

R. v. Wilcox, 2009 CMAC 7

CMAC 536

Corporal M.A. Wilcox

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

Heard: Ottawa, Ontario, December 7, 2009.

Judgment: Ottawa, Ontario, December 7, 2009.

Present: Blanchard C.J., Létourneau J.A. and Trudel J.A.

Appeal of an order of a Military Judge denying the appellant judicial interim release pending appeal.

Judicial interim release — Denial of release pending appeal — Failure to weigh seriousness of offence against risk posed by accused — Factors favour release pending appeal.

The appellant appeals the order of a Military Judge denying his judicial interim release following his conviction for criminal negligence causing death, and negligent performance of a military duty on the grounds the imprisonment pending appeal is not necessary in the interests of the public or the Canadian Forces.

Held: Appeal allowed.

The Military Judge failed to weigh the seriousness of the offence against the risks posed by the particular accused. In this case, the accused is a first time offender with a clean conduct record in the Canadian Forces, had the support of his commanding officer and parents, served with his unit pending his sentencing, posed no problem while at liberty pending trial and sentencing, and was pursuing education to aid in reintegration to civilian life. It was *ultra vires* the Military Judge to consider the merits of the appeal as a factor relating to judicial interim release. Rather, this Court holds that authority. The Respondent concedes the appeal is not frivolous. The Military Judge misconstrued the interests of the Canadian Forces, a factor which is also mitigated by the dismissal of the appellant.

R. c. Wilcox, 2009 CACM 7

CMAC 536

Caporal M.A. Wilcox

Appelant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

Audience : Ottawa (Ontario), le 7 décembre 2009.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 7 décembre 2009.

Devant : Le juge en chef Blanchard et les juges Létourneau et Trudel, J.C.A.

Appel du refus d'un juge militaire de remise en liberté en attendant l'appel.

Mise en liberté pendant l'appel — Rejet de la demande de remise en liberté pendant l'appel — Défaut d'apprécier la gravité de l'infraction au regard du risque posé par l'accusé — Facteurs justifiant la remise en liberté en attendant l'appel.

L'appelant a été reconnu coupable de négligence criminelle causant la mort et de négligence dans l'exécution d'une tâche militaire. Le juge militaire a rejeté la demande de remise en liberté pendant l'appel; l'appelant interjette appel au motif que son emprisonnement ne s'impose pas dans l'intérêt public ou dans l'intérêt des Forces canadiennes.

Arrêt : L'appel est accueilli.

Le juge militaire n'a pas apprécié la gravité de l'infraction au regard des circonstances particulières de l'accusé. Il s'agissait de la première infraction de l'accusé, dont le dossier dans les forces armées était sans tache. Il était estimé par son commandant et avait l'appui de ses parents. Il a continué de servir dans son unité pendant qu'il attendait sa sentence; il s'est toujours présenté lorsqu'on le lui a demandé et il poursuivait des études afin de réintégrer la vie civile. Le juge militaire n'avait pas compétence pour prendre en considération les motifs d'appel lors de la demande de remise en liberté; cependant, la Cour d'appel de la cour martiale peut tenir compte de ce facteur. L'intimée reconnaît que les motifs d'appel ne sont pas frivoles. Le juge militaire a mal interprété l'intérêt des Forces canadiennes, facteur qui est également atténué par le fait que l'appelant a été renvoyé des Forces.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 248.3, 248.9.

CASES CITED

R. v. Galloway, 2004 SKCA 106, [2005] 1 W.W.R. 54; *R. v. Ingebrittson*, 5 C.M.A.R. 27, 76 D.L.R. (4th) 481, [1990] C.M.A.J. No. 2 (QL); *R. v. Nguyen*, 97 B.C.A.C. 86, 1997 CanLII 10835.

AUTHORS CITED

Madsen, Chris. *Military Law and Operations*, loose-leaf. Aurora: Canada Law Book, 2008.

COUNSEL

Lieutenant-Colonel Sweet, for the appellant.
Lieutenant-Colonel J.A.M. Léveillé, for the respondent.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

[1] THE COURT: We are of the view that this appeal against the court martial's order denying the appellant judicial interim release pending appeal ought to be allowed for the following reasons.

[2] Paragraph 248.3(b) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, contains the factors that this Court has to consider in determining the merit of an appeal against a judicial interim release order. It reads:

248.3 On hearing an application to be released from detention or imprisonment, the court martial, the military judge or the judge of the Court Martial Appeal Court, as the case may be, may direct that the person making the application be released as provided for in sections 248.1 and 248.2 if the person establishes

- (a) in the case of an application under section 248.1,
 - (i) that the person intends to appeal,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 248.3, 248.9.

JURISPRUDENCE CITÉE

R. v. Galloway, 2004 SKCA 106, [2005] 1 W.W.R. 54; *R. c. Ingebrittson*, 5 C.A.C.M. 27, 76 D.L.R. (4th) 481, [1990] A.C.A.C. n° 2 (QL); *R. v. Nguyen*, 97 B.C.A.C. 86, 1997 CanLII 10835.

DOCTRINE CITÉE

Madsen, Chris. *Military Law and Operations*, feuilles mobiles. Aurora, Canada Law Book, 2008.

AVOCATS

Le lieutenant-colonel T. Sweet, pour l'appellant.
Le lieutenant-colonel J.A.M. Léveillé, pour l'intimée.

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

[1] LA COUR : Selon nous, le présent appel interjeté à l'encontre de l'ordonnance de la Cour martiale refusant à l'appellant la mise en liberté provisoire jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel doit être accueilli pour les motifs qui suivent.

[2] L'alinéa 248.3b) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la LDN) énumère les facteurs dont la Cour doit tenir compte pour établir le bien-fondé d'un appel à l'encontre d'une ordonnance de mise en liberté provisoire. Cette disposition est ainsi libellée :

248.3 À l'audition de la demande de libération, la cour martiale, le juge militaire ou le juge de la Cour d'appel de la cour martiale, selon le cas, peut ordonner que l'auteur de la demande soit remis en liberté conformément aux articles 248.1 et 248.2 si celui-ci établit :

- a) dans le cas de la demande prévue à l'article 248.1 :
 - (i) qu'il a l'intention d'interjeter appel,

(ii) if the appeal is against sentence only, that it would cause unnecessary hardship if the person were placed or retained in detention or imprisonment,

(iii) that the person will surrender himself into custody when directed to do so, and

(iv) that the person's detention or imprisonment is not necessary in the interest of the public or the Canadian Forces; or

(b) in the case of an application under section 248.2,

(i) that the appeal is not frivolous,

(ii) if the appeal is against sentence only, that it would cause unnecessary hardship if the person were placed or retained in detention or imprisonment,

(iii) that the person will surrender himself into custody when directed to do so, and

(iv) that the person's detention or imprisonment is not necessary in the interest of the public or the Canadian Forces.

[3] Under subparagraph 248.3(a)(i), the court martial judge did not have the authority to consider the grounds of appeal on the judicial interim release application. However, this Court holds that authority by virtue of subparagraph 248.3(b)(i), which requires the Court to ensure that the appeal is not frivolous, and expressly pursuant to subsection 248.9(3).

[4] The respondent concedes that the grounds of appeal are not frivolous. We are satisfied that there appears to be a number of serious grounds of appeal going to the proper constitution of the court martial which heard the case and striking at the fairness of both the trial and the conviction.

[5] The court martial judge was of the view that the detention of the appellant was necessary pending appeal in the interest of the public and of the Canadian Forces. Though he came to that conclusion, the judge provided no reasons other than saying:

The applicant has not discharged the burden of establishing that his imprisonment pending the proposed appeal is not

(ii) lorsqu'il s'agit d'un appel de la sentence, qu'il subirait un préjudice inutile s'il était détenu ou emprisonné ou s'il était maintenu dans cet état,

(iii) qu'il se livrera lui-même quand l'ordre lui en sera donné,

(iv) que sa détention ou son emprisonnement ne s'impose pas dans l'intérêt public ou celui des Forces canadiennes;

b) dans le cas de la demande prévue à l'article 248.2 :

(i) que l'appel n'est pas frivole,

(ii) lorsqu'il s'agit d'un appel de la sentence, qu'il subirait un préjudice inutile s'il était détenu ou emprisonné ou s'il était maintenu dans cet état,

(iii) qu'il se livrera lui-même quand l'ordre lui en sera donné,

(iv) que sa détention ou son emprisonnement ne s'impose pas dans l'intérêt public ou celui des Forces canadiennes.

[3] Selon le sous-alinéa 248.3a)(i), le juge de la cour martiale n'avait pas compétence pour prendre en considération les motifs d'appel dans le cadre de la demande de mise en liberté provisoire. Toutefois, notre Cour détient ce pouvoir en vertu du sous-alinéa 248.3b)(i), qui exige qu'elle s'assure que l'appel n'est pas frivole, et elle le détient expressément en vertu du paragraphe 248.9(3).

[4] L'intimée reconnaît que les motifs d'appel ne sont pas frivoles. Nous sommes convaincus qu'il semble y avoir un certain nombre de motifs d'appel sérieux qui ont trait à la constitution même de la cour martiale qui a entendu l'affaire et qui mettent en jeu l'équité du procès ainsi que de la déclaration de culpabilité.

[5] Selon le juge de la cour martiale, la détention de l'appelant pendant l'appel était nécessaire dans l'intérêt du public et de celui des Forces canadiennes. Bien qu'il en soit arrivé à cette conclusion, le juge n'a fourni aucun motif autre que l'affirmation suivante :

Le demandeur ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait d'établir que son emprisonnement pendant

necessary in the interest of the public or the Canadian Forces.

[6] In our respectful view, he failed to weigh the seriousness of the offence against the particular circumstances of the accused: see *R. v. Ingebrittson* (1990), 5 C.M.A.R. 27, at page 29. The accused was a first offender with a clean conduct sheet in the armed forces. He was well regarded by his commanding officer and within his unit before his dismissal from the Forces. He continued to serve within his unit while awaiting his sentence. He was at liberty pending his trial. He never failed to appear when requested to do so, even after conviction. He has the support of his parents. At the time he received his sentence, he was pursuing his education in order to reintegrate into civilian life.

[7] On the issue of the interest of the Canadian Forces, the judge wrote:

I begin with the observation that the offences for which the offender was found guilty and sentenced are very serious. As a general rule, the more serious the offences then the greater the public interest, and the interest of the Canadian Forces, in seeing that a proper sentence of imprisonment is served immediately upon being imposed. This is especially the case where both parties agreed that a fit disposition on sentence involved some form of incarceration of more than a minimal period.

In my view, the nature of the offences here, involving as they do the criminal carelessness in the use of an infantry weapon resulting in the death of a soldier, heightens the disciplinary interest of the Canadian Forces in the immediate service of the sentence.

[8] In our view, the judge misconstrued the interest of the Canadian Forces and the purpose of the interim release provisions by putting the emphasis on the need that the sentence of imprisonment be served immediately upon being imposed, thereby undermining an accused's right to judicial interim release pending appeal.

[9] As Chief Justice McEachern of the British Columbia Court of Appeal said in *R. v. Nguyen*, 97 B.C.A.C. 86,

l'appel qu'il a l'intention d'interjeter ne s'impose pas dans l'intérêt public ou celui des Forces canadiennes.

[6] À notre humble avis, le juge n'a pas apprécié la gravité de l'infraction au regard des circonstances particulières de l'accusé : voir *R. c. Ingebrittson* (1990), 5 C.A.C.M. 27, à la page 29. Il s'agissait de la première infraction de l'accusé dont le dossier dans les forces armées était sans tache. L'accusé était estimé par son commandant et par les membres de son unité avant son renvoi des Forces. Il a continué de servir dans son unité pendant qu'il attendait sa sentence. Il était en liberté en attendant la tenue de son procès. Il s'est toujours présenté lorsqu'on lui a demandé de le faire, même après la déclaration de culpabilité. Il a l'appui de ses parents. Au moment où il a reçu sa sentence, il poursuivait des études afin de réintégrer la vie civile.

[7] Le juge a écrit ce qui suit relativement à l'intérêt des Forces canadiennes :

D'abord, il est à noter que les infractions à l'égard desquelles le contrevenant a été reconnu coupable et condamné sont très graves. En règle générale, plus les infractions sont graves et plus l'intérêt du public et celui des Forces canadiennes à ce qu'une peine d'emprisonnement appropriée soit purgée dès qu'elle est infligée sont grands. C'est encore plus vrai lorsque les deux parties ont convenu que la peine appropriée devrait comporter une certaine forme d'incarcération excédant la période minimale.

À mon avis, la nature des infractions commises en l'espèce, notamment l'usage criminellement négligent d'une arme d'infanterie causant la mort d'un soldat, accentue l'intérêt disciplinaire des Forces canadiennes à ce que la peine soit purgée immédiatement.

[8] Selon nous, le juge a mal interprété l'intérêt des Forces canadiennes et l'objet des dispositions en matière de liberté provisoire en mettant l'accent sur la nécessité que la peine d'emprisonnement commence à être purgée dès son imposition, minant ainsi le droit de l'accusé à la mise en liberté provisoire jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel.

[9] Le juge en chef McEachern de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a tenu les propos suivants dans

1997 CanLII 10835, cited in *R. v. Galloway* 2004 SKCA 106 at paragraph 13:

Considering bail applications with the public in mind can mean different things in different contexts. In some cases, it may require concern for further offences. In other cases, it may refer more particularly to public respect for the administration of justice. It is clear, however, that the denial of bail is not a means of punishment. Bail is distinct from the sentence imposed for the offence and it is necessary to recognize its different purpose which, in the context of this case, is largely to ensure that convicted persons will not serve sentences for convictions not properly entered against them.

[10] In addition, we are of the view that the element of the interest of the Canadian Forces is mitigated by the fact that the appellant has been dismissed from the Forces. This is particularly so in the context of an application for judicial release pending appeal.

[11] For these reasons, the appeal will be allowed and the decision of the court martial judge denying the appellant judicial release pending appeal will be set aside. An order will follow that the appellant be released from imprisonment pending appeal under the conditions set out in the order.

BLANCHARD C.J.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

R. v. Nguyen, 97 B.C.A.C. 86, 1997 CanLII 10835. Ces propos sont reproduits dans *R. v. Galloway*, 2004 SKCA 106, au paragraphe 13 :

[TRADUCTION] L'examen des demandes de liberté sous caution tout en ayant à l'esprit l'intérêt du public peut vouloir dire différentes choses dans différents contextes. Dans certains cas, il faut se préoccuper du risque que d'autres infractions soient commises. Dans d'autres cas, il faut plutôt songer au respect public envers l'administration de la justice. Il est manifeste, toutefois, que le refus d'accorder une mise en liberté sous caution n'est pas un mode de châtement. La mise en liberté sous caution est distincte de la sentence imposée à l'égard de l'infraction et il faut être conscient qu'elle vise un objet différent qui, en l'espèce, consiste principalement à garantir que les personnes déclarées coupables ne purgeront aucune peine pour des déclarations de culpabilité qui ne sont pas régulièrement prononcées contre elles.

[10] De plus, nous sommes d'avis que le volet « intérêt des Forces canadiennes » est atténué par le fait que l'appelant a été renvoyé des Forces. Cela est particulièrement vrai dans le contexte d'une demande de mise en liberté en attendant qu'il soit statué sur un appel.

[11] Pour ces motifs, l'appel sera accueilli et la décision du juge de la cour martiale rejetant la demande de mise en liberté présentée par l'appelant en attendant qu'il soit statué sur l'appel sera annulée. Il sera ordonné que l'appelant, selon les conditions prévues dans l'ordonnance, soit remis en liberté en attendant qu'il soit statué sur l'appel.

LE JUGE EN CHEF BLANCHARD, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.