclaration de

within the power of the Court to treat his notice of appeal as if it had included an appeal against sentence”. The accused was convicted on four counts dealing with robbery, housebreaking and conspiracy to steal. The court quashed his conviction on two counts and stated, “Notwithstanding the omission in the notice of appeal, the Court is of opinion that, in view of the partial revision of the conviction, his sentence may suitably be reduced to one of eighteen months’ imprisonment” (emphasis added). *Hervey* is distinguishable from the case at bar in two respects: first, the court in *Hervey* quashed his conviction on two counts and it therefore follows that his sentence should have been reduced accordingly; second, while the court in *Hervey* felt it could extend an appeal from conviction to include an appeal from sentence, the current Canadian *Criminal Code* offers specific alternatives that an accused must follow to appeal a conviction and/or sentence. In particular, s. 675(1)(b) states:

**675.** (1) A person who is convicted by a trial court in proceedings by indictment may appeal to the court of appeal

. . .

(b) against the sentence passed by the trial court, with leave of the court of appeal or a judge thereof unless that sentence is one fixed by law. [Emphasis added.]

An accused therefore needs leave of the court to appeal his or her sentence. It would not be proper for an appellate court to consider a notice of appeal from conviction as incorporating a notice of appeal from sentence. This point was made in *R. v. Ferencsik*, [1970] 4 C.C.C. 166 (Ont. C.A.), wherein Aylesworth J.A. specifically held that the unequivocal wording of the appeal sections of the *Criminal Code*, “indicates the separateness of and the distinction between appeals as against conviction

culpabilité uniquement, mais elle a statué: [TRADUCTION] «la cour a le pouvoir de considérer que son avis d’appel vise également la sentence». L’accusé a été déclaré coupable relativement à quatre chefs ayant trait au vol qualifié, à l’effraction dans une maison d’habitation et au complot en vue de commettre un vol. La cour a annulé la déclaration de culpabilité relativement à deux chefs et elle a affirmé: [TRADUCTION] «[m]algré l’omission dans l’avis d’appel, la cour est d’avis que, compte tenu de la révision partielle de la déclaration de culpabilité, il convient de réduire sa peine à dix-huit mois d’emprisonnement» (je souligne). Une distinction peut être établie entre l’arrêt *Hervey* et la présente affaire à deux égards: premièrement, la cour ayant annulé dans *Hervey* la déclaration de culpabilité relativement à deux chefs d’accusation, il s’ensuivait que la peine devait être réduite en conséquence; deuxièmement, même si la cour dans *Hervey* pensait qu’elle pouvait étendre la portée de l’appel formé contre une déclaration de culpabilité de façon qu’il vise la sentence, le *Code criminel* canadien actuel prévoit des options précises dont l’accusé doit se prévaloir pour interjeter appel d’une déclaration de culpabilité ou d’une sentence, ou des deux. En particulier, l’al. 675(1)(b) dispose:

**675.** (1) Une personne déclarée coupable par un tribunal de première instance dans des procédures sur acte d’accusation peut interjeter appel, devant la cour d’appel:

. . .

b) de la sentence rendue par le tribunal de première instance, avec l’autorisation de la cour d’appel ou de l’un de ses juges, à moins que cette sentence ne soit de celles que fixe la loi. [Je souligne.]

L’accusé a donc besoin de l’autorisation de la cour pour interjeter appel de la sentence. Il ne conviendrait pas qu’une cour d’appel considère que l’avis d’appel d’une déclaration de culpabilité comprend un avis d’appel de la sentence. Ce point a été établi dans l’arrêt *R. c. Ferencsik*, [1970] 4 C.C.C. 166 (C.A. Ont.), où le juge Aylesworth a expressément décidé que le libellé sans équivoque des dispositions relatives à l’appel du *Code criminel*, [TRADUCTION] «fait ressortir la distinction entre, d’une

or dismissal of a charge on the one hand, and as against sentence on the other” (p. 167).

15 It is evident therefore that there is no inherent power in courts of appeal to deal with sentence appeals. The jurisprudence from this Court confirms the statutory definition of appellate bodies. This conclusion alone is sufficient to dispose of the narrow issue here in that the Newfoundland Court of Appeal erred in finding that it had the inherent power to consider a sentence in the absence of an appeal against sentence. However, as I said, this case also raises a separate question as to whether an appellate court has the power to invite a sentence appeal in the interests of justice. As I will explain, in my view an appellate court’s jurisdiction in this area is seriously limited and should be exercised in only the rarest of circumstances.

#### B. *Proper Role of the Court*

16 It is true that the Newfoundland Court of Appeal did not “officially” reconsider the respondent’s sentence in the absence of an appeal against sentence. Rather, it ordered the parties to return to court in one week’s time to set a date for the hearing of argument on sentence. The respondent remained free on judicial interim release. In argument before us, the respondent conceded that the court did not have the inherent power it claimed to consider the sentence but argued that it did have the power to “invite” the respondent to file an Application for an extension of time to proceed with a Notice of Application for leave to appeal sentence. This power of “invitation” is also mentioned in one of the cases relied on in one of the cases previously mentioned, *Moscovitch*, *supra*. I would note that such a power has no statutory foundation.

17 While appellate courts have no explicit statutory right to invite appeal on sentence, they do possess the right to ask the parties questions during oral

part, les appels formés contre la déclaration de culpabilité ou le rejet de l’accusation et, d’autre part, les appels interjetés contre la peine» (p. 167).

Il est donc évident que les cours d’appel n’ont aucune compétence inhérente pour connaître des appels interjetés contre la sentence. La jurisprudence de notre Cour confirme que les tribunaux d’appel sont définis par la loi. Cette conclusion à elle seule suffit pour trancher la question restreinte en l’espèce en ce que la Cour d’appel de Terre-Neuve a commis une erreur en concluant qu’elle avait le pouvoir inhérent d’examiner la sentence en l’absence d’appel formé contre celle-ci. Toutefois, comme je l’ai dit, cette affaire soulève également la question distincte de savoir si une cour d’appel a le pouvoir d’inviter une partie à interjeter appel de la sentence dans l’intérêt de la justice. Comme je vais l’expliquer, à mon avis, la compétence d’une cour d’appel dans ce domaine est sérieusement limitée et ne doit être exercée que très exceptionnellement.

#### B. *Le rôle de la cour*

Il est vrai que la Cour d’appel de Terre-Neuve n’a pas «officiellement» réexaminé la peine infligée à l’intimé en l’absence d’appel formé contre la sentence. Elle a plutôt ordonné aux parties de revenir devant elle une semaine plus tard pour fixer une date pour l’audition des observations sur la sentence. L’intimé est demeuré en liberté conformément à une ordonnance de mise en liberté provisoire. À l’audience devant notre Cour, l’intimé a concédé que la cour n’avait pas la compétence inhérente qu’elle prétendait exercer pour connaître de la sentence, mais il a soutenu qu’elle avait le pouvoir de l’«inviter» à présenter une demande de prorogation du délai pour déposer l’avis de demande d’autorisation d’appel de la sentence. Ce pouvoir d’«invitation» est également mentionné dans une décision invoquée dans l’un des arrêts mentionnés précédemment, soit l’arrêt *Moscovitch*, précité. Je fais remarquer qu’un tel pouvoir n’a aucun fondement légal.

Bien que la loi ne confère pas explicitement aux cours d’appel le droit d’inviter les parties à interjeter appel de la sentence, il reste que les cours d’ap-

argument. As long as the question is not raised in a manner which suggests bias or partiality on the part of the appeal court, such a question is proper. It is important to emphasize that this right is limited to oral argument, and may not be exercised *ex parte*, in the court's reasons for judgment or in any other forum. Parenthetically, I would add that it is not inappropriate, however, for an appellate court simply to note in its reasons for judgment that neither party brought an appeal against sentence before it. An appeal court may wish to do so in order to indicate, for example, why the conviction was reviewed but the sentence was left untouched.

This approach respects the tactical decisions made by counsel and remains firmly within the procedure for sentence appeals articulated in the *Criminal Code*. It also avoids an apprehension of bias because appellate judges are expected to ask pointed questions in the course of oral argument. By contrast, the Newfoundland Court of Appeal's approach of inviting appeal risks creating an apprehension of bias particularly if, as in this case, the Court of Appeal expresses "discomfort" or "unease" with the sentence in its reasons. Such an approach, in my view, may provide grounds on which to impugn the impartiality of the court when it subsequently hears submissions on sentence. Especially in the absence of an appeal against sentence, such an expression of opinion also violates the longstanding principle that sentencing judges are owed tremendous deference due to the delicate nature of the sentencing process. In *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 91, I elaborated on the deference owed sentencing judges:

This deferential standard of review has profound functional justifications. As Iacobucci J. explained in *Shropshire*, [[1995] 4 S.C.R. 227], at para. 46, where the sentencing judge has had the benefit of presiding over the trial of the offender, he or she will have had the comparative advantage of having seen and heard the

pel ont bel et bien le droit de poser des questions aux parties pendant la présentation de l'argumentation orale. Tant que la question n'est pas soulevée d'une manière qui donne à penser que la cour d'appel n'est pas impartiale, une telle question est légitime. Il importe de souligner que ce droit ne peut être exercé que pendant l'argumentation orale des parties. Il ne saurait être exercé *ex parte* dans les motifs du jugement ni dans un autre cadre. J'ajoute incidemment qu'il n'est pas inapproprié toutefois pour la cour d'appel de mentionner simplement dans ses motifs qu'aucune des parties n'a interjeté appel de la sentence devant elle. Il se peut que la cour d'appel veuille ainsi indiquer, par exemple, pourquoi la déclaration de culpabilité a été réexaminée alors que la sentence ne l'a pas été.

Cette méthode respecte les décisions stratégiques prises par les avocats et est rigoureusement conforme à la procédure prévue par le *Code criminel* pour les appels formés contre la sentence. Elle permet également de dissiper les craintes de partialité puisque les juges d'appel sont censés poser des questions pointues pendant l'argumentation orale. Par contraste, l'approche de la Cour d'appel de Terre-Neuve, soit l'invitation à interjeter appel, risque de susciter une crainte de partialité en particulier si, comme en l'espèce, la cour d'appel exprime dans ses motifs la «gêne» ou le «malaise» ressentis devant la peine infligée. À mon avis, cette méthode pourrait fournir des motifs pour attaquer l'impartialité de la Cour lorsqu'elle entend par la suite les observations sur la sentence. Surtout si aucun appel n'est interjeté contre la sentence, l'expression d'une telle opinion va également à l'encontre du principe bien établi selon lequel il faut faire preuve d'une très grande retenue à l'égard des juges chargés d'infliger la peine vu la nature délicate du processus de détermination de la peine. Dans l'arrêt *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 91, j'ai donné des détails sur la retenue qui est due aux juges qui infligent la peine:

Cette norme de contrôle, qui appelle à la retenue, a de profondes justifications fonctionnelles. Comme l'a expliqué le juge Iacobucci, au par. 46 de l'arrêt *Shropshire*, [[1995] 4 R.C.S. 227], lorsque le juge qui inflige la peine a eu l'avantage de présider le procès du délinquant, il a alors profité de l'avantage comparatif d'avoir

witnesses to the crime . . . . A sentencing judge still enjoys a position of advantage over an appellate judge in being able to directly assess the sentencing submissions of both the Crown and the offender. A sentencing judge also possesses the unique qualifications of experience and judgment from having served on the front lines of our criminal justice system. Perhaps most importantly, the sentencing judge will normally preside near or within the community which has suffered consequences of the offender's crime. As such, the sentencing judge will have a strong sense of the particular blend of sentencing goals that will be "just and appropriate" for the protection of that community. The determination of a just and appropriate sentence is a delicate art which attempts to balance carefully the societal goals of sentencing against the moral blameworthiness of the offender and the circumstances of the offence, while at all times taking into account the needs and current conditions of and in the community. The discretion of a sentencing judge should thus not be interfered with lightly. [Emphasis added.]

In rare circumstances, appellate courts may feel compelled to ask the parties why they have not appealed a sentence. This would obviously be most appropriate in cases where an accused is unrepresented at the appellate level, as there is less concern about intruding upon a party's strategic choices in framing the issues. Similarly, the risk of creating an apprehension of bias is diminished where the accused is unrepresented, as courts have historically taken extra measures to ensure that all available avenues have been considered by such an accused.

vu et entendu les témoins du crime. [. . .] Le juge qui inflige la peine jouit d'un autre avantage par rapport au juge d'appel en ce qu'il peut apprécier directement les observations présentées par le ministère public et le contrevenant relativement à la détermination de la peine. Du fait qu'il sert en première ligne de notre système de justice pénale, il possède également une qualification unique sur le plan de l'expérience et de l'appréciation. Fait peut-être le plus important, le juge qui impose la peine exerce normalement sa charge dans la communauté qui a subi les conséquences du crime du délinquant ou à proximité de celle-ci. De ce fait, il sera à même de bien évaluer la combinaison particulière d'objectifs de détermination de la peine qui sera «juste et appropriée» pour assurer la protection de cette communauté. La détermination d'une peine juste et appropriée est un art délicat, où l'on tente de doser soigneusement les divers objectifs sociétaux de la détermination de la peine, eu égard à la culpabilité morale du délinquant et aux circonstances de l'infraction, tout en ne perdant jamais de vue les besoins de la communauté et les conditions qui y règnent. Il ne faut pas intervenir à la légère dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la détermination de la peine. [Je souligne.]

Exceptionnellement, les cours d'appel peuvent se sentir obligées de demander aux parties pourquoi elles n'ont pas interjeté appel de la sentence. À l'évidence, cela serait le plus approprié dans les cas où l'accusé n'est pas représenté en appel car l'on craint moins alors de s'immiscer dans les choix stratégiques d'une partie en formulant les questions. De même, le risque de susciter une crainte de partialité est réduit lorsque l'accusé n'est pas représenté par avocat puisque historiquement, les tribunaux ont pris à tâche de s'assurer que toutes les options possibles avaient été envisagées par un tel accusé.

<sup>19</sup> I emphasize also that in *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, and *M. (C.A.)*, this Court held that a variation of sentence (after leave to appeal has been granted) should only be made by an appellate court if the sentence imposed is "clearly unreasonable" or "demonstrably unfit", these two standards in my view meaning the same thing. In *Shropshire*, the Court concluded (at para. 50) that unreasonableness in the sentencing context refers to an order falling outside the "acceptable range" of sentences under similar circumstances. In an adversarial system, it seems logical to assume that if no appeal

Je souligne également que dans *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, et *M. (C.A.)*, notre Cour a décidé qu'une cour d'appel peut modifier la sentence (après que l'autorisation d'appel a été accordée) seulement si la peine infligée est «nettement déraisonnable» ou «manifestement pas indiquée», ces deux normes voulant dire la même chose selon moi. Dans l'arrêt *Shropshire*, la Cour a conclu, au par. 50, que dans le contexte de la détermination de la peine, une sentence sera considérée déraisonnable si elle tombe en dehors des «limites acceptables» dans des circonstances analogues. Dans un

against sentence is taken, neither of the parties found anything “clearly” unreasonable in it. I caution, therefore, that appellate courts should be wary of raising the issue of a sentence appeal unless the sentence is so clearly unreasonable or demonstrably unfit as to indicate possible oversight on the part of counsel or an unrepresented accused.

I realize this may at first seem contradictory in that appellate courts are asked not to conduct sentence reviews *proprio motu*, and yet may inquire as to whether the absence of an appeal is an oversight if they believe that the sentence, upon an initial review, is “clearly unreasonable”. In order to resolve the conundrum, I stress that a preliminary assessment of the appropriateness of a sentence can be made rather easily during a conviction appeal. In my view, it would be possible for an appellate court conducting a conviction appeal to form a preliminary opinion that a sentence appears to be clearly unreasonable or demonstrably unfit. In such cases the remedy of a sentence appeal could be raised with counsel or suggested to a self-represented accused in oral argument. A full-fledged review of sentence would be inappropriate in the absence of an appeal.

To that end, in my view the Court of Appeal’s comments here that it felt “unease” and “discomfort” over the period of incarceration handed down to the respondent were in error for two reasons: first, the court went beyond merely raising the matter of a sentence appeal with counsel (it actually ordered the parties to return and present submissions); second, the language used does not indicate that the appropriate threshold was met for raising the issue of a sentence appeal. The possibility of mere disagreement over the sentence awarded does not warrant unilateral intervention by an appellate court. Admittedly, the Court of Appeal did not purport to undertake a full-fledged

système contradictoire, il semble logique de supposer que si aucun appel n’est formé contre la peine infligée, c’est que les parties n’y ont rien trouvé de «nettement» déraisonnable. Je fais donc une mise en garde: les cours d’appel doivent faire preuve de circonspection avant de soulever la question de l’appel de la sentence, à moins que la peine soit si nettement déraisonnable ou manifestement pas indiquée qu’elle laisse supposer un oubli possible de l’avocat ou de l’accusé non représenté par un avocat.

Je me rends compte que cela peut, à première vue, sembler contradictoire. D’un côté, il est demandé aux cours d’appels de ne pas réviser la sentence *proprio motu*, mais de l’autre, elles peuvent vérifier si l’absence d’appel n’est pas un oubli si elles estiment, après une révision initiale, que la peine est «nettement déraisonnable». Pour résoudre cette énigme, j’insiste sur le fait qu’une évaluation préliminaire du caractère approprié de la peine peut être effectuée assez facilement dans le cadre de l’appel d’une déclaration de culpabilité. À mon avis, une cour statuant en appel sur la déclaration de culpabilité pourrait estimer, de façon préliminaire, que la peine semble nettement déraisonnable ou manifestement pas indiquée. Dans pareils cas, le recours que constitue l’appel de la sentence pourrait être porté à l’attention de l’avocat ou suggéré à l’accusé qui assure lui-même sa défense lorsqu’ils présentent leur argumentation orale. Une révision complète de la sentence serait incorrecte en l’absence d’un appel.

À cet effet, j’estime que la Cour d’appel a commis une erreur en affirmant en l’espèce qu’elle éprouvait un «malaise» et une «gêne» devant la période d’incarcération infligée à l’intimé, et ce, pour deux raisons: premièrement, la cour ne s’est pas contentée de porter la question de l’appel de la sentence à l’attention de l’avocat (elle a en fait ordonné aux parties de revenir devant elle pour présenter des observations); deuxièmement, les termes employés n’indiquent pas que le critère préliminaire applicable pour soulever la question de l’appel a été respecté. La possibilité d’un simple désaccord quant à la peine prononcée ne justifie pas l’intervention unilatérale d’une cour d’appel. Il

20

21

sentence review. It certainly did not make an order as to sentence substituting its view for that of the sentencing judge. However, in effect, additional comments made by the Court of Appeal indicate that it had embarked on a *de facto* sentence review.

- 22 The Court of Appeal clearly indicated its opinion that the sentence imposed by the sentencing judge was too high. Indeed, the Court of Appeal concluded that the transcript of evidence provided three reasons for its unease and discomfort over the four-year sentence imposed (at p. 150):

They center on the nature of the dysfunctional relationship, the apparent severity of the sentence in comparison with misgivings over the extent of the actual violence and injury involved, and the absence of any apparent need for the sentence to specifically deter G.W. from recidivism.

- 23 Notwithstanding the foregoing comments, in ordering the parties to return to present argument on sentence, the Court of Appeal attempted to make clear that it would remain unbiased and consider the Crown's submissions that the sentence was appropriate. However, an objective observer would, I think, find it difficult to believe that this panel of the court would affirm the sentence imposed, despite what efforts the Crown might bring to bear in that regard. The court's clear indication of displeasure raises a concern about apprehension of bias in the court.

#### VI. Conclusion and Disposition

- 24 To summarize, in my view the Court of Appeal erred in the following respects:

1. In the absence of a sentencing appeal, the Court of Appeal had no inherent jurisdiction which could support an order that the parties return to make submissions on sentence.

faut reconnaître que la Cour d'appel n'entendait pas entreprendre une révision complète de la sentence. Elle n'a certainement pas rendu une ordonnance relative à la sentence en remplaçant le point de vue du juge qui a infligé la peine par le sien. Toutefois, en réalité, les remarques supplémentaires faites par la Cour d'appel donnent à penser qu'elle s'est lancée dans une révision *de facto* de la sentence.

La Cour d'appel a clairement dit qu'elle estimait que la peine infligée par le juge chargé de déterminer la peine était trop sévère. En fait, la Cour d'appel a conclu, à la p. 150, que la transcription de la preuve justifiait son malaise et sa gêne devant la peine de quatre ans d'emprisonnement qui a été prononcée et ce, pour trois raisons:

[TRADUCTION] Ils portent principalement sur la nature de la relation dysfonctionnelle, sur la sévérité apparente de la peine comparativement aux doutes soulevés quant à l'étendue de la violence et des blessures effectivement subies, et sur l'absence de la nécessité apparente d'une peine qui dissuade expressément G.W. de récidiver.

Malgré ces remarques, en ordonnant aux parties de revenir devant elle pour présenter des observations sur la sentence, la Cour d'appel a tenté de faire comprendre qu'elle resterait impartiale et examinerait les arguments avancés par le ministère public pour justifier la peine infligée. Toutefois, je pense qu'un observateur objectif aurait du mal à croire que cette formation de la cour confirmerait la peine infligée, quels que soient les efforts déployés par le ministère public à cet égard. Le fait que la cour indique clairement son désaccord suscite une crainte de partialité de sa part.

#### VI. Conclusion et dispositif

En bref, à mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur sous les rapports suivants:

1. En l'absence d'un appel formé contre la peine, la Cour d'appel n'avait aucune compétence inhérente pour ordonner aux parties de revenir devant elle afin de présenter des observations sur la sentence.



2. The Court of Appeal's reasons for judgment, which speak of an "unease" and "discomfort" with the sentence imposed, indicate that the necessary threshold for raising the issue of a sentence appeal with counsel was not met. Courts should refrain from raising the issue unless, after reviewing the conviction appeal, there is some preliminary indication that the sentence is "clearly unreasonable" or "demonstrably unfit" in the sense of being outside the acceptable range.
3. The Court of Appeal conducted what amounted to a *de facto* sentence review which was inappropriate, especially in the context of an order that the parties return in one week's time to make submissions on sentencing.
2. Il ressort des motifs de l'arrêt, dans lesquels la Cour d'appel parle du «malaise» et de la «gêne» ressentis devant la peine infligée, que le critère préliminaire applicable pour porter la question de l'appel de la sentence à l'attention des avocats n'a pas été respecté. Les tribunaux doivent s'abstenir de soulever cette question à moins que, après avoir examiné l'appel de la déclaration de culpabilité, des indications préliminaires donnent à penser que la peine infligée est «nettement déraisonnable» ou «manifestement pas indiquée», c'est-à-dire en dehors des limites acceptables.
3. L'examen auquel s'est livrée la Cour d'appel correspond à une révision *de facto* de la sentence, ce qui était inapproprié, en particulier dans le contexte d'une ordonnance enjoignant aux parties de revenir devant elle dans une semaine pour présenter des observations sur la détermination de la peine.

Therefore, this Court having already allowed the appeal and quashed the order of the Court of Appeal that would have the parties return to make sentencing submissions, the respondent's application for leave to appeal the sentence should proceed before a differently constituted panel of the Court of Appeal.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — The issue in this appeal is whether a Court of Appeal has jurisdiction to hear an appeal against sentence where no leave to appeal has been sought.

I agree with the Chief Justice that the law on this issue is clear: the Court of Appeal has no jurisdiction to review a sentence *proprio motu*.

In this case, not only did the Court of Appeal err in invoking its alleged "inherent jurisdiction" to

En conséquence, comme notre Cour a déjà accueilli le pourvoi et annulé l'ordonnance de la Cour d'appel portant que les parties doivent revenir présenter des observations relativement à la détermination de la peine, la demande d'autorisation d'appel présentée par l'intimé à l'encontre de la sentence doit être instruite devant une formation différente de la Cour d'appel.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une cour d'appel a compétence pour entendre un appel de sentence lorsqu'aucune autorisation d'interjeter appel n'a été sollicitée.

J'estime, comme le Juge en chef, que le droit en la matière est clair: une cour d'appel n'a pas compétence pour réviser une peine *proprio motu*.

En l'espèce, la Cour d'appel non seulement a commis une erreur en invoquant sa prétendue

25

26

27

28

review the sentence and ordering the parties to return to make submissions on sentence, but it commented as follows on the issue of sentencing:

While a complainant's motivation per se is not a factor directly impacting on the fixing of an appropriate sentence, it may be, nonetheless, a circumstance that has the potential for indirect effect. Where the evidence clearly shows, as it does in the case at bar, that the complaint was laid in retaliation for actions unrelated to the crimes, there is cause to inquire in the course of fixing a just sanction commensurate to the offences whether the impact of the crimes was as serious as represented by the victim. In such a circumstance, a perusal of the record is warranted for indicia of exaggerations by the complainant.

. . .

In this case, the perusal does leave scope for unease as to the actual extent of the episodic violence and injuries. It is fully appreciated the violent and threatening acts of which G.W. stands convicted must attract punishment. However, the penalty has to be appropriately commensurate to his offences. The jury's verdicts speak to his culpability, but not to its degree. . . . [I]t has to be said that the transcript's descriptions of the extent of S.M.'s injuries do not entirely support the magnitude of the abuse she alleges in her testimony to have suffered in the course of the unhealthy relationship.

. . .

A final factor ascertainable from the transcript which adds to the feeling of extreme discomfort over the length of the sentence is that the need for specific deterrence in this case appears negligible, or even non-existent, with the ending of G.W.'s relationship with S.M. and his entering a new one.

((1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 132, at pp. 149-50)

29

In the absence of jurisdiction to entertain a sentence appeal, the Court of Appeal was clearly wrong to comment on the adequacy of the sentence. The comments attract, as the Chief Justice

«compétence inhérente» pour réviser la peine et ordonner aux parties de revenir devant elle pour faire des représentations à cet égard, mais elle a émis les commentaires additionnels suivants au sujet de la sentence:

[TRADUCTION] Bien que les motifs du plaignant ne constituent pas en soi un facteur ayant une incidence directe sur la détermination de la peine appropriée, il peut néanmoins s'agir d'une circonstance susceptible d'entraîner un effet indirect. Lorsque, comme en l'espèce, il ressort clairement de la preuve que la plainte a été déposée en guise de représailles pour des actes qui n'ont rien à voir avec les crimes, il convient d'examiner, dans le cadre de la détermination d'une peine juste et proportionnelle aux infractions, si les conséquences des crimes commis étaient aussi graves que l'a prétendu la victime. Dans ces circonstances, il est nécessaire de lire attentivement le dossier pour déceler tout indice d'exagération de la part du plaignant.

. . .

En l'espèce, l'examen du dossier suscite bel et bien de l'inquiétude quant à l'étendue réelle de la violence et des blessures épisodiques. Il est entendu que les actes violents et menaçants pour lesquels G.W. a été déclaré coupable doivent être punis. Cependant, la peine doit être proportionnelle aux infractions. Le verdict qu'a rendu le jury porte sur la culpabilité, mais non sur l'étendue de celle-ci. [ . . . ] [I]l convient de noter que les descriptions contenues dans la transcription relativement à la gravité des blessures subies par S.M. n'étaient pas entièrement la prétention de cette dernière quant à l'étendue des mauvais traitements qu'elle a dit avoir subis dans le cadre de cette relation malsaine.

. . .

Le dernier facteur qui ressort de la transcription et qui contribue à accentuer l'impression de profond malaise ressentie devant la durée de la peine d'emprisonnement est que la nécessité d'une dissuasion particulière en l'espèce paraît négligeable, voire inexistante, à la lumière de la rupture entre G.W. et S.M., puis de l'amorce d'une nouvelle relation dans le cas de G.W.

((1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 132, aux pp. 149 et 150)

N'étant pas compétente pour entendre un appel de la sentence, la Cour d'appel a clairement commis une erreur en commentant la justesse de la peine. Comme l'a souligné le Juge en chef, ces

points out, a reasonable apprehension of bias, all the more so since such comments may be perceived as reflecting myths and stereotypes about complainants in sexual assault cases. (See *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 604 and 630, per McLachlin J., and at p. 651, per L'Heureux-Dubé J.; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 670, per Cory J.; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, at pp. 814-15, per McLachlin J.; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at pp. 374-78, per L'Heureux-Dubé J.; K. Mack, ““You should scrutinise her evidence with great care”: Corroboration of women’s testimony about sexual assault”, in P. Easteal, ed., *Balancing the Scales: Rape, Law Reform and Australian Culture* (1998), 59; R. Mohr, “Sexual Assault Sentencing: Leaving Justice to Individual Conscience”, in J. Roberts and R. Mohr, eds., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change* (1994), 157; M. R. Burt, “Rape Myths and Acquaintance Rape”, in A. Parrot and L. Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime* (1991), 26; R. T. Andrias, “Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape” (1992), 7:2 *Criminal Justice* 2; Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System, *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action* (1992); E. A. Sheehy, “Canadian Judges and the Law of Rape: Should the Charter Insulate Bias?” (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741; D. Archard, *Sexual Consent* (1998), at p. 131.)

In the result, I agree with my colleague’s disposition of the appeal.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John’s.*

*Solicitor for the respondent: The Newfoundland Legal Aid Commission, St. John’s.*

commentaires suscitent une crainte raisonnable de partialité, et ce d’autant plus qu’ils peuvent être perçus comme reflétant des mythes et des stéréotypes au sujet des plaignants dans les affaires d’agression sexuelle. (Voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 604 et 630, le juge McLachlin, et à la p. 651, le juge L’Heureux-Dubé; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 670, le juge Cory; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, aux pp. 814 et 815, le juge McLachlin; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, aux pp. 374 à 378, le juge L’Heureux-Dubé; K. Mack, ““You should scrutinise her evidence with great care”: Corroboration of women’s testimony about sexual assault», dans P. Easteal, dir., *Balancing the Scales: Rape, Law Reform and Australian Culture* (1998), 59; R. Mohr, «Sexual Assault Sentencing: Leaving Justice to Individual Conscience», dans J. Roberts et R. Mohr, dir., *Confronting Sexual Assault: A Decade of Legal and Social Change* (1994), 157; M. R. Burt, «Rape Myths and Acquaintance Rape», dans A. Parrot et L. Bechhofer, dir., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime* (1991), 26; R. T. Andrias, «Rape Myths: A persistent problem in defining and prosecuting rape» (1992), 7:2 *Criminal Justice* 2; Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur l’égalité des sexes dans le système de justice au Canada, «*L’égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre* (1992); E. A. Sheehy, «Canadian Judges and the Law of Rape: Should the Charter Insulate Bias?» (1989), 21 *R.D. Ottawa* 741; D. Archard, *Sexual Consent* (1998), à la p. 131.)

Quant au résultat, je suis d’accord avec la façon dont mon collègue dispose du présent pourvoi.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l’appelante: Le ministère de la Justice, St. John’s.*

*Procureur de l’intimé: La Newfoundland Legal Aid Commission, St. John’s.*