

Ivan Stewart

(██████████ Master Corporal, Canadian Forces)
Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

INDEXED AS: R. v. STEWART

File No.: CMAC 339

Motion dealt with in writing.

Judgment: Ottawa, Ontario, 14 October, 1992

Present: Mahoney C.J., Stone and MacGuigan J.J.A.

Motion to reopen appeal relating to a Disciplinary Court Martial held at Canadian Forces Base Calgary, Alberta, on 23 to 26 April, 1991.

Court Martial Appeal Rules — Rule 28(1)(d) — Court has jurisdiction to reinstate appeal previously dismissed under Rule 28(1)(d).

The appellant's appeal had been dismissed by the Court pursuant to Rule 28(1)(d) for non-compliance with a requirement of the *Rules*. The respondent subsequently moved the Court to allow the appeal and order a new trial on the grounds of the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Généreux*.

Held: Dismissal revoked, appeal allowed, new trial ordered.

The Court has jurisdiction to revoke an order disposing of an appeal where the order is made on grounds other than the merits of the appeal, and the interests of justice so require. Those factors were met in this case.

COUNSEL:

Master Corporal Ivan Stewart, acting on his own behalf

Lieutenant-Colonel M. Crowe, for the respondent

Ivan Stewart

(██████████ Caporal-chef, Forces canadiennes)
Appelant,

a

c.

Sa Majesté la Reine

b

Intimée.

RÉPERTORIÉ : R. c. STEWART

c N° du greffe : CACM 339

Demande réglée sans comparution personnelle.

d Jugement : Ottawa (Ontario), le 14 octobre 1992

Devant : le juge en chef Mahoney et les juges Stone et MacGuigan, J.C.A.

e

Demande de recommencer un appel concernant une cour martiale disciplinaire siégeant à la base des Forces canadiennes de Calgary (Alberta), les 23 à 26 avril 1991.

f

Règles de la cour d'appel des cours martiales — Règle 28(1)d) — La Cour est compétente pour rétablir un appel qui a précédemment été rejeté aux termes de la règle 28(1)d).

g

L'appel de l'appelant a été rejeté par la Cour en application de la règle 28(1)d) pour non respect d'une exigence des Règles. L'intimée a par la suite demandé à la Cour d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur le fondement de l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Généreux*.

h

Arrêt : Rejet révoqué, appel accueilli, nouveau procès ordonné.

i

La Cour est compétente pour révoquer une ordonnance qui règle un appel lorsque celle-ci est rendue sur des fondements autres que ceux de l'appel et que les intérêts de la justice l'exigent. Ces facteurs ont été satisfaits en l'espèce.

AVOCATS:

Caporal-chef Ivan Stewart, pour son propre compte

Lieutenant-colonel M. Crowe, pour l'intimée

j

REGULATION CITED:

Court Martial Appeal Rules, SOR/86-959, r. 28(1)(d)

CASES CITED:

R. v. Blaker (1983), 6 C.C.C. (3d) 385 (B.C.C.A.)

R. v. Généreux, [1992] 1 S.C.R. 259

R. v. Jacobs, [1971] S.C.R. 92

R. v. Watson (1975), 23 C.C.C. (2d) 366 (Ont. C.A.)

The following are the reasons for judgment delivered in English by

MAHONEY C.J.: The appellant signed an Appeal Form and delivered it to a superior officer on January 28, 1992, within the then prescribed time limit, in respect of his conviction by Disciplinary Court Martial in April, 1991. He took no further action to prosecute his appeal. By order of the Chief Justice made *ex proprio motu* April 13, 1992, the appellant was excused from filing a Notice of Grounds of Appeal, as required by the *Court Martial Appeal Rules* in effect when the appeal was commenced but repealed in the interval, and the appellant was further granted an extension of time to May 15, 1992, to file and serve his Memorandum of Fact and Law. On May 21, 1992, the Court, as presently constituted, noting that the appellant had neither filed his Memorandum nor sought a further extension of time in which to do so, dismissed the appeal pursuant to Rule 28(1)(d) by reason of his failure, without dispensation, to comply with a requirement of the *Rules*.

On July 16, 1992, the respondent moved the Court to allow the appeal and order a new trial solely on the grounds of the decision of the Supreme Court of Canada, rendered February 13, 1992, in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, as to the constitutionality of general courts martial. The appellant, self-represented, endorses the respondent's application.

RÈGLEMENT CITÉ :

Règles de la Cour d'appel des cours martiales, DORS/86-959, r. 28(1)d)

JURISPRUDENCE CITÉE :

R. v. Blaker (1983), 6 C.C.C. (3d) 385 (C.A.C.-B.)

R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259

R. c. Jacobs, [1971] R.C.S. 92

R. v. Watson (1975), 23 C.C.C. (2d) 366 (C.A. Ont.)

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

LE JUGE EN CHEF MAHONEY : L'appelant a signé une déclaration d'appel relativement au verdict de culpabilité prononcé contre lui par une cour martiale disciplinaire en avril 1991. Il a remis la déclaration à un officier supérieur le 28 janvier 1992, soit dans les délais alors prescrits, mais n'a pris aucune autre mesure en vue de faire entendre son appel. Le 13 avril 1992, le juge en chef a rendu, de sa propre initiative, une ordonnance qui dispensait l'appelant d'avoir à déposer un exposé des moyens d'appel en conformité avec les *Règles de la Cour d'appel des cours martiales*, encore en vigueur au moment où l'appel a été interjeté mais abrogées par la suite. De plus, l'appelant s'est vu accorder une prorogation, jusqu'au 15 mai 1992, du délai de dépôt et de signification de son exposé des faits et du droit. Le 21 mai 1992, la Cour, telle qu'elle est constituée en l'espèce, constatant que l'appelant n'avait pas déposé d'exposé ni demandé de nouvelle prorogation du délai pour ce faire, a rejeté l'appel en vertu de la règle 28(1)d) du fait que l'appelant avait omis de respecter, sans en avoir été dispensé, une exigence des règles.

Le 16 juillet 1992, l'intimée a présenté à la Cour une requête visant à obtenir que l'appel soit accueilli et que la tenue d'un nouveau procès soit ordonnée, et ce, sur le seul fondement de l'arrêt portant sur la constitutionnalité des cours martiales générales rendu le 13 février 1992 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259. L'appelant, plaidant sa propre cause, appuie la requête de l'intimée.

In *R. v. Blaker* (1983), 6 C.C.C. (3d) 385, the British Columbia Court of Appeal allowed an application to reconsider the dismissal of an appeal for want of prosecution. After an extensive review of Commonwealth jurisprudence, Craig J.A., Carrothers J.A. concurring, concluded [at page 392]

... that an appellate court has jurisdiction to vary or to set aside an order disposing of an appeal in a criminal case if the order disposing of the appeal was made on a basis other than on the merits and if in all the circumstances the court thinks that the order should be varied or be set aside, that is, if it is in the interests of justice that the order should be varied or set aside.

In that case, the appeal had been dismissed December 20, 1982, and the application to vary had been dismissed February 7, 1983. It is apparent that the appellant had acted promptly.

In *R. v. Watson* (1975), 23 C.C.C. (2d) 366, the Ontario Court of Appeal recognized the same jurisdiction but refused, in the circumstances, to rescind an order dismissing, as abandoned, the appeal. There the appellant, following the advice of counsel, had filed a notice of abandonment January 28, 1974, which was implemented by order made February 4. The application to rescind was launched in December. The refusal to rescind the dismissal was based on both the delay and the absence of evidence as to why, in view of alleged merit, counsel had advised abandonment.

In *R. v. Jacobs*, [1971] S.C.R. 92, the Supreme Court of Canada considered the decision of the Quebec Court of Appeal setting aside a conviction entered on non-appearance when counsel, the same day, had approached one of the appellate judges to excuse his absence. The refusal to interfere was because the appellate court had made the order "in the exercise of the discretionary power relating to practice concerning the proper administration of justice in criminal matters."

Dans l'arrêt *R. v. Blaker* (1983), 6 C.C.C. (3d) 385, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait droit à une demande de réexamen d'une décision rejetant une demande de modification d'une ordonnance portant rejet d'un appel pour défaut de poursuite. À la suite d'une étude approfondie de la jurisprudence du Commonwealth, le juge Craig, J.C.A., à l'avis duquel s'est rangé le juge Carrothers, J.C.A., a conclu [à la page 392] :

[TRADUCTION] ... qu'un tribunal d'appel a compétence pour modifier ou pour annuler une ordonnance tranchant un appel en matière pénale si cette ordonnance ne constitue pas une décision au fond et si, dans les circonstances, le tribunal estime qu'il y a lieu de modifier ou d'annuler l'ordonnance, c'est-à-dire si une telle mesure s'impose dans l'intérêt de la justice.

Dans cette affaire-là, l'appel avait été rejeté le 20 décembre 1982 et la demande de modification l'avait été le 7 février 1983. Il est donc évident que la partie appelante avait fait diligence.

Dans l'arrêt *R. v. Watson* (1975), 23 C.C.C. (2d) 366, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu être investie de cette même compétence, mais a refusé, dans les circonstances, d'annuler une ordonnance portant rejet de l'appel pour cause de désistement. Il s'agit là d'un cas où la partie appelante, suivant la recommandation de son avocat, avait déposé un avis de désistement le 28 janvier 1974, lequel désistement a été entériné par un ordonnance rendue le 4 février. La demande d'annulation du rejet a été présentée en décembre. Le refus d'y accéder a été motivé à la fois par l'écoulement du temps et par l'absence d'éléments de preuve établissant pourquoi, vu qu'il s'agissait, prétendait-on, d'un appel fondé, l'avocat avait recommandé le désistement.

Dans l'affaire *R. c. Jacobs*, [1971] R.C.S. 92, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur un arrêt dans lequel la Cour d'appel du Québec avait annulé une déclaration de culpabilité inscrite par défaut dans un cas où, le jour même de cette inscription, l'avocat était allé auprès de l'un des juges de la Cour d'appel afin d'excuser son absence. Le refus de toucher à l'arrêt attaqué tenait à ce que la Cour d'appel avait rendu l'ordonnance «dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire afférent à la pratique concernant la bonne administration de la justice en matière criminelle».

In support of the application, respondent's counsel acknowledges its exceptional character but argues that the appellant should be treated as have other appellants in the wake of the *Généreux* decision. The Court is, of course, aware that in numerous other cases, before the time for the appellant to take a further step after commencing the appeal had expired, the respondent has moved, with consent, for the allowance of the appeal on that sole ground and the direction of a new trial. While the appellant's passivity is a disturbing factor, it is perhaps explicable in the context of the military community, where the action taken in like circumstances may have been common knowledge.

We are satisfied that we have jurisdiction to grant the order sought and that it would be in the interests of justice to do so. The dismissal of the appeal will be revoked, the appeal allowed and a new trial ordered on the charges of which the appellant was convicted.

STONE J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

En soutenant la requête en l'espèce, l'avocat de l'intimée reconnaît son caractère exceptionnel, mais fait valoir que l'appellant mérite le même traitement que celui accordé à d'autres appelants consécutivement à l'arrêt *Généreux*. La Cour se rend compte, bien entendu, que dans de nombreuses autres affaires, avant l'expiration du délai dans lequel la partie appelante devait faire un autre pas après avoir interjeté appel, l'intimée a demandé par voie de requête, avec le consentement de la partie appelante, que l'appel soit accueilli pour ce seul motif et que la tenue d'un nouveau procès soit ordonnée. Pour inquiétante que soit la passivité de l'appellant dans la présente instance, elle pourrait s'expliquer dans le contexte du milieu militaire, où la mesure prise dans de telles circonstances était peut-être notoire.

Nous sommes convaincus que nous avons compétence pour accorder l'ordonnance sollicitée et qu'il convient dans l'intérêt de la justice de l'accorder. Le rejet de l'appel sera annulé, l'appel sera accueilli et la tenue d'un nouveau procès sera ordonnée relativement aux accusations à l'égard desquelles l'appellant a été reconnu coupable.

LE JUGE STONE, J.C.A. : J'y souscris.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A. : J'y souscris.