

Charles Patrick O'Malley

(████████ Petty Officer, 1st Class, Canadian Forces) *Appellant*,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

File No.: C.M.A.C. 255

Ottawa, Ontario, 22 April, 1986

Present: Mahoney C.J., Pratte and Urie JJ.

On appeal from a conviction by a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Halifax, Nova Scotia, on 27 June, 1985.

Sentencing — Facts relating to the determination of sentence must be established beyond a reasonable doubt — Sentence illegal where material illegal consideration taken into account.

The appellant pleaded guilty to a charge of having used a vehicle of the Canadian Forces for an unauthorized purpose, and to a charge of stealing. He appealed the legality of his sentence.

The appellant had obtained a requisition for one sheet of plywood from the supply office of his ship on October 16, 1984. Between that date and October 29, 24 sheets were issued by base stores on the authority of that requisition. The requisition had been altered, and 20, not 24 sheets, the property of the Crown, had been delivered by the appellant to his home in a military vehicle on October 24. There was no direct evidence or admission that the appellant attended at Base stores or that the plywood found at his home was plywood issued on the basis of the requisition. The signature of the person who received the plywood by virtue of the requisition was not proved.

In reviewing the evidence with a view to deciding on sentence, the learned President had commented that while there was no direct proof of the fact, it would appear that a reasonable inference could be drawn that the alteration had been made by the appellant personally or by someone on his behalf.

Held: Appeal allowed. While it may be possible to infer that the appellant altered or arranged the alteration of the requisition, that was not sufficient. The evidence did not support a finding that, beyond a reasonable doubt, it was the appellant who altered the requisition or caused it to be altered.

Where a material illegal consideration has been taken into account in the determination of a sentence, even though the illegality can only have manifested itself in the severity of the sentence, the sentence is illegal.

COUNSEL:

David J. Bright, for the appellant

Charles Patrick O'Malley

(████████ Maître de 1^{re} classe, Forces canadiennes) *Appelant*,

a c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

b N° du greffe: C.A.C.M. 255

Ottawa (Ontario), le 22 avril 1986

Devant: le juge en chef Mahoney et les juges Pratte et Urie

c En appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale permanente siégeant à la base des Forces canadiennes d'Halifax (Nouvelle-Écosse), le 27 juin 1985.

d *Détermination de la peine — Les faits relatifs à la détermination de la peine doivent être établis au-delà de tout doute raisonnable — Une peine est illégale lorsqu'un élément illégal important a été pris en considération.*

L'appelant a plaidé coupable à une accusation de s'être servi sans autorisation d'un véhicule des Forces canadiennes, et à une accusation de vol. Il a interjeté appel de la légalité de sa peine.

L'appelant a obtenu par réquisition une feuille de contre-plaqué du service des approvisionnements de son navire le 16 octobre 1984. Entre cette date et le 29 octobre, 24 feuilles ont été livrées par les magasins de la base en vertu de cette réquisition. Celle-ci avait été falsifiée et ce sont 20 et non 24 feuilles appartenant à la Couronne que l'appelant avait apportées chez lui dans un véhicule militaire en date du 24 octobre. Il n'a pas été directement prouvé ni reconnu que l'appelant s'était présenté au magasin de la base ou que le contre-plaqué trouvé chez lui avait été livré en vertu de la commande. La signature de la personne qui a reçu le contre-plaqué commandé n'a pas été prouvée.

En examinant la preuve aux fins de déterminer la peine, le président avait souligné que même si le fait reproché n'avait pas été prouvé directement, il semblait raisonnable de déduire que la falsification avait été faite par l'appelant personnellement ou par quelqu'un en son nom.

Arrêt: Appel accueilli. Bien qu'il soit possible de conclure que l'appelant a falsifié ou fait falsifier la réquisition, cela n'était pas suffisant. La preuve ne permettait pas de conclure au-delà du doute raisonnable que c'était l'appelant qui a modifié ou fait modifier la réquisition.

Lorsqu'un élément illégal important a été pris en considération dans la détermination d'une peine, celle-ci est illégale même si l'illégalité résultait uniquement de la sévérité de la peine.

AVOCATS:

David J. Bright, pour l'appelant

Lieutenant-Colonel M.F. Macdonald and Captain M.H. MacDougall, for the respondent

Lieutenant-colonel M.F. Macdonald et Capitaine M.H. MacDougall, pour l'intimée

STATUTE AND REGULATIONS CITED:

National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 102(a), 104, 183, 200(1), 203, 204

Court Martial Appeal Rules of Canada, C.R.C. 1978, c. 1051 (as am. SOR/79-235), r. 31

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, (1968 Revision), art. 112.27

The following are the reasons for judgment of the Court delivered in English by

MAHONEY C.J.: At the beginning of his trial by a Standing Court Martial, the appellant pleaded guilty to a charge, under paragraph 102(a) of the *National Defence Act*, that he had used a vehicle of the Canadian Forces for an unauthorized purpose. During the trial, following a *voir dire* which resulted in the legality of a search warrant being sustained and the admission into evidence of statements made by the appellant to the military police, the appellant withdrew his not guilty plea and pleaded guilty to the remaining charge of stealing, under section 104. Both guilty pleas were properly accepted. At the inception of the hearing of this appeal, the appellant withdrew a motion for leave to call new evidence. That was tantamount to the abandonment of his appeal against the legality of his convictions. His appeal against severity of sentence lies to be disposed of by the Minister or his nominee under subsection 200(1) and section 183. What remains before this Court is an attack on the legality of the sentence.

The incident involved the admitted theft of some sheets of plywood belonging to the Crown and their transportation to the appellant's home in a military vehicle. In reviewing the evidence with a view to deciding on sentence, the learned President made a number of findings of fact, some of which were raised on this appeal and two of which require particular comment.

LOI ET RÈGLEMENTS CITÉS:

Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 102a), 104, 183, 200(1), 203, 204

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces armées canadiennes (révision 1968), art. 112.27

Règles du Tribunal d'appel des cours martiales du Canada, C.R.C. 1978, c. 1051 (mod. DORS/79-235), r. 31

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

LE JUGE EN CHEF MAHONEY: Au début du procès qu'il a subi devant une cour martiale permanente, l'appellant a plaidé coupable à une accusation portée en vertu de l'alinéa 102a) de la *Loi sur la défense nationale*, soit de s'être servi sans autorisation d'un véhicule des Forces canadiennes à une fin quelconque. Au cours du procès, à la suite d'un examen préliminaire au terme duquel la légalité d'un mandat de perquisition a été confirmée et les déclarations que l'appellant avait faites à la police militaire ont été reçues, ce dernier a retiré son plaidoyer de non-culpabilité et a plaidé coupable à l'autre accusation qui avait été portée contre lui aux termes de l'article 104, soit celle de vol. Les deux plaidoyers de culpabilité ont à juste titre été reçus. Au début de l'audition du présent appel, l'appellant a retiré la requête qu'il avait présentée, en vue d'obtenir l'autorisation d'appeler de nouveaux témoins. Il se trouvait ainsi à renoncer à l'appel qu'il avait interjeté à l'encontre de la légalité des verdicts de culpabilité. L'appel qu'il a interjeté à l'encontre de la sévérité de la peine prononcée doit être entendu par le Ministre ou son représentant, aux termes du paragraphe 200(1) et de l'article 183. Il reste donc à la présente Cour à statuer sur la légalité de la peine.

L'appellant a reconnu avoir volé du contre-plaqué appartenant à la Couronne et l'avoir apporté chez lui dans un véhicule militaire. En examinant la preuve aux fins de la détermination de la peine, le savant président a tiré un certain nombre de conclusions de fait, dont certaines ont été contestées en appel. Il importe d'accorder une attention particulière à deux de ces conclusions.

1.

... First of all, while there's no direct proof of this fact, it would appear that a reasonable inference can be drawn from Exhibit "B", which was tendered as part of the prosecution case, that where the quantity was at one point marked in as "1" in blue ink ... that it appears that in black ink written over that "1" are the numbers "2" and "4" or "24". That, without any further proof, would appear to be evidence upon which the Court can draw the inference that that alteration was either made by Petty Officer O'Malley personally, which would appear to be the case, or someone else on his behalf. It would also appear that, while there was no direct proof of that fact, that on Exhibit "B", where it is received by ... it would appear to be written in the same pen the signature "O'Malley". So, insofar as that aspect of the evidence is concerned, it would appear that Petty Officer O'Malley was involved in the alteration of the document so as to ensure that he could obtain from Her Majesty twenty-four sheets of ¾ inch plywood.

2.

The Court has also heard evidence of his original denial onboard ship and his, what would appear to be, fabricated story that he told the military police about how he came into possession of the plywood that was found at his residence. And it would appear logical from the circumstances that he was delaying in identifying an individual, as part of the fabricated story, so as to ensure that he would have a reasonable time — during the time that that party left HMCS FRASER to the point where he had an opportunity to speak to him about the obtaining of a receipt for the plywood — which would accord with the fabrication he told the military police. And there's no question about the attempt to involve Petty Officer Sankey in this theft, theft that would appear to be the work of Petty Officer O'Malley alone, that Petty Officer O'Malley approached Petty Officer Sankey for the purpose of obtaining that receipt. There's no question about the fact that that is an aggravating factor insofar as the sentence to be imposed.

It is clear that both findings were material to the decision as to sentence.

Dealing first with the second statement, very strictly speaking, the learned President misspoke in characterizing the appellant's approach to Sankey as an "attempt to involve Petty Officer Sankey in this theft." It is clear from a fair reading of the entire passage that the learned President had in mind the precise nature of the appellant's attempt to involve Sankey. An imprecise description of it in the orally delivered reasons raises no doubt whatever as to that. The attempt to involve Sankey in a coverup was not irrelevant to the determination of an appropriate sentence. The learned President did not err in considering it.

1.

[TRADUCTION] ... En premier lieu, même s'il n'existe aucune preuve directe de ce fait, il semblerait raisonnable de conclure, à partir de la pièce «B» qui a été versée au dossier par le ministère public, que là où figurait le chiffre «1» inscrit à l'encre bleue ... les chiffres «2» et «4» ou «24» aient été substitués à l'encre noire. Telle semble être la seule preuve permettant à la Cour de conclure que cette falsification est l'oeuvre soit du sous-officier O'Malley lui-même, comme c'est apparemment le cas, soit d'une autre personne qui aurait fait en son nom. Même s'il n'existait aucune preuve directe à ce sujet, il semblerait également que là où doit être inscrit le nom de la personne qui a reçu l'objet, O'Malley ait apposé sa signature avec la même plume. Par conséquent, en ce qui concerne cet aspect de la preuve, il semblerait que le sous-officier O'Malley ait falsifié le document de façon à obtenir de Sa Majesté vingt-quatre feuilles de contre-plaqué de ¾ de pouce.

2.

[TRADUCTION] On a également prouvé devant la Cour la dénégation initiale à bord du navire et l'histoire, fabriquée de toutes pièces, semble-t-il, qu'il a racontée à la police militaire pour expliquer de quelle manière le contre-plaqué trouvé chez lui était tombé en sa possession. Il semble logique de conclure qu'il a tardé à identifier un certain individu de façon à s'assurer que ce dernier quitte le HMCS FRASER et à pouvoir lui parler au sujet de l'obtention d'un récépissé; telle est l'histoire qu'il a racontée à la police militaire. À coup sûr, il a tenté d'impliquer le sous-officier Sankey dans le vol en question, qu'il aurait commis seul, semble-t-il, et il l'a pressenti pour obtenir le récépissé. Ce facteur est certainement entré en ligne de compte dans la détermination de la peine.

De toute évidence, ces deux conclusions ont influé sur la décision rendue quant à la peine.

D'abord, en ce qui concerne la seconde conclusion, le savant président s'est, strictement parlant, mal exprimé en qualifiant la démarche de l'appellant de tentative d'impliquer le sous-officier Sankey dans le vol en question. La lecture attentive du passage au complet montre clairement que le savant président se demandait quelle était la nature exacte de la tentative en question. C'est d'ailleurs ce qui ressort nettement de la description vague qui en est donnée dans les motifs qu'il a rendus oralement. La tentative d'impliquer Sankey dans une dissimulation est entrée en ligne de compte dans la détermination de la peine à infliger. Le savant président n'a commis aucune erreur en tenant compte de ce fait.

As to the first statement, what was proved or admitted is that the appellant obtained the requisition in issue, for one sheet of plywood, from the supply office of his ship on October 16, 1984; that between that date and October 29, both inclusive, 24 sheets were issued by Base stores on the authority of that requisition; that the requisition had been altered and that 20, not 24, sheets, the property of the Crown, had been delivered by the appellant to his home in a military vehicle on October 24. There is no direct evidence or admission that the appellant attended at Base stores or that the plywood found at his home was plywood issued on the basis of the requisition. The signature of the person who received the plywood by virtue of the requisition was not proved. None of those matters were dealt with by the prosecutor in his statement pursuant to *Q.R. & O.* article 112.27. While it may be possible to infer that the appellant altered or arranged the alteration of the requisition, that is not good enough.

The evidence does not support a finding that, beyond a reasonable doubt, it was the appellant who altered the requisition or caused it be altered. The facts upon which a court martial bases its determination as to sentence, as those upon which it bases a finding of guilt, must be established beyond a reasonable doubt. It was simply not open to the learned President to conclude that, beyond a reasonable doubt, the appellant had altered, or caused the alteration of, the requisition.

That finding was clearly material to the learned President's decision as to sentence and the question now to be considered is whether the error goes to legality of sentence. It did not result in a sentence that was illegal in the sense of being a sentence not authorized by law. The respondent argues that the error went only to severity of the sentence and is outside our jurisdiction to act upon. However, it does seem to me that where this Court is satisfied that a material illegal consideration has been taken into account in the determination of a sentence, even though the illegality can patently have manifested itself only in the severity of that sentence, justice demands that the sentence be found to be illegal. Only by such a finding can the Court require the due reconsideration of the sentence having regard to the illegality. In the scheme of the *National Defence Act* this does not necessarily

Quant à la première conclusion, il a été prouvé ou reconnu que l'appellant a obtenu la commande en question, pour une feuille de contre-plaqué, du service des approvisionnements de son navire le 16 octobre 1984, et que du 16 au 29 octobre inclusivement, vingt-quatre feuilles ont été délivrées par les magasins de la base, que la formule a été falsifiée et que le 24 octobre, le requérant a apporté chez lui, dans un véhicule militaire, vingt et non vingt-quatre feuilles appartenant à la Couronne. Il n'est pas directement prouvé, ni reconnu, que l'appellant s'était présenté aux magasins de la base ou que le contre-plaqué trouvé chez lui avait été délivré par la suite de la commande. La signature de la personne qui a reçu le contre-plaqué commandé n'a pas été prouvée. La déclaration que le poursuivant a faite conformément à l'article 112.27 des ordonnances et règlements royaux n'énonce rien à ce sujet.

On peut probablement conclure que l'appellant a falsifié la formule lui-même ou par l'entremise d'un tiers, mais on ne peut pas le conclure au-delà du doute raisonnable. Or, telle est la preuve sur laquelle une cour martiale doit se fonder pour prononcer un verdict de culpabilité ou pour déterminer la peine. En l'espèce, le savant président ne pouvait tout simplement pas conclure au-delà du doute raisonnable que l'appellant avait falsifié ou avait fait falsifier la formule en question.

Cette conclusion a nettement influé sur la décision que le savant président a prise quant à la peine; il s'agit maintenant de savoir si l'erreur commise influe sur la légalité de la peine. Elle n'a pas pour effet de rendre la peine illégale, c.-à-d. non autorisée par la loi. Pour sa part, l'intimée soutient que l'erreur en question influe uniquement sur la sévérité de la peine et que la Cour n'a aucune compétence à cet égard. Toutefois, à mon avis, si la Cour est convaincue que la peine prononcée est fondée sur une considération dont on ne pouvait pas à bon droit tenir compte, il faut en bonne justice conclure à l'illégalité de la peine et ce, indépendamment de sa sévérité. La Cour ne peut ordonner un nouvel examen de la question que si elle a tiré pareille conclusion. Mais dans le contexte de la *Loi sur la défense nationale*, cela ne veut pas nécessairement dire qu'elle substituera la

lead to the Court substituting its view of an appropriate sentence for that of the authority Parliament has designated for the purpose. The Act provides:

203. Upon the hearing of an appeal respecting the legality of a sentence passed by a court martial, the Court Martial Appeal Court, if it allows the appeal, shall forthwith refer the proceedings to the Minister, or to such other authority as the Minister may prescribe or appoint for that purpose, who shall, subject to section 184, substitute for the punishment imposed by the court martial such new punishment or punishments as he considers appropriate and every punishment comprised in the sentence passed by the court martial thereupon ceases to have force and effect; and section 185 applies to the new punishment or punishments.

The Minister of National Defence, or his delegate, is precisely the authority whom Parliament has authorized, under subsection 200(1), to deal with appeals relating only to severity of sentence.

I should add that the Court, having concluded that the sentence was illegal, did consider its discretion under section 204.

204. Notwithstanding anything in this Part, the Court Martial Appeal Court may disallow an appeal if, in the opinion of the Court, to be expressed in writing, there has been no substantial miscarriage of justice.

We concluded that it would be inappropriate to have recourse to it in these circumstances, since to do so would be to preempt the exercise of the discretion Parliament has vested in the Minister under section 203.

Finally, to complete the record, the appellant sought to raise an additional ground of appeal at the hearing. It was apparent that it entailed a constitutional attack on the fundamental sufficiency of the rights afforded a military convict to appeal the severity of his sentence. Notice of intention to raise this issue had been given the respondent only the day before. The Court refused, pursuant to rule 31, to give the appellant leave to argue that ground of appeal by reason of the inadequacy of the notice.

I would allow the appeal with costs and, pursuant to section 203, refer the proceedings to the Minister.

PRATTE J.: I agree.

URIE J.: I agree.

peine infligée par la personne que le Parlement a désignée à cette fin par la peine qu'elle estime juste. La Loi prévoit ce qui suit:

a 203. Après avoir entendu un appel sur la légalité d'une sentence rendue par une cour martiale, le Tribunal d'appel des cours martiales doit, s'il admet l'appel, déférer immédiatement les procédures au Ministre, ou à toute autre autorité par celui-ci prescrite ou nommée à cette fin, qui doit, sous réserve de l'article 184, substituer à la peine infligée par la cour martiale la ou les nouvelles peines que le Ministre ou cette autre autorité juge appropriées, et, dès lors, toute peine comprise dans la sentence rendue par la cour martiale cesse d'avoir vigueur et effet, et l'article 185 s'applique à la nouvelle peine ou aux nouvelles peines

c Le ministre de la Défense nationale, ou la personne qu'il a désignée, sont précisément les personnes ainsi autorisées par le Parlement, aux termes du paragraphe 200(1), lorsqu'il s'agit d'entendre un appel ne portant que sur la sévérité de la peine.

d Je tiens à ajouter qu'ayant conclu à l'illégalité de la peine, la Cour a tenu compte du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 204.

e 204. Nonobstant toute disposition de la présente Partie, le Tribunal d'appel des cours martiales peut ne pas admettre un appel lorsque, de l'avis du Tribunal, exprimé par écrit, il n'y a pas eu erreur judiciaire importante.

f Nous avons conclu qu'il ne serait pas opportun de nous prévaloir en l'espèce de cet article, puisque ce faisant, nous substituerions notre pouvoir à celui que le Parlement a conféré au ministre aux termes de l'article 203.

g En dernier lieu, l'appellant a cherché à invoquer un autre moyen d'appel lors de l'audience. De toute évidence, il s'agissait d'un argument d'ordre constitutionnel concernant l'étendue du droit qu'a un militaire reconnu coupable d'interjeter appel contre la sévérité de la peine infligée. Or, l'avis d'intention n'a été signifié à l'intimée que la veille de l'audience. Conformément à la règle 31, la Cour a donc refusé d'autoriser l'appellant à plaider ce moyen d'appel pour le motif que l'avis donné n'était pas suffisant.

i J'admets l'appel avec dépens et conformément à l'article 203, je renvoie l'affaire au Ministre.

LE JUGE PRATTE: Je souscris à cet avis.

LE JUGE URIE: Je souscris à cet avis.