

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

86-22-CA

B E T W E N:

E N T R E :

CURTIS WHITTAKER

CURTIS WHITTAKER

APPELLANT

APPELANT

- and -

-et-

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

RESPONDENT

INTIMÉ

Motion heard by:
The Honourable Justice Green

Motion entendue par :
l'honorable juge Green

Date of hearing:
December 16, 2022

Date de l'audience :
le 16 décembre 2022

Date of decision:
December 21, 2022

Date de la décision :
le 21 décembre 2022

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

Curtis Whittaker on his own behalf

Curtis Whittaker en son propre nom

For the respondent:
Patrick McGuinty

Pour l'intimé :
Patrick McGuinty

DECISION

[1] Curtis Whittaker applies to be released from custody pending the determination of his application for leave to appeal and, if leave is granted, his appeal. Counsel for the respondent does not agree to the release.

[2] Having considered the provisions of s. 679 of the *Criminal Code*, I am not satisfied that Mr. Whittaker should be released.

[3] On May 12, 2022, Mr. Whittaker pled guilty to discharging a firearm with intent to wound (s. 244(1) of the *Criminal Code*). Following a sentencing hearing on July 13, 2022, he was sentenced to a term of imprisonment of five years. Mr. Whittaker has filed a Notice of Appeal challenging both his conviction and his sentence. He requires leave. The hearing of his leave application is scheduled for January 11, 2023.

[4] Briefly, the facts of this case, as agreed to by Mr. Whittaker at the time of entering his guilty plea, are as follows.

[5] During a dispute over drugs, Mr. Whittaker shot Morgan Nice in the stomach with a shotgun at close range. Fortunately, Mr. Nice survived. At the time of the shooting, Mr. Nice was lying on a snowbank, completely defenceless. A nearby individual was able to capture the incident on video, which was played in court at Mr. Whittaker's hearing. Approximately 24 hours after the shooting, Mr. Whittaker admitted to police that he was the shooter. His description of the clothing he was wearing matched that of the shooter in the video.

[6] Subsection 679(3) of the *Criminal Code* sets out the criteria the court must consider when hearing an application for release pending the determination of an appeal:

679(3) (a) the appeal or application for leave to appeal is not frivolous;	679(3) a) que l'appel ou la demande d'autorisation d'appel n'est pas futile;
--	--

- | | |
|---|--|
| (b) he will surrender himself into custody in accordance with the terms of the order; and | b) qu'il se livrera en conformité avec les termes de l'ordonnance; |
| (c) his detention is not necessary in the public interest. | c) que sa détention n'est pas nécessaire dans l'intérêt public. |

[7] The Crown opposes Mr. Whittaker's release based on the first and third criteria, and notes there is only a "lingering flight risk." I agree and will focus only on the merits of the appeal, or lack thereof, and the public interest test.

[8] In *R. v. Oland*, 2017 SCC 17, [2017] 1 S.C.R. 250, the Supreme Court stipulates that "The applicant seeking bail bears the burden of establishing that each criterion is met on a balance of probabilities" (para. 19). *Oland* goes on to note that the first criterion "is widely recognized as being a very low bar" (para. 20). That said, it is still a bar.

[9] Mr. Whittaker's grounds of appeal can be summarized as follows:

- (a) he had ineffective assistance from his trial counsel, resulting in a miscarriage of justice; and
- (b) the Crown intimidated and coerced him into entering a guilty plea because they had no evidence.

Despite his guilty plea, Mr. Whittaker now maintains he is innocent.

[10] Mr. Whittaker was represented at trial by experienced criminal counsel, who has filed an affidavit with the Court in response to his former client's assertions, in accordance with the Court's protocol for allegations of ineffective assistance of counsel in first instance. Based on the record before me, I must say that Mr. Whittaker's grounds of appeal appear remarkably weak.

[11] Moving on to the third criterion, public interest, the Court is required to balance reviewability and enforceability. This Court, in *R. v. Edison*, [2018] N.B.J. No. 99 (QL), stated that:

[...] The contextual analysis requires the decision maker to assess the combined effect of enforceability and reviewability to determine whether detention is necessary in the public interest. There is no template. This is a balancing exercise, which culminates in a single question, which is, whether detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice. In other words, adopting the perspective of the public, would a reasonable and fair minded person's confidence in the administration of justice be undermined should release or detention be ordered, if it is found to be not justified [...] [para. 11]

[12] Returning to *Oland*, the Supreme Court provides this direction:

That said, where the applicant has been convicted of murder or some other very serious crime, the public interest in enforceability will be high and will often outweigh the reviewability interest, particularly where there are lingering public safety or flight concerns and/or the grounds of appeal appear to be weak: *R. v. Mapara*, 2001 BCCA 508, 158 C.C.C. (3d) 312, at para. 38; *Baltovich*, at para. 20; *Parsons*, at para. 44. [para. 50]

[13] The above passage from *Oland* weighs significantly in my decision on this application for release from custody. The offence is very serious, and the grounds of appeal do appear to be very weak.

[14] In my opinion, a reasonable and fair-minded person's confidence in the administration of justice would be undermined if a person who pled guilty to shooting a defenceless victim in the stomach with a shotgun was released from custody pending appeal, in a case where the grounds of appeal are clearly weak, and the evidence against that person in the trial record is overwhelming.

[15] The application for release from custody pending the determination of appeal is therefore dismissed.

[16] Considering the nature and effect of this decision, I direct, in accordance with s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5, that it be published in the first instance in English and, thereafter, at the earliest possible time, in French.

DÉCISION

- [1] Curtis Whittaker demande à être mis en liberté en attendant la décision sur sa demande d'autorisation d'appel et, si l'autorisation est accordée, sur son appel. L'avocat de l'intimé s'oppose à la mise en liberté.
- [2] Après avoir examiné les dispositions de l'art. 679 du *Code criminel*, je ne suis pas convaincu que M. Whittaker devrait être mis en liberté.
- [3] Le 12 mai 2022, M. Whittaker a plaidé coupable d'avoir déchargé une arme à feu dans l'intention de blesser (par. 244(1) du *Code criminel*). Au terme d'une audience de détermination de la peine qui a eu lieu le 13 juillet 2022, il a été condamné à une peine d'emprisonnement de cinq ans. M. Whittaker a déposé un avis d'appel contestant à la fois sa déclaration de culpabilité et sa peine. Il doit obtenir l'autorisation d'interjeter appel. L'audition de sa demande d'autorisation d'appel est prévue pour le 11 janvier 2023.
- [4] En bref, les faits de la présente affaire, comme M. Whittaker en a convenu au moment d'inscrire son plaidoyer de culpabilité, sont les suivants.
- [5] Au cours d'une dispute liée à la drogue, M. Whittaker a tiré de près une balle dans le ventre de Morgan Nice avec un fusil de chasse. Heureusement, M. Nice a survécu. Au moment du coup de feu, M. Nice était allongé sur un banc de neige, sans défense. Une personne se trouvant à proximité a réussi à filmer l'incident et cet enregistrement vidéo a été visionné lors de l'audience de M. Whittaker. Environ 24 heures après le tir, M. Whittaker a avoué à la police qu'il était le tireur. Sa description des vêtements qu'il portait correspondait à celle du tireur dans la vidéo.
- [6] Le paragraphe 679(3) du *Code criminel* énonce les critères que la Cour doit prendre en compte lorsqu'elle est saisie d'une demande de mise en liberté en attendant la décision d'un appel :

679(3) (a) the appeal or application for leave to appeal is not frivolous;	679(3) a) que l'appel ou la demande d'autorisation d'appel n'est pas futile;
(b) he will surrender himself into custody in accordance with the terms of the order; and	b) qu'il se livrera en conformité avec les termes de l'ordonnance;
(c) his detention is not necessary in the public interest.	c) que sa détention n'est pas nécessaire dans l'intérêt public.

[7] Le ministère public s'oppose à la mise en liberté de M. Whittaker sur le fondement des premier et troisième critères, et il constate qu'il n'existe qu'un [TRADUCTION] « risque de fuite persistant ». Je suis d'accord avec lui et je m'arrêterai seulement sur le bien-fondé de l'appel, ou sur l'absence de fondement, et sur le critère de l'intérêt public.

[8] Dans *R. c. Oland*, 2017 CSC 17, [2017] 1 R.C.S. 250, la Cour suprême indique qu'« [i]l incombe au demandeur qui sollicite une mise en liberté sous caution d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que chacun de ces critères est respecté » (par. 19). La Cour indique ensuite qu'il « est largement reconnu que le [premier critère] est très peu exigeant » (par. 20). Cela étant dit, il s'agit tout de même d'un critère.

[9] Les moyens d'appel de M. Whittaker peuvent être résumés ainsi :

- a) son avocat ne l'a pas représenté efficacement, ce qui a entraîné une erreur judiciaire;
- b) le ministère public l'a intimidé et contraint à inscrire un plaidoyer de culpabilité, car il ne disposait d'aucune preuve.

Malgré son plaidoyer de culpabilité, M. Whittaker prétend maintenant qu'il est innocent.

[10] M. Whittaker a été représenté au procès par un avocat criminaliste chevronné, qui a déposé un affidavit auprès de la Cour en réponse aux allégations de son ancien client, et ce, conformément au protocole de la Cour concernant les allégations de

représentation inefficace d'un avocat en première instance. Compte tenu du dossier dont je dispose, je dois dire que les moyens d'appel de M. Whittaker semblent remarquablement faibles.

[11] En ce qui concerne le troisième critère, soit l'intérêt public, la Cour doit établir un équilibre entre le caractère révisable et la force exécutoire des jugements. Notre Cour, dans *R. c. Edison*, [2018] A.N.-B. n° 99 (QL), a indiqué ce qui suit :

[...] Cette analyse contextuelle demande que le tribunal apprécie l'effet combiné des principes de la force exécutoire et du caractère révisable des jugements pour déterminer si la détention est nécessaire dans l'intérêt public. Il n'existe pas de formule à appliquer. Il s'agit d'un exercice de pondération qui mène à une unique question : la détention est-elle nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice? En d'autres termes, il faut se demander, en adoptant le point de vue du public, si la confiance d'une personne raisonnable et impartiale envers l'administration de la justice serait minée par la mise en liberté ou par la détention, dans l'hypothèse où elle se révélerait injustifiée [...] [par. 11]

[12] Dans l'arrêt *Oland*, la Cour suprême donne les directives suivantes :

Cela dit, lorsque le demandeur a été déclaré coupable de meurtre ou d'un autre crime très grave, l'intérêt du public relatif à la force exécutoire des jugements sera élevé et l'emportera souvent sur l'intérêt lié au caractère révisable de ceux-ci, particulièrement dans les cas où il existe des préoccupations persistantes en matière de sécurité publique ou de risques de fuite, où les moyens d'appel semblent faibles, ou les deux (*R. c. Mapara*, 2001 BCCA 508, 158 C.C.C. (3d) 312, par. 38; *Baltovich*, par. 20; *Parsons*, par. 44). [par. 50]

[13] L'extrait ci-dessus de l'arrêt *Oland* a un effet important sur ma décision sur la présente demande de mise en liberté. L'infraction est très grave et les moyens d'appel semblent effectivement très faibles.

[14] À mon avis, la confiance d'une personne raisonnable et impartiale envers l'administration de la justice serait minée si une personne qui a plaidé coupable d'avoir tiré une balle dans le ventre d'une victime sans défense avec un fusil de chasse était mise en liberté en attendant l'appel, dans une affaire où les moyens d'appel sont manifestement faibles et où la preuve contre cette personne au dossier d'instruction est accablante.

[15] La demande de mise en liberté dans l'attente de la décision sur l'appel est donc rejetée.

[16] Compte tenu de la nature et de l'effet de la présente décision, j'ordonne, en application du par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, qu'elle soit publiée d'abord en anglais puis, dans les meilleurs délais, en français.