

R. v. McNulty, 2005 CMAC 1

CMAC 480

Officer Cadet J. A. McNulty

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

Heard: Toronto, Ontario, January 28, 2005.

Judgment: Toronto, Ontario, January 28, 2005.

Present: Ewaschuk, Mosley and Phelan JJ.A.

On appeal from the legality of the conviction and the legality of the sentence by a Standing Court Martial held at Halifax, Nova Scotia on March 9, 10, 11 and 12, 2004.

False alarm — National Defence Act, s. 75(g) — Denial of effective counsel — Miscarriage of justice — Standard of reasonable competence expected of defence counsel — Onus on appellant to displace presumption of effective representation — Onus on appellant to establish that sentence is unreasonable or constitutes an error in principle.

The appellant was convicted for occasioning a false alarm, contrary to paragraph 75(g) of the *National Defence Act*, and sentenced accordingly to a severe reprimand and a fine of \$10,000. The principal ground of appeal against conviction was the denial of effective representation on the basis that counsel failed to develop a line of cross-examination of the two Crown witnesses to show bias on their part against the appellant, which would have impugned their general credibility.

Held: Appeals as to conviction and sentence dismissed.

The appellant failed to displace the strong presumption that defence counsel's conduct fell within the wide range of reasonable professional assistance. The appeal against sentence also failed in as much as the sentence was fit and fell within the acceptable range for the offence.

R. c. McNulty, 2005 CACM 1

CMAC 480

Élève-officier J. A. McNulty

Appelant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

Audience : Toronto (Ontario), le 28 janvier 2005.

Jugement : Toronto (Ontario), le 28 janvier 2005.

Devant : Les juges Ewaschuk, Mosley et Phelan, J.C.A.

Appel de la légalité de la déclaration de culpabilité et de la légalité de la sentence rendue par la cour martiale permanente, à Halifax (Nouvelle-Écosse), les 9, 10, 11 et 12 mars 2004.

Fausse alerte — art. 75g de la Loi sur la défense nationale — Déni de représentation effective — Erreur judiciaire — Norme de compétence raisonnable attendue d'un avocat de la défense — Fardeau de l'appelant de renverser la présomption de représentation effective — Fardeau de l'appelant d'établir que la sentence est soit déraisonnable, soit une erreur de principe.

L'appelant a été condamné pour avoir causé une fausse alerte, infraction prévue à l'alinéa 75g) de la *Loi sur la défense nationale*. En conséquence, il a reçu un blâme et a été condamné à payer une amende de 10 000 \$. Le principal motif d'appel contre la condamnation porte sur le déni de représentation effective du fait que l'avocat de la défense a omis d'établir une stratégie de contre-interrogatoire des deux témoins de la Couronne visant à montrer leur parti pris contre l'appelant, ce qui aurait permis de mettre en doute leur crédibilité en général.

Arrêt : Les appels interjetés contre la déclaration de culpabilité et la sentence sont rejetés.

L'appelant n'est pas parvenu à renverser la forte présomption voulant que la défense assurée par son avocat correspondait aux paramètres généraux de la norme de compétence professionnelle raisonnable. L'appel interjeté contre la sentence est également rejeté, car celle-ci était acceptable et se situait à l'intérieur des sentences possibles compte tenu de l'infraction.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 30(10)(a)(i).
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 75(g).

CASES CITED

R. v. G.D.B., 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, 129 D.L.R. (4th) 657, 102 C.C.C. (3d) 193.

COUNSEL

Mr. Joshua J. Gleiberman, for the appellant.
Lieutenant-Commander C.J. Deschênes, for the respondent.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

[1] EWASCHUK J.A.: The appellant Officer Cadet Julian A. McNulty appeals his conviction for occasioning a false alarm, contrary to paragraph 75(g) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5. The appellant McNulty also appeals his sentence of a severe reprimand and a fine of \$10,000.

[2] The principal ground of appeal against conviction is the denial of effective counsel. In other words, the appellant alleges that his representation by defence counsel resulted in a miscarriage of justice. In particular, the appellant alleges that cross-examination of the two Crown witnesses present at the time of the phone call occasioning the false alarm fell below the standard of reasonable competence expected of defence counsel. The appellant contends that defence counsel failed to develop a line of cross-examination of the two Crown witnesses, to show bias on their part against the appellant, which would have impugned their general credibility.

[3] I note that the appellant failed to testify at trial. Furthermore, the appellant has neither filed his affidavit indicating that he has a defence nor that of defence counsel admitting that his representation was deficient.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 30(10)a(i).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 75g).

JURISPRUDENCE CITÉE

R. c. G.D.B., 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, 129 D.L.R. (4th) 657, 102 C.C.C. (3d) 193.

AVOCATS

M. Joshua J. Gleiberman, pour l'appellant.
Capitaine de corvette C.J. Deschênes, pour l'intimée.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés par

[1] LE JUGE EWASCHUK, J.C.A. : L'appelant, l'élève-officier Julian A. McNulty, interjette appel de sa déclaration de culpabilité pour avoir causé une fausse alerte, infraction prévue à l'alinéa 75g) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5. L'appelant McNulty porte aussi en appel sa peine, à savoir un blâme et une amende de 10 000 \$.

[2] Le principal motif d'appel contre sa déclaration de culpabilité est qu'il aurait été privé de représentation effective. En d'autres termes, l'appelant allègue que la défense assurée par son avocat a abouti à une erreur judiciaire. Plus précisément, l'appelant allègue que le contre-interrogatoire des témoins du ministère public qui étaient présents lors du coup de téléphone qui a causé la fausse alerte n'a pas été à la hauteur de la norme de compétence raisonnable dont on peut s'attendre de la part d'un avocat de la défense. L'appelant prétend que son avocat n'a pas établi une stratégie de contre-interrogatoire des deux témoins du ministère public visant à montrer leur parti pris à l'endroit de l'appelant, ce qui lui aurait permis de mettre en doute leur crédibilité en général.

[3] Je remarque que l'appelant n'a pas témoigné au procès. En outre, l'appelant n'a déposé au dossier ni son affidavit indiquant qu'il a une défense, ni celui de son avocat reconnaissant que sa défense a été inadéquate.

[4] In order for the appellant to succeed on the ground of denial of effective representation, the appellant must first establish that defence counsel's acts or omissions constituted incompetence and second that a miscarriage of justice resulted. See *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2001] 1 S.C.R. 520.

[5] I assume that defence counsel, as required, had received instruction from the appellant that the latter would not be testifying at trial. Assuming that to be so, I would not second guess the form of cross-examination developed by defence counsel at trial. In the end, the appellant has failed to displace the strong presumption that defence counsel's conduct fell within the wide range of reasonable professional assistance. The appellant has failed to discharge his onus of establishing denial of effective representation.

[6] Finally, the appellant has applied to tender as fresh evidence the investigative report of the military investigator in this case. That application is rejected on the basis that the fresh evidence in order to be received must be admissible evidence. The investigative report, at best, constitutes inadmissible hearsay evidence. See subparagraph 30(10)(a)(i) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5.

[7] As for the appeal against sentence, I would grant the appellant leave to appeal sentence. In this case, the appellant was given a severe reprimand and a \$10,000 fine. The appellant must establish that the sentence imposed is either unreasonable or constitutes an error in principle. See *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227.

[8] In my opinion, the appeal against sentence also fails in as much as the sentence is fit and falls within the acceptable range for the offence. The sentence was neither unreasonable nor did it constitute an error in principle.

[9] In the result, the appeals against conviction and sentence will both be dismissed.

RICHARD G. MOSLEY J.A.: I agree.

MICHAEL L. PHELAN J.A.: I agree.

[4] L'appellant ne peut faire reconnaître l'absence de représentation effective que s'il établit en premier lieu que, en raison de ses actes ou de ses omissions, son avocat a été incompetent, et en second lieu que cette incompetence a abouti à une erreur judiciaire. Voir *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520.

[5] Je suppose que l'avocat de la défense, comme cela est requis, avait été avisé par l'appellant que l'appellant ne témoignerait pas à son procès. Par conséquent, je ne suis pas disposé à mettre en question le mode de contre-interrogatoire établi au procès par l'avocat de la défense. En fin de compte, l'appellant n'a pas réfuté la forte présomption selon laquelle la défense assurée par son avocat correspondait aux paramètres généraux de la norme de compétence professionnelle raisonnable. Il incombait à l'appellant d'établir qu'il a été privé de représentation effective, ce qu'il n'a pas fait.

[6] Enfin, l'appellant a demandé à produire un nouvel élément de preuve, à savoir le rapport d'enquête préparé par l'enquêteur militaire dans cette affaire. Cette demande est rejetée au motif que des éléments de preuve nouveaux doivent être admissibles. Au mieux, ce rapport est du oui-dire, et n'est donc pas admissible. Voir le sous-alinéa 30(10)a)(i) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5.

[7] En ce qui concerne la demande d'autorisation de porter la peine en appel, je suis disposé à autoriser l'appellant à le faire. En l'espèce, l'appellant s'est fait infliger un blâme et une amende de 10 000 \$. L'appellant doit établir soit que la peine infligée est déraisonnable, soit qu'elle constitue une erreur de principe. Voir *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227.

[8] Je suis d'avis que l'appel interjeté de la peine doit aussi être rejeté parce qu'elle est acceptable et correspond à l'éventail des peines possibles relativement à l'infraction. La peine n'était pas déraisonnable ni ne constituait une erreur de principe.

[9] Par conséquent, les appels interjetés de la déclaration de culpabilité et de la peine seront tous deux rejetés.

RICHARD G. MOSLEY, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

MICHAEL L. PHELAN, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.