

T-2094-89

T-2094-89

**John Robert Duncan (Applicant)**

v.

**Minister of National Defence, Commander, Canadian Forces Europe, Base Commander, Canadian Forces Base Baden-Soellingen, Base Operations Officer, Canadian Forces Base Baden-Soellingen, Commandant, Canadian Forces Service Prison & Detention Barracks (Respondents)**

INDEXED AS: DUNCAN v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T.D.)

Trial Division, Muldoon J.—Vancouver, March 1 and 16, 1990.

Judicial review — Prerogative writs — Prohibition — Armed Forces captain appealing dismissal of appeal from sentence imposed by military tribunal upon drive over 80 conviction — Decision-maker basing decision on subordinate's recommendation — Appellant not having direct access to decision-maker — Decision of designated authority reviewable — Right to fundamental justice including right to fair procedure and benefit of audi alteram partem denied — Procedure unconstitutional — Prohibition granted.

Armed Forces — S. 230 National Defence Act — Sentence appeal from military tribunal decision — ADM(Per) deciding appeal based on advice of subordinate, DPLS — Appellant denied direct access to ADM(Per) — Procedure unconstitutional — Fundamental justice, Charter s. 7 rights violated.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Sentence appeal from military tribunal decision — Armed Forces captain appealing sentence: four-month prison term, dismissal from H.M. service — Having no opportunity to put case before decision-maker who relied on recommendations of subordinate — Fundamental justice denied — S. 7 Charter rights violated — S. 7 rights including right to fair procedure and fair hearing — In matter involving liberty and security both parties having right of direct access to decision-maker — Procedure not justified under Charter s. 1.

The applicant, a captain in the Canadian Armed Forces stationed at Baden-Soellingen in the Federal Republic of Germany, was charged with driving with over 80 mgs of alcohol in 100 mls. of blood, contrary to paragraph 237(1)(b) of the Criminal Code. He was convicted by a Standing Court Martial and sentenced to four months' imprisonment. Under the National Defence Act, such a sentence is deemed to include

**John Robert Duncan (requérant)**

c.

a. **Le ministre de la Défense nationale, le commandant des Forces canadiennes en Europe, le commandant de la base des Forces canadiennes Baden-Soellingen, l'officier des opérations de la base des Forces canadiennes Baden-Soellingen et le commandant de la caserne de détention et prison militaire des Forces canadiennes (intimés)**

RÉPERTORIÉ: DUNCAN c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (1<sup>re</sup> INST.)

c. Section de première instance, juge Muldoon—Vancouver, 1<sup>er</sup> et 16 mars 1990.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Prohibition — Appel d'un capitaine des Forces armées du rejet de l'appel contre la sentence imposée par le tribunal militaire pour conduite d'un véhicule avec un taux d'alcoolémie dépassant 80 mg d'alcool par 100 ml de sang — La décision de l'instance décisionnelle était fondée sur la recommandation d'un subalterne — L'appellant n'a pas eu directement accès à l'instance décisionnelle — La décision de l'autorité désignée est révisable — Le droit à la justice fondamentale, y compris le droit à une procédure équitable et au bénéfice de la règle audi alteram partem, a été refusé — Procédure inconstitutionnelle — Demande de prohibition accordée.

Forces armées — Art. 230 de la Loi sur la défense nationale — Appel de la sentence imposée par le tribunal militaire — Le SMA(Per) a tranché l'appel en se fondant sur l'avis d'un subalterne, le DSJP — L'appellant s'est vu refuser l'accès direct au SMA(Per) — Procédure inconstitutionnelle — Le droit à la justice fondamentale reconnu à l'art. 7 de la Charte a été violé.

g. Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel de la sentence imposée par un tribunal militaire — Le capitaine des Forces armées en a appelé de sa sentence, une peine de quatre mois d'emprisonnement entraînant la destitution du service de Sa Majesté — L'appellant n'a pas eu la possibilité de présenter sa cause à l'instance décisionnelle, qui s'est fondée sur les recommandations d'un employé subalterne — Le droit à la justice fondamentale a été refusé — Les droits reconnus à l'art. 7 de la Charte ont été violés — Les droits prévus à l'art. 7 comprennent le droit à une procédure équitable et à une audience impartiale — Dans les cas touchant la liberté et la sécurité, les deux parties ont un droit d'accès direct à l'instance décisionnelle — La procédure n'est pas justifiée selon l'art. 1 de la Charte.

Le requérant, capitaine des Forces armées canadiennes en poste à la base Baden-Soellingen, située dans la République fédérale d'Allemagne, a été accusé d'avoir conduit un véhicule alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, en contravention de l'alinéa 237(1)b) du Code criminel. Il a été reconnu coupable par une cour martiale permanente et condamné à une peine de quatre mois d'emprisonnement.

dismissal from H.M. Service. The applicant's appeal as to conviction was dismissed by the Court Martial Appeal Court of Canada and his sentence appeal, under section 230 of the Act, was dismissed by the Assistant Deputy Minister of Personnel ("ADM(Per)"), the authority designated to hear such an appeal.

This was a motion for a writ of prohibition prohibiting the carrying out of the sentence as contrary to sections 7, 9, and subsections 15(1) and 24(1) of the Charter. At issue was the fairness of the severity-of-sentence appeal procedure which was neither statutory nor prescribed in the Queen's Regulations and Orders.

The applicant argued that the procedure prevented direct access to the ADM(Per) who made his decision based upon the submissions and recommendation of his subordinate, the Director of Personnel Legal Services ("DPLS"). The applicant was not made aware of the submissions of the DPLS nor given an opportunity to answer them or to make submissions directly to the ADM(Per).

*Held*, a writ of prohibition should be granted.

The procedure for sentence appeals from decisions of military tribunals was unconstitutional. The ADM(Per) is a "federal board, commission or other tribunal" and the exercise of his powers were subject to review. The decision-maker accorded the applicant no opportunity to make submissions except through his subordinate and decided the sentence appeal without having considered the applicant's case. The applicant's right to fair procedure, to fundamental justice and to the benefit of *audi alteram partem* had been denied. His rights under Charter section 7 were violated. The respondents failed to demonstrate any Charter section 1 justification of the procedure. In a serious matter involving the liberty and security of the person, both parties have the right to direct access to the mind or conscious understanding of the decision-maker. An individual subject to penal consequences such as imprisonment is entitled to the highest procedural protection known to the law.

In this case an oral hearing was not strictly necessary if the applicant's submissions could have been laid before the ADM(Per) after counsel had an opportunity to review what the DPLS had submitted.

sonnement. Selon la *Loi sur la défense nationale*, cette peine comprend également la destitution du service de Sa Majesté. La Cour d'appel de la cour martiale du Canada a rejeté l'appel que le requérant avait interjeté à l'égard de sa déclaration de culpabilité et le sous-ministre adjoint du personnel («SMA (Per)»), l'autorité désignée pour entendre cet appel, a rejeté l'appel de la sentence du requérant qui était fondé sur l'article 230 de la Loi.

Il s'agissait, en l'espèce, d'une demande de bref de prohibition en vue d'interdire l'exécution de la sentence, pour le motif qu'elle est contraire aux articles 7 et 9 et aux paragraphes 15(1) et 24(1) de la Charte. Le litige portait sur l'équité de la procédure relative aux appels de la sévérité de la sentence, qui n'était pas prescrite dans une loi ou dans les Ordonnances et Règlements royaux.

Le requérant a soutenu que la procédure a eu pour effet de lui interdire l'accès direct au SMA(Per), qui a pris sa décision en se fondant sur les arguments et les recommandations de son subalterne, le directeur des services juridiques du personnel («DSJP»). Le requérant n'a pas été mis au courant des arguments soumis par le DSJP et n'a pas eu la possibilité d'y répondre ou de soumettre des arguments directement au SMA (Per).

*Jugement*: un bref de prohibition devrait être délivré.

La procédure relative aux appels des sentences prononcées par les tribunaux militaires est inconstitutionnelle. Le SMA (Per) est un «office, une commission ou un autre tribunal fédéral» et l'exercice de ses pouvoirs peut faire l'objet d'une révision. L'instance décisionnelle n'a accordé au requérant aucune possibilité de soumettre des arguments, si ce n'est par l'entremise de son subalterne, et elle a tranché l'appel de la sentence sans avoir examiné la cause du requérant. Le droit du requérant à une procédure équitable, à la justice fondamentale et au bénéfice de la règle *audi alteram partem* a été nié. Ses droits qui découlent de l'article 7 de la Charte ont été violés. Les intimés n'ont démontré aucune justification de la procédure qui pourrait être fondée sur l'article 1 de la Charte. Dans une situation grave touchant la liberté et la sécurité des personnes, les deux parties ont le droit d'avoir directement accès à l'esprit et à la compréhension de l'instance décisionnelle. Une personne pouvant faire l'objet de sanctions comme l'emprisonnement a droit à la meilleure protection qu'offre notre droit en matière de procédure.

En l'espèce, une audience verbale n'était pas strictement nécessaire, dans la mesure où le requérant aurait pu soumettre ses arguments directement au SMA(Per), une fois que son avocat aurait eu la possibilité d'examiner les documents préparés par le DSJP.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2, 7, 11(f),(h), 15, 33.

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2, 7, 11(f),h), 15, 33.

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 237(1)a) (mod. par S.C. 1985, chap. 19, art. 36),b) (mod., idem).

44], s. 52(1).

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 237(1)(a) (as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 36), (b) (as am. *idem*).

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 675(1)(b), 676(1)(d) (as am. *idem* (1st Suppl.)), c. 27, s. 139), 685, 687, 688.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2.

*Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.

*National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 120.

*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 130, 140(c), 212, 233.

*Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 675(1)(b), 676(1)(d) (mod. *idem* (1<sup>er</sup> suppl.)), chap. 27, art. 139), 685, 687, 688.

*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).

*a* *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44], art. 52(1).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2.

*b* *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 120.

*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), chap. N-5, art. 130, 140(c), 212, 233.

*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] S.C.R. 344; [1955] 2 D.L.R. 289; *In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass*, [1972] F.C. 1078; 30 D.L.R. (3d) 678 (T.D.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

##### CONSIDERED:

*R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask R. 105; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161.

##### REFERRED TO:

*Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639; (1979), 103 D.L.R. (3d) 1; 14 C.P.C. 264; 30 N.R. 316; *Wilson v. Minister of Justice*, [1985] 1 F.C. 586; (1985), 13 Admin. L.R. 1; 20 C.C.C. (3d) 206; 6 C.P.R. (3d) 283; 46 C.R. (3d) 91; 16 C.R.R. 271; 60 N.R. 194 (C.A.); *Duncan v. Canada (Minister of National Defence)* (1989), 52 C.C.C. (3d) 86 (F.C.T.D.).

#### COUNSEL:

*Mel R. Hunt* for applicant.

*Commander S. J. Blythe* for respondent Canadian Forces.

*Gordon P. Macdonald* for respondent Minister of National Defence.

#### SOLICITORS:

*Goult, McElmoyle & McKinnon*, Victoria, for applicant.

*Assistant Judge Advocate General*, Pacific Region, Victoria, for respondent Canadian Forces.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344; [1955] 2 D.L.R. 289; *In re le Tribunal antidumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078; 30 D.L.R. (3d) 678 (1<sup>re</sup> inst.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask R. 105; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639; (1979), 103 D.L.R. (3d) 1; 14 C.P.C. 264; 30 N.R. 316; *Wilson c. Ministre de la Justice*, [1985] 1 C.F. 586; (1985), 13 Admin. L.R. 1; 20 C.C.C. (3d) 206; 6 C.P.R. (3d) 283; 46 C.R. (3d) 91; 16 C.R.R. 271; 60 N.R. 194 (C.A.); *Duncan c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1989), 52 C.C.C. (3d) 86 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

#### AVOCATS:

*Mel R. Hunt* pour le requérant.

*Le commandant S. J. Blythe* pour les Forces canadiennes, intimées.

*Gordon P. Macdonald* pour le ministre de la Défense nationale, intimé.

#### PROCUREURS:

*Goult, McElmoyle & McKinnon*, Victoria, pour le requérant.

*Le juge-avocat général adjoint*, région du Pacifique, Victoria, pour les Forces canadiennes, intimées.

*Macdonald & McNeely*, Victoria, for respondent, Minister of National Defence.

*Macdonald & McNeely*, Victoria, pour le ministre de la Défense nationale, intimé.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

*a Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

MULDOON J.: The applicant is a captain, and an aeroplane pilot serving in the Armed Forces at Base Baden-Soellingen in the Federal Republic of Germany (hereinafter: F.R.G.). By all accounts he is, and has been, throughout his career, a first-rate officer, evincing leadership and morale-building qualities in that role and a first-rate pilot evincing skill in flying and knowledge of the operational theatre in which he serves.

*b* LE JUGE MULDOON: Le requérant est capitaine et pilote d'aéroplane des Forces armées de la base Baden-Soellingen, située dans la République fédérale d'Allemagne (ci-après appelée la R.F.A.). D'après l'opinion générale, il est, et il a été tout au long de sa carrière, un officier de premier ordre faisant montre de leadership et de dynamisme dans ce rôle et un pilote de premier ordre reconnu pour sa compétence et ses connaissances du milieu opérationnel dans lequel il œuvre.

The factual background circumstances of the matter begin on February 21, 1988 at about 00:40 hours when the applicant driving a motor vehicle was stopped at a roadblock established by military police outside of the main gate of Canadian Forces Base (CFB), Baden-Soellingen, F.R.G. When he emerged from his vehicle the applicant was observed to be swaying and unsteady of stance. In the upshot, having agreed to a breathalyzer test, the applicant produced two samples indicating that the concentration of alcohol in his blood was 160 milligrams in 100 millilitres, or twice the permissible maximum of 80 mgs in 100 mls.

*c* Les circonstances qui ont donné lieu au présent *d* litige ont débuté le 21 février 1988 vers minuit quarante, lorsque le requérant, au volant d'un véhicule automobile, a été arrêté à un barrage routier établi par la police militaire en dehors de la barrière principale de la base des Forces canadiennes (BFC) de Baden-Soellingen, en R.F.A. Lorsqu'il est sorti de son véhicule, le requérant titubait. *e* Finalement, ayant convenu de se soumettre à un alcootest, le requérant a produit deux échantillons indiquant que la concentration d'alcool dans son sang s'élevait à 160 milligrammes pour 100 millilitres, soit le double du maximum permissible de 80 *f* mg par 100 ml.

On April 27 and 28, 1988, Capt. Duncan, the applicant, was tried by a Standing Court Martial (SCM) at CFB Lahr on two charges, in the alternative, punishable under section 120 of the *National Defence Act* [R.S.C. 1970, c. N-4] (now R.S.C., 1985, c. N-5, s. 130): (1) operating a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that the concentration thereof in his blood exceeded 80 mgs of alcohol in 100 mls of blood, contrary to paragraph 237(b) of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 36)]; or (2) operating a motor vehicle while his ability to do so was impaired by alcohol or a drug, contrary to paragraph 237(a) [as am. *idem*] of the *Criminal Code*. The applicant pleaded "not guilty".

*g* Les 27 et 28 avril 1988, le capitaine Duncan, le requérant, a subi son procès devant une cour martiale permanente (CMP) à la BFC de Lahr relativement à deux accusations punissables conformément à l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale* [S.R.C. 1970, chap. N-4], (aujourd'hui *h* L.R.C. (1985), chap. N-5, art. 130) soit (1) d'avoir conduit un véhicule automobile après avoir consommé de l'alcool selon une quantité dont le taux d'alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, contrairement à l'alinéa 237b) du *i* *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34 (mod. par S.C. 1985, chap. 19, art. 36)] ou (2) d'avoir conduit un véhicule automobile alors que ses facultés étaient affaiblies par l'effet de l'alcool ou d'une *j* *drogue*, contrairement à l'alinéa 237a) [mod., *idem*]] du *Code criminel*. Le requérant a plaidé «non coupable».

After a trial on the charges, the SCM ordered a stay of proceedings in respect to the second charge, found the applicant to be guilty of the first charge, and sentenced him to a term of four months' imprisonment, a carceral punishment which, by virtue of paragraph 140(c) of the *National Defence Act* [R.S.C., 1985, c. N-5] (hereinafter: the Act or the NDA) is deemed to include a punishment of dismissal from Her Majesty's service, whether or not such dismissal be specified in the sentence passed by a service tribunal. The convening authority reviewed the proceedings and did not alter the conviction or the sentence.

The applicant, Capt. Duncan, instituted an appeal against the conviction and another against the severity of the sentence. On October 10, 1989, the Court Martial Appeal Court of Canada unanimously dismissed his appeal (CMAC 304) against his conviction.

The procedure invented and adopted by or on behalf of the respondent Minister concerning severity of sentences is different from the norms of Canadian law and jurisprudence in regard to which it seems almost foreign in its operation as revealed by and in this case. The provisions of the NDA which, being distinct from the invented procedure, are rather unexceptionable, and which are in the first place directly pertinent here, are:

#### *Right to Appeal*

230. Every person who has been tried and found guilty by a court martial has, . . . a right to appeal in respect of any or all of the following matters:

- (a) the severity of the sentence;

#### *Preliminary Disposition of Appeals*

233. (1) Where an appeal relates only to the severity of the sentence, the Judge Advocate General shall forward the Statement of Appeal to an authority that, under section 212, has power to mitigate, commute or remit punishments and that authority may dismiss the appeal or, subject to Part VIII, may mitigate, commute or remit the punishments comprised in the sentence.

From the point of the right to appeal against severity being established and supported by the Judge Advocate General's forwarding of the state-

Après une instruction concernant les accusations, la CMP a ordonné une suspension des procédures à l'égard de la deuxième accusation, jugé le requérant coupable de la première accusation et condamné le requérant à une peine d'emprisonnement de quatre mois, peine d'incarcération qui, conformément à l'alinéa 140c) de la *Loi sur la défense nationale* [L.R.C. (1985), chap. N-5] (ci-après appelée la Loi ou la LDN), est présumée entraîner la destitution du service de Sa Majesté, que cette destitution soit précisée ou non dans la sentence prononcée par le tribunal militaire. L'autorité qui a convoqué les parties a examiné les procédures et n'a modifié ni la déclaration de culpabilité ni la sentence.

Le requérant, le capitaine Duncan, s'est porté en appel de la déclaration de culpabilité et de la sévérité de la sentence. Le 10 octobre 1989, la Cour d'appel de la cour martiale du Canada a rejeté à l'unanimité l'appel (CMAC 304) qu'il avait interjeté à l'égard de sa déclaration de culpabilité.

La procédure qui a été inventée et adoptée par le ministre intimé ou pour son compte à l'égard de la sévérité des sentences est différente des règles de droit et de la jurisprudence canadiennes et, comparativement à celles-ci, elle semble même étrangère dans son application, comme l'indique la présente cause. Les dispositions de la LDN qui, étant différentes de la procédure inventée, ne peuvent faire l'objet d'exception et sont directement pertinentes en l'espèce sont les suivantes:

#### *Droit d'appel*

230. Quiconque a été jugé et déclaré coupable par la cour martiale peut, . . . exercer un droit d'appel en ce qui concerne, globalement ou séparément:

- a) la sévérité de la sentence;

#### *Instruction préliminaire des appels*

233. (1) Lorsque l'appel porte uniquement sur la sévérité de la sentence, le juge-avocat général transmet la déclaration d'appel à l'autorité visée à l'article 212, laquelle peut rejeter l'appel ou, sous réserve de la partie VIII, mitiger, commuer ou remettre les peines que comporte la sentence.

À compter du moment où le droit d'appel à l'égard de la sévérité de la sentence est établi et appuyé au moyen de l'envoi par le juge-avocat général de la

ment of appeal on to the designated authority, the procedure is not statutory, nor is it prescribed in the Queen's Regulations and Orders (QR & O). A copy of the applicant's statement of appeal is exhibit "A" to his affidavit filed herein. As noted, the procedure is truly an invention of an author or authors not identified specifically in this case at least. It is, however, described in the affidavits of Capt. (N) Peter Richard Partner filed and of Capt. (N) William Arthur Reed, filed herein.

The parties agree that the authority designated in subsection 233(1) is the Assistant Deputy Minister (Personnel) of the Department of National Defence (hereinafter referred to as ADM(Per)). The applicant's most cogent complaints in this matter are about that procedure whereby appeals against the severity of the sentences are decided. It appears that the invented procedure is specifically designed to prevent the appellant from having any direct oral or written access to the mind, consciousness and understanding of the ADM(Per) who is going to make a decision about the severity of the appellant's sentence.

The procedure adopted here is the bone of contention between the parties. This is not clearly indicated in the applicant's notice of motion, the pertinent passages of which run as follows:

THE MOTION is for a Writ of Prohibition directing that the respondents be prohibited from imprisoning the applicant, JOHN ROBERT DUNCAN, in any service detention barracks under their control in relation to the sentence imposed upon him at the conclusion of his Standing Court Martial on April 28, 1988.

THE GROUNDS of the motion are Sections 7, 9, 15(1) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The notice is infelicitously expressed in that the provisions of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] are hardly grounds in and of themselves, but, related to the salient facts, they could perhaps provide grounds for the remedy. In any event, the salient facts are so fully known to the respondents from the beginning and, indeed so proudly promot-

déclaration d'appel à l'autorité désignée, la procédure n'est pas d'origine législative et elle n'est pas prescrite non plus dans les *Ordonnances et Règlements royaux* (O & RR). Une copie de l'avis d'appel du requérant se trouve à l'annexe «A» de l'affidavit qu'il a déposé en l'espèce. Comme je l'ai souligné, la procédure est véritablement l'invention d'un ou de plusieurs auteurs qui ne sont pas identifiés avec précision, du moins dans le présent dossier. Cependant, elle est décrite dans les affidavits du capitaine (N) Peter Richard Partner et du capitaine (N) William Arthur Reed qui sont déposés aux présentes.

Les parties conviennent que l'autorité désignée au paragraphe 233(1) est le sous-ministre adjoint (personnel) du ministère de la Défense nationale (ci-après appelé le SMA(Per)). Les plaintes les plus sérieuses du requérant dans la présente cause concernent la procédure par laquelle les appels interjetés à l'encontre de la sévérité des sentences sont tranchés. Il semble que la procédure inventée soit conçue de façon à empêcher l'appellant d'avoir accès directement, que ce soit verbalement ou par écrit, à l'esprit, à la volonté et à la compréhension du SMA(Per) qui rendra une décision concernant la sévérité de la sentence de l'appellant.

La procédure adoptée en l'espèce est au cœur du litige entre les parties. Cela n'est pas indiqué clairement dans l'avis de requête du requérant, dont les extraits pertinents se lisent comme suit:

[TRADUCTION] IL S'AGIT D'UNE REQUÊTE en vue d'obtenir un bref de prohibition interdisant aux intimés d'emprisonner le requérant, JOHN ROBERT DUNCAN, dans une caserne de détention sous leur contrôle à l'égard de la peine qui lui a été imposée à la fin de son procès devant la cour martiale permanente le 28 avril 1988.

LES MOTIFS de la requête sont les articles 7 et 9 et les paragraphes 15(1) et 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'avis est mal rédigé, étant donné que les dispositions de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] ne sont guère des motifs en soi, bien que, lorsqu'elles sont liées aux faits importants, elles puissent fournir des motifs à l'appui de la réparation. À tout événement, les intimés sont tellement au courant des faits impor-

ed and presented by them that the notice can not have misled them.

The key official in the procedure which is in vogue, is the Director of Personnel Legal Services (DPLS) on the staff of the ADM(Per). At the material times the DPLS was Capt. (N) Peter Richard Partner. It was he with whom the applicant's counsel entered into communication about the applicant's appeal relating to severity of sentence. Capt. (N) Partner swore out two affidavits, filed herein, on October 11, 1989, and again on November 1, 1989. The earlier affidavit was filed on October 17, 1989, but it is not included in the respondents' record which was filed on November 3, 1989. In that earlier affidavit Capt. (N) Partner deposes:

2. THAT my duties include the preparation of submissions to the Assistant Deputy Minister (Personnel) in respect of appeals as to severity of sentences made by members of the Canadian Forces who have been tried and found guilty by courts martial of offences under the Code of Service Discipline.

3. THAT these submissions contain recommendations concerning the disposition of appeals as to severity of sentences by the [ADM(Per)] in his capacity under the *National Defence Act* as an authority having power to mitigate, commute or remit any and all of the punishments included in a sentence passed by a service tribunal.

5. THAT in the course of considerable discussion with [the applicant's counsel] Mr. Hunt, who is personally known to me as a former member of the Canadian Forces Legal Branch and sometime staff officer in the Directorate of Personnel Legal Services, and therefore familiar with the procedure and process in respect of appeals as to the severity of sentence, the nature of my proposed recommendations to the [ADM(Per)] in Captain Duncan's case and the reasons for those recommendations were fully explained to Mr. Hunt. [Emphasis not in original text.]

Paragraph 5, above, seems to argue *ad hominem* that, by virtue of his previous position and consequent knowledge, the applicant's counsel might somehow be estopped from articulating his client's complaint. Such, of course, is not the case at all and never could be, for mere knowledge of impugned procedures and even counsel's past complicity in them constitute no waiver of the applicant's complaint, which must stand or fall on its own merits.

tants depuis le début et ils les ont présentés avec une telle fierté qu'ils ne peuvent s'être mépris sur le sens de l'avis.

L'autorité clé dans la procédure appliquée est le directeur du service juridique du personnel (DSJP) au sein du personnel du SMA(Per). Aux moments pertinents, le DSJP était le capitaine (N) Peter Richard Partner. C'est avec lui que l'avocat du requérant a communiqué au sujet de l'appel de son client concernant la sévérité de la sentence. Le capitaine (N) Partner a signé deux affidavits qui ont été déposés aux présentes, soit le 11 octobre 1989 et le 1<sup>er</sup> novembre de la même année. Le premier affidavit a été déposé le 17 octobre 1989, mais il ne figure pas dans le dossier des intimés qui a été déposé le 3 novembre 1989. Dans ce premier affidavit, le capitaine (N) Partner a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] 2. Mes fonctions comprennent la préparation de mémoires soumis au sous-ministre adjoint (personnel) au sujet des appels concernant la sévérité des sentences des membres des Forces armées qui ont été déclarés coupables par les cours martiales d'infractions prévues au Code de discipline militaire.

3. Ces mémoires renferment des recommandations concernant le règlement des appels relatifs à la sévérité des sentences par le [SMA(Per)], autorité habilitée, en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, à mitiger, commuer ou remettre les peines comprises dans la sentence prononcée par un tribunal militaire.

5. Au cours d'une longue discussion avec M<sup>e</sup> Hunt [l'avocat du requérant], que je connais personnellement comme étant un ex-membre de la Section des services juridiques des Forces canadiennes et parfois agent du personnel de la Direction du service juridique du personnel, et qui est donc familier avec la procédure relative aux appels concernant la sévérité de la sentence, la nature des recommandations que j'ai proposées au [SMA(Per)] dans le cas du capitaine Duncan et les raisons à l'appui de ces recommandations ont été pleinement expliquées à M<sup>e</sup> Hunt. [Non souligné dans le texte original.]

Le capitaine (N) Partner semble soutenir *ad hominem*, au paragraphe 5, qu'en raison du poste qu'il occupait précédemment et des connaissances qu'il a acquises de ce fait, l'avocat du requérant ne pouvait, pour une raison ou pour une autre, formuler la plainte de son client. Ce n'est évidemment pas le cas et ce ne pourrait jamais l'être, parce que la simple connaissance des procédures attaquées et même la complicité de l'avocat dans le passé dans lesdites procédures ne constituent aucunement un abandon de la plainte du requérant, laquelle doit être accueillie ou rejetée selon son bien-fondé.

The prelude of the applicant's complaint can be seen in the emphasized portion of Capt. (N) Partner's paragraph 5 above. There would be nothing amiss if the DPLS's recommendations to the ADM(Per) and the reasons for them stood on an equal plane of presentation with those of the applicant or his counsel. As the evidence indicates further, however, the DPLS meant that his recommendations enjoyed exclusive presentation to the ADM(Per). This conclusion is further borne out in the last three paragraphs of DPLS Capt. (N) Partner's earlier affidavit:

9. THAT in the course of discussion with [the applicant's counsel] Mr. Hunt, it was made clear to him that no hearing would be scheduled in Captain Duncan's case since, a fact which I have reason to believe he already knew, appeals as to severity of sentence are invariably adjudicated on the basis of written submissions.

10. THAT Mr. Hunt had ample time to submit further written particulars of his client's appeal as to severity of sentence between 9 December 1988, when Captain Duncan delivered his Statement of Appeal to Canadian Forces authorities, and 27 January 1989, when I forwarded my submission in the Duncan case of the Assistant Deputy Minister (Personnel), but did not do so; and that neither Captain Duncan nor his solicitor were invited to make further submissions in connection with Captain Duncan's appeal as to severity of sentence since, during his telephone discussions with me, *Mr. Hunt had already presented me* with detailed and comprehensive arguments why his client's appeal should be allowed, and these arguments were given full consideration in formulating any submission and recommendations to the [ADM(Per)].

11. THAT full and complete disclosure was made to Mr. Hunt in respect of all matters relating to his client's appeal as to severity of sentence, and that he was given every opportunity to and did in fact make oral representations to me on his client's behalf prior to preparation of my submission to the Assistant Deputy Minister (Personnel). [Emphasis not in original text.]

This deponent, the DPLS, Capt. (N) Partner, elaborated on the procedure which is utilized for appeals of this kind in his second affidavit, as follows:

3. THAT the usual procedure followed in staffing appeals as to severity of sentence in the Directorate of Personnel Legal Services is as follows:

a. on receipt of the Statement of Appeal form from the Judge Advocate General, a legal officer in my Directorate is assigned to staff the severity of sentence appeal;

c. the appellant, or . . . counsel for the appellant, is contacted in writing. The standard letter sent states that the appeal as to severity of sentence has been received and that if the

Le fondement de la plainte du requérant se trouve dans la partie soulignée du paragraphe 5 précité de l'affidavit du capitaine (N) Partner. Il n'y aurait rien d'irrégulier si les recommandations qu'a présentées le DSJP au SMA(Per) ainsi que les motifs à l'appui desdites recommandations avaient été présentés de la même façon que celles du requérant ou de son avocat. Comme la preuve l'indique plus loin, le DSJP voulait que ses recommandations soient présentées de façon exclusive au SMA(Per). Cette conclusion ressort également des trois derniers paragraphes du premier affidavit du capitaine (N) Partner:

[TRADUCTION] 9. Au cours d'une discussion tenue avec M<sup>e</sup> Hunt [l'avocat du requérant], on lui a dit clairement qu'aucune audience ne serait tenue dans le cas du capitaine Duncan étant donné que les appels concernant la sévérité de la sentence sont tranchés dans tous les cas sur la foi de mémoires, ce que M<sup>e</sup> Hunt savait déjà, à mon avis.

10. M<sup>e</sup> Hunt avait amplement le temps de présenter d'autres détails écrits au sujet de l'appel de son client concernant la sévérité de la sentence entre le 9 décembre 1988, date à laquelle le capitaine Duncan a fait parvenir sa déclaration d'appel aux autorités des Forces canadiennes et, le 27 janvier 1989, date à laquelle j'ai expédié mon mémoire dans l'affaire Duncan au sous-ministre adjoint (personnel), mais il ne l'a pas fait; ni le capitaine Duncan ni son avocat n'ont été invités à présenter d'autres arguments à l'égard de l'appel du capitaine Duncan concernant la sévérité de la sentence étant donné que, au cours des conversations téléphoniques qu'il a eues avec moi, *M<sup>e</sup> Hunt m'avait déjà soumis* des arguments détaillés et complets à l'appui de l'appel de son client et que j'ai pleinement examiné ces arguments lorsque j'ai préparé mon mémoire et mes recommandations à l'intention du [SMA(Per)].

11. Une divulgation complète a été faite à M<sup>e</sup> Hunt relativement à toutes les questions liées à l'appel de son client concernant la sévérité de la sentence et il a eu toute la latitude voulue de me soumettre des arguments verbalement au nom de son client, ce qu'il a effectivement fait, avant que je ne prépare mon mémoire destiné au sous-ministre adjoint du personnel. [Non souligné dans le texte original.]

Dans son deuxième affidavit, le capitaine (N) Partner, a donné d'autres détails au sujet de la procédure appliquée dans les appels de cette nature:

[TRADUCTION] 3. La procédure habituellement suivie dans les appels du personnel concernant la sévérité de la sentence au sein de la Direction du service juridique du personnel est la suivante:

a. sur réception de la déclaration d'appel du juge-avocat général, un avocat de ma Direction est désigné pour évaluer l'appel concernant la sévérité de la sentence;

c. une lettre est envoyée à l'appellant ou à son avocat. Dans la lettre habituellement envoyée, il est mentionné que la déclaration d'appel concernant la sévérité de la sentence a été

appellant wishes to submit further particulars in support of that appeal then those particulars are to be forwarded to the Directorate of Personnel Legal Services within a specified time frame, usually one month. There is a further invitation to contact the Directorate of Personnel Legal Services if the appellant or counsel has any questions;

d. after the time frame for the submission of further particulars by appellant or counsel for the appellant has expired, a submission to ADM(Per), an authority designated to adjudicate appeals as to severity of sentence, is prepared;

e. this submission is prepared following a lengthy and comprehensive review and analysis of all precedents and in the context of all factors bearing on conduct and discipline in the Canadian Forces as well as all mitigating factors and arguments advanced by or on behalf of the offender concerned;

f. more specifically, this submission usually reflects the submissions of the prosecutor and the defence at the court martial, together with the decision of the court. It may reflect the updating of personnel and career information if that has changed since trial. It will include a summary of the further particulars, if any, submitted by the appellant or counsel for the appellant. In addition, it will address the principles of sentencing, such as deterrence and rehabilitation as they pertain to the case of the appellant. The submission will make a recommendation to the Assistant Deputy Minister (Personnel) as to what action would be appropriate in the particular appeal being considered;

g. the submission is reviewed by me personally. After I have signed it, it is sent to the [ADM(Per)] together with the Minutes of Proceedings of the court martial and the administrative file. This administrative file will usually include messages relating to the procedures for convening the court martial, messages sent from the court martial regarding findings and sentences, notes to file updating information in the Minutes of Proceedings, and, if submitted, the particulars of the appellant or counsel for the appellant in support of the appeal as to severity of sentence;

h. if upon review the Assistant Deputy Minister (Personnel) has any questions on the matter he will normally contact my office;

i. after the Assistant Deputy Minister (Personnel) has made his decision regarding the appeal as to severity of sentence, the file is returned to the Directorate of Personnel Legal Services; and

j. the Directorate of Personnel Legal Services then informs all interested parties, in particular, the appellant, counsel for the appellant, the Convening Authority who convened the court martial, and other appropriate career authorities requiring notification of the results of the appeal. [Emphasis not in original text.]

The applicant's right to appeal against the severity of his sentence is clearly accorded in the NDA. The Court is not concerned with the legality of the sentence, against which no complaint has been made, nor yet with the severity of the sentence for it is not a matter committed to this

reçue et que, si l'appellant désire présenter d'autres détails à l'appui de l'appel, il dispose d'un délai précis, habituellement un mois, pour soumettre ces détails à la Direction du service juridique du personnel. On l'invite également à communiquer avec cette même Direction, si lui-même ou son avocat a des questions à poser;

d. après l'expiration du délai fixé pour la présentation de détails supplémentaires par l'appellant ou son avocat, un mémoire est préparé à l'intention du SMA(Per), l'autorité désignée pour trancher les appels concernant la sévérité de la sentence;

e. ce mémoire est préparé après une revue et une analyse complètes de tous les précédents et dans le contexte de tous les facteurs touchant la conduite et la discipline dans les Forces canadiennes ainsi que de toutes les circonstances atténuantes et des arguments invoqués par l'appellant concerné ou pour son compte;

f. plus précisément, ce mémoire fait habituellement état des arguments allégués par l'avocat de la poursuite et celui de la défense au cours de l'audience tenue devant la cour martiale ainsi que de la décision de celle-ci. Le mémoire peut renfermer des renseignements à jour sur la carrière de l'appellant, si la situation à cet égard a changé depuis le procès. Il comprendra également un résumé des autres détails soumis par l'appellant ou son avocat. En outre, il renferme un énoncé des principes de la détermination de la peine, comme la dissuasion et la réhabilitation, qui s'appliquent au cas de l'appellant. Le mémoire renferme une recommandation au sous-ministre adjoint (personnel) quant aux mesures qui seraient appropriées dans le cas sous étude;

g. je révisé ce mémoire personnellement. Après l'avoir signé, je le fais parvenir au [SMA(Per)] ainsi que le procès-verbal de l'audience tenue devant la cour martiale et le dossier administratif. Ce dossier administratif renferme habituellement les messages liés aux procédures de convocation de la cour martiale, les messages provenant de la cour martiale au sujet des conclusions et des peines, les notes de mise à jour des renseignements contenus dans le procès-verbal et, le cas échéant, les détails fournis par l'appellant ou son avocat à l'appui de l'appel relatif à la sévérité de la sentence;

h. si, après avoir examiné le mémoire, le sous-ministre adjoint (personnel) a des questions au sujet du cas, il communiquera habituellement avec mon bureau;

i. une fois que le sous-ministre adjoint (personnel) a rendu sa décision au sujet de l'appel concernant la sévérité de la sentence, le dossier est retourné à la Direction du service juridique du personnel; et

j. la Direction du service juridique du personnel avise ensuite toutes les parties intéressées, notamment l'appellant, son avocat, l'autorité qui a convoqué les parties et la cour martiale et les autres autorités concernées par la carrière de l'appellant qui demandent un avis des résultats de l'appel. [Non souligné dans le texte original.]

Le droit de l'appellant d'interjeter un appel à l'encontre de la sévérité de sa sentence lui est accordé en toutes lettres selon la LDN. La Cour n'est pas préoccupée par la question de la légalité de la sentence, qui n'a pas été contestée, ni par la sévérité de la sentence, car il ne s'agit pas d'une

Court's jurisdiction. However, since the ADM(Per) is undoubtedly a "federal board, commission or other tribunal" because he is a person "having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament" [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2], being sections 212 and 233 of the *National Defence Act*, his exercise or purported exercise of his jurisdiction or powers—the process impugned in the applicant's appeal—is subject to review by this Court.

The Constitution, including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the supreme law of Canada, to which all other laws, procedures, powers, jurisdiction and process are subject, including the NDA and, of course, the ADM(Per)'s performance of his statutory duties. So, in effect, provides subsection 52(1) of Part VII, Schedule B, of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. This conclusion is all the stronger, if not quite absolute, by reason of the Charter's fully specific and direct reference to military law in making only one deferential exception to its subordinate status, which exception is expressed in paragraph 11(f) of the Charter, an exception which is not otherwise relevant here. Thus the rights expressed in section 2 and sections 7 to 15 of the Charter, with three possible exceptions—reasonable limits under section 1, temporary legislative override under section 33, and potential override under some national emergency measures legislation—are supreme. The latter two are not relevant here. The expressed rights are not to be violated by the law, its application or by the conduct of State functionaries.

The applicant here invokes section 7 of the Charter, thus:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

It is trite to say that among the principles of fundamental justice reside the rights to fair procedures and a fair hearing. It is notable that the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, in paragraph 2(e) provides that no law of

question qui relève de la compétence de la Cour. Cependant, comme le SMA(Per) est manifestement un «office, une commission ou un autre tribunal fédéral» parce qu'il est une personne «ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale» [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2], en l'occurrence, les articles 212 et 233 de la *Loi sur la défense nationale*, la façon dont il exerce ou cherche à exercer ses pouvoirs (la procédure attaquée dans l'appel du requérant) peut faire l'objet d'une révision par la Cour.

La Constitution, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés*, est la loi suprême du Canada et toutes les autres lois, procédures, pouvoirs et compétences y sont assujettis, y compris la LDN et, bien entendu, l'exécution par le SMA(Per) de ses devoirs d'origine législative. C'est ce que prévoit le paragraphe 52(1) de la Partie VII, Annexe B, de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Cette conclusion est renforcée, si elle n'est pas absolue, du fait que la justice militaire est mentionnée de façon précise dans la Charte, laquelle ne prévoit qu'une seule exception à son statut inférieur, exception qui est exprimée au paragraphe 11f) de la Charte et qui n'est pas pertinente par ailleurs au présent litige. Ainsi, les droits exprimés à l'article 2 et aux articles 7 à 15 de la Charte sont suprêmes, à trois exceptions près, soit les limites raisonnables selon l'article 1, une dérogation temporaire par déclaration expresse selon l'article 33 et une dérogation temporaire possible en vertu d'une loi nationale sur les mesures d'urgence. Les deux dernières exceptions ne sont pas pertinentes en l'espèce. Les droits exprimés ne peuvent être violés par la loi, par la façon dont elle est appliquée ou par la conduite des fonctionnaires de l'État.

Le requérant invoque en l'espèce l'article 7 de la Charte, dont le libellé est le suivant:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Il est reconnu que les principes de justice fondamentale comprennent le droit à une procédure équitable et à une audience impartiale. Il convient de souligner que l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice

Canada shall be applied so as to “deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations”. This latter Act of Parliament discloses a pertinent content of “fundamental justice”.

It is equally without dispute that fair procedures and a fair hearing import the maxims of *audi alteram partem* and “only they who hear should decide”. (*Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] S.C.R. 344, at page 351 and *In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass*, [1972] F.C. 1078 (T.D.), at pages 1108-1109.) Here the ADM(Per) accorded the applicant no opportunity to make submissions except through the DPLS. The ADM(Per) made his decision, not having heard the applicant’s case. Those notions of fair process come to the same principle, which resides in both (or in other circumstances, all) parties’ right, in a serious matter involving liberty and security of the person, to have direct access to the mind or conscious understanding of the decider, the adjudicator.

In effect, the foregoing is what the Supreme Court of Canada taught by a double plurality (4 and 4) in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. There the subject-matter was the appellants’ rights to a hearing in the determination of their asserted refugee status pursuant to the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52. The learned judgments ought to be read and savoured in full in order to gain understanding of the Court’s *ratio*, but two extracted passages from Madame Justice Wilson’s reasons are particularly pertinent here [at pages 215-216]:

It seems to me that the basic flaw in [the Minister’s counsel’s] characterization of the procedure under ss. 70 and 71 is his description of the procedure as non-adversarial. It is in fact highly adversarial but the adversary, the Minister, is waiting in the wings. What the Board has before it is a determination by the Minister based in part on information and policies to which the applicant has no means of access that the applicant for redetermination is not a Convention refugee. The applicant is entitled to submit whatever relevant material he wishes to the Board but he still faces the hurdle of having to establish to the

III, prévoit qu’aucune loi du Canada ne peut «s’appliquer comme privant une personne du droit à une audience impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations». Cette dernière loi du Parlement révèle un élément pertinent de la «justice fondamentale».

En outre, il est indubitable que le droit à une procédure équitable et à une audience impartiale sous-entend la règle *audi alteram partem* et la règle selon laquelle [TRADUCTION] «seuls ceux qui entendent la cause devraient trancher le débat». (*Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344, à la page 351 et *In re le Tribunal antidumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 1108 et 1109.) Dans ce cas-ci, le SMA(Per) n’a accordé au requérant aucune possibilité de présenter des arguments, sauf par l’entremise du DSJP. Le SMA (Per) a rendu sa décision sans entendre les arguments du requérant. Ces notions de procédure équitable reviennent au même principe, soit le droit des deux parties (ou, dans d’autres circonstances, de toutes les parties), dans un cas grave où la liberté et la sécurité de la personne sont en jeu, d’avoir directement accès à l’esprit ou à la compréhension de l’instance décisionnelle.

C’est ce qu’a enseigné la Cour suprême du Canada par une double pluralité (4 et 4) dans *Singh et autres c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. Le litige dans cette cause-là portait sur le droit des appelants de se faire entendre relativement à la détermination de leur statut de réfugiés conformément à la *Loi sur l’immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52. Il serait préférable de lire les savants jugements au complet pour comprendre le raisonnement de la Cour, mais deux passages extraits des motifs de Madame le juge Wilson sont particulièrement pertinents en l’espèce [aux pages 215 et 216]:

Il me semble que [l’avocat du Ministre] commet une erreur fondamentale lorsqu’il décrit la procédure prévue aux art. 70 et 71 comme étant non contradictoire. En fait, il s’agit d’une procédure hautement contradictoire mais la partie adverse, c’est-à-dire le Ministre, attend dans la coulisse. Ce dont la Commission est saisie est une décision du Ministre, fondée en partie sur des renseignements et des politiques auxquels le requérant n’a aucun moyen d’accès, portant que la personne qui demande un réexamen n’est pas un réfugié au sens de la Convention. Le requérant a le droit de soumettre à la Commis-

Board that on the balance of probabilities the Minister was wrong. Moreover, he must do this without any knowledge of the Minister's case beyond the rudimentary reasons which the Minister has decided to give him in rejecting his claim. It is this aspect of the procedures set out in the Act which I find impossible to reconcile with the requirements of "fundamental justice" as set out in s. 7 of the *Charter*.

Under the Act as it presently stands, however, a refugee claimant may never have the opportunity to make an effective challenge to the information or policies which underlie the Minister's decision to reject his claim. Because s. 71(1) requires the Immigration Appeal Board to reject an application for redetermination unless it is of the view that it is more likely than not that the applicant will be able to succeed, it is apparent that an application will usually be rejected before the refugee claimant has had an opportunity to discover the Minister's case against him in the context of a hearing. Indeed, given the fact that s. 71(1) resolves any doubt as to whether or not there should be a hearing against the refugee claimant, I find it difficult to see how a successful challenge to the accuracy of the undisclosed information upon which the Minister's decision is based could ever be launched.

I am accordingly of the view that the procedures for determination of refugee status claims as set out in the *Immigration Act, 1976* do not accord refugee claimants fundamental justice in the adjudication of those claims and are thus incompatible with s. 7 of the *Charter*. It is therefore necessary to go forward to the third stage of the inquiry and determine whether the shortcomings of these procedures in relation to the standards set out by s. 7 constitute reasonable limits which can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

In the same case of *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, Mr. Justice Beetz spoke for the other equal division of the Supreme Court bench who invoked the *Canadian Bill of Rights*, thereby reviving it from a seemingly moribund state. He extracted a lengthy quotation, from the late Pigeon J. written in *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639 at pages 657 and following. It is a dissenting opinion, but Mr. Justice Beetz points out that it "retains all its relevance with respect to the necessity of a hearing and it is reinforced by the *Canadian Bill of Rights*" [at page 234]. These are among the passages by Pigeon J. [at page 659] quoted by Beetz J. in the *Singh* case [at page 233]:

It is also a well established principle that *audi alteram partem* is a rule of natural justice so firmly adopted by the common

sion tous les documents pertinents qu'il souhaite mais il est quand même tenu de prouver à la Commission que, suivant la prépondérance des probabilités, le Ministre a commis une erreur. Qui plus est, il doit le faire sans connaître le contenu du dossier dont dispose le Ministre, mises à part les raisons sommaires que celui-ci a décidé de lui communiquer en rejetant sa revendication. C'est cet aspect de la procédure prévue dans la Loi que je trouve impossible à concilier avec les exigences de «justice fondamentale» énoncées à l'art. 7 de la *Charte*.

b Cependant, vu les dispositions actuelles de la Loi, il se peut que la personne qui revendique le statut de réfugié n'ait jamais l'occasion de contester réellement les renseignements ou politiques sous-jacents à la décision du Ministre de rejeter sa revendication. Étant donné que le par. 71(1) oblige la Commission d'appel de l'immigration à rejeter une demande de réexamen, à moins qu'elle n'estime que le requérant pourra probablement obtenir gain de cause, il est manifeste qu'une demande sera habituellement rejetée avant que la personne qui revendique le statut de réfugié n'ait eu l'occasion de connaître le contenu du dossier dont dispose le Ministre dans le contexte d'une audition. En fait, étant donné que le par. 71(1) dissipe tout doute quant à savoir si la personne qui revendique le statut de réfugié devrait faire l'objet d'une audition, je vois difficilement comment on pourrait contester avec succès l'exactitude des renseignements non divulgués sur lesquels se fonde la décision du Ministre.

J'estime par conséquent que la procédure d'examen des revendications du statut de réfugié énoncée dans la *Loi sur l'immigration de 1976* constitue, pour les personnes qui revendiquent le statut de réfugié, un déni de justice fondamentale en ce qui concerne l'arbitrage de ces revendications et qu'elle est de ce fait incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*. Il est donc nécessaire de passer à la troisième étape de l'enquête et de déterminer si les lacunes de cette procédure en ce qui concerne les normes énoncées à l'art. 7 constituent des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'art. 1 de la *Charte*.

Dans la même cause de *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, le juge Beetz s'est exprimé au nom de l'autre moitié des membres de la Cour suprême qui ont invoqué la *Déclaration canadienne des droits*, qui semblait sur le point de sombrer dans l'oubli. Il a extrait une longue citation des commentaires que le regretté juge Pigeon a formulés dans *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639, aux pages 657 et suivantes. Il s'agit d'un avis dissident, mais le juge Beetz souligne qu'il «garde toute sa pertinence quant à la nécessité d'une audition et il est renforcé par la *Déclaration canadienne des droits*» [à la page 234]. Voici une partie [à la page 659] de cette citation [à la page 233]:

C'est aussi un principe bien établi que la règle *audi alteram partem* est une règle de justice naturelle que la *common law* a

law that it applies to all those who fulfil judicial functions and it is not excluded by inference. See *L'Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Labour Relations Board* ([1953] 2 S.C.R. 140), per Rinfret C.J. at p. 154:

[TRANSLATION] The rule that no one should be convicted or deprived of his rights without a hearing, and especially without even being informed that his rights would be in question, is a universal rule of equity, and the silence of a statute should not be relied on as a basis for ignoring it. In my opinion, there would have to be nothing less than an express statement by the legislator for this rule to be superseded: it applies to all courts and to all bodies required to make a decision that might have the effect of destroying a right enjoyed by an individual.

In the case at bar it may be said that if the ADM(Per) did not withdraw from the hearing room, then, in a metaphysical sense, he barred the applicant from the hearing room, while hearing only the version of the applicant's representations which the DPLS deigned to pass on to the ADM(Per). Although the NDA and the QR & O are silent on how to conduct the adjudication of an appeal from severity of sentence, the applicant and his counsel were confronted with this officially invented unfair process.

In the case of another kind of service tribunal, that of the Royal Canadian Mounted Police, the Supreme Court of Canada spoke at length regarding paragraph 11(h) of the Charter which is not under consideration here because the applicant was convicted by a service tribunal of an offence against the provisions of the *Criminal Code*. The case is that of *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541 in which Madame Justice Wilson writes the majority opinion. She is reported thus at page 562:

If an individual is to be subject to penal consequences such as imprisonment—the most severe deprivation of liberty known to our law—then he or she, in my opinion, should be entitled to the highest procedural protection known to our law.

Before turning to the application of the law to the facts of this case, I want to emphasize that nothing in the above discussion takes away from the possibility that constitutionally guaranteed procedural protections may be available in a particular case under s. 7 of the *Charter* even although s. 11 is not available. The appellant in this case has chosen to base his case solely on s. 11 of the *Charter*. In view of this I make no comment on the applicability of s. 7.

adoptée si fermement qu'elle s'applique à tous ceux qui remplissent des fonctions de nature judiciaire et ne peut être exclue que de façon expresse. Voir: *L'Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal c. La Commission des relations de travail*, [1953] 2 R.C.S. 140, où le juge en chef Rinfret a dit à la p. 154:

Le principe que nul ne doit être condamné ou privé de ses droits sans être entendu, et surtout sans avoir même reçu avis que ses droits seraient mis en jeu est d'une équité universelle et ce n'est pas le silence de la loi qui devrait être invoqué pour en priver quelqu'un. À mon avis, il ne faudrait rien moins qu'une déclaration expresse du législateur pour mettre de côté cette exigence qui s'applique à tous les tribunaux et à tous les corps appelés à rendre une décision qui aurait pour effet d'annuler un droit possédé par un individu.

Dans la présente cause, on peut dire que, si le SMA(Per) ne s'est pas retiré de la salle d'audience, alors, dans un sens métaphysique, il a empêché le requérant de se rendre dans cette salle, entendant uniquement la version des observations du requérant que le DSJP a bien voulu lui présenter. Bien que ni la LDN ni les O & RR ne renferment de dispositions sur la façon dont un appel relatif à la sévérité de la sentence devrait se dérouler, le requérant et son avocat se sont vus confrontés à cette procédure inéquitable inventée de façon officielle.

Dans cette cause concernant un autre genre de tribunal militaire, soit celui de la Gendarmerie Royale du Canada, la Cour suprême du Canada a traité longuement de l'alinéa 11(h) de la Charte, qui n'est pas en cause en l'espèce, parce que le requérant a été reconnu coupable par un tribunal militaire d'une infraction aux dispositions du *Code criminel*. Il s'agit de la cause de *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, où Madame le juge Wilson a rédigé l'opinion majoritaire. Voici ce qu'elle dit à la page 562:

Si une personne doit subir des conséquences pénales comme l'emprisonnement, qui constitue la privation de liberté la plus grave dans notre droit, j'estime alors qu'elle doit avoir droit à la meilleure protection qu'offre notre droit en matière de procédure.

Avant d'examiner l'application du droit aux faits de l'espèce, je tiens à souligner que la discussion précédente n'écarte nullement la possibilité que des garanties constitutionnelles en matière de procédure puissent être invoquées dans un cas particulier aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, même si on ne peut se fonder sur l'art. 11. L'appelant en l'espèce a choisi de fonder son argumentation uniquement sur l'art. 11 de la *Charte*. Ainsi, je ne fais aucune observation sur l'applicabilité de l'art. 7.

Section 7 of the Charter is invoked in this case by the applicant and in referring to “the principles of fundamental justice” it does invoke, as did Wilson J., “the highest procedural protection known to our law”.

Now, it is true that upon cross-examination on his affidavit, a remarkable performance, whose transcript is exhibit 4, Lt.-Gen. James Arthur Fox, the current ADM(Per) gave his impressions of military justice, including the procedure in vogue on severity-of-sentence appeals, thus:

30. Q. And if he appeals the severity of sentence from the court-martial, he gets advised as to whether he has been denied or not, that is all, is that not so?  
A. That is basically correct, in the form of written response.
31. Q. Yes, but he doesn't get reasons, does he?  
A. That is correct.
32. Q. Does that seem to you—  
A. In the written response.
33. Q. Yes. All he gets is that he is told very simply that his appeal is denied or granted in part or whatever it may be—  
A. Correct—
34. Q. —without any reasons?  
A. Correct
35. Q. Does that strike you as being somewhat anomalous?  
A. I think that the individual will be aware of the judgments that have been applied through other legal counsel or assisting officer will advise him, so I think the individual is aware, so what we are really talking about is whether the response need be in writing.
40. Q. I say that the individual who has appealed the severity of the sentence does not get told what you receive?  
A. That is correct.
41. Q. That is correct, you don't deny that?  
A. In detail.
42. Q. Just a minute, you say in detail, does he get advised generally? I put it to you he doesn't get advised at all of anything that is going into that submission?  
A. He has, I want to take some advice here, okay.
43. Q. Well, Mr. Macdonald, you perhaps will want to speak to the General. I want it understood this is my cross-examination and I don't want continued interruptions. I don't want him to be given the answers. He has sworn a 40-page affidavit putting himself forward as an authority on this system and he should be able to answer the questions.
- MR. MACDONALD: There will be areas that the General will require some assistance in informing himself, the

Dans le présent litige, le requérant invoque l'article 7 de la Charte, lequel renvoie aux «principes de justice fondamentale», soit, comme l'a dit le juge Wilson, «la meilleure protection qu'offre notre droit en matière de procédure».

Il est vrai que, lorsqu'il a été contre-interrogé au sujet de son remarquable affidavit, qui se trouve à la pièce 4, le lieutenant-général James Arthur Fox, l'actuel SMA(Per), a donné ses impressions de la justice militaire, y compris la procédure en usage dans les appels concernant la sévérité de la sentence:

[TRADUCTION]

30. Q. Et s'il en appelle de la sévérité de la sentence imposée par la cour martiale, on lui dit si son appel est refusé ou non, et c'est tout, n'est-ce pas?  
R. C'est à peu près ça, sous forme de réponse écrite.
31. Q. Oui, mais il n'obtient pas les motifs, n'est-ce pas?  
R. C'est exact.
32. Q. Est-ce que cela vous semble...  
R. Dans la réponse écrite.
33. Q. Oui. On lui dit très simplement que son appel est rejeté ou qu'il est accueilli en partie, et c'est tout ce qu'il obtient...  
R. C'est exact.
34. Q. Sans motifs?  
R. C'est exact.
35. Q. Est-ce que cela vous semble un peu irrégulier?  
R. Je pense que la personne sera informée des jugements qui ont été rendus par l'entremise d'un autre conseiller juridique ou d'un officier adjoint, alors je pense que l'individu est au courant, alors ce dont nous parlons ici, c'est de la question de savoir si la réponse doit être faite par écrit.
40. Q. La personne qui en appelle de la sévérité de la sentence n'est pas informée de ce que vous recevez?  
R. C'est exact.
41. Q. C'est exact, vous ne niez pas ça?  
R. En détail.
42. Q. Juste un instant, vous dites en détail, est-il informé d'une façon générale? Je vous dis qu'il n'est pas informé de ce que renferme ce mémoire?  
R. Il a, j'aimerais consulter quelqu'un, d'accord.
43. Q. Monsieur Macdonald, vous voulez peut-être parler au général. Je veux que l'on comprenne qu'il s'agit de mon contre-interrogatoire et je ne veux pas d'interruptions constantes. Je ne veux pas qu'on lui donne les réponses. Il a signé un affidavit de 40 pages dans lequel il s'est présenté comme une autorité sur ce système et il devrait être en mesure de répondre aux questions.
- MONSIEUR MACDONALD: Il y a des domaines au sujet desquels le général a besoin d'aide et de renseignements,

details of the system will not be immediately at hand and that is why he has Lieutenant-Colonel Carter and Captain Partner here.

There may be times when he will require some assistance which is normal in an examination for discovery. [sic] I don't see anything objectionable about him stopping from time to time to get that assistance. *a*

46. Q. Can you tell me in how many cases, to your knowledge, a copy of the submission that goes to you is provided either to the appellant or to his counsel in order that he might comment on it? *b*

A. No, I can't tell you. I would expect—

47. Q. Would—

A. —go ahead—

48. Q. —would you disagree it has never been done? *c*

A. I will not disagree, because I cannot tell you.

49. Q. When you are making the decisions, you receive no direct input from appellant's counsel or the appellant? *d*

A. I receive the input that is put before me. If there has been information provided, then that information will be in there.

50. Q. But that is filtered through your legal staff in the Directorate of Personnel Legal Service, isn't that correct? *e*

A. That is filtered through staff, that is correct, yes.

51. Q. You don't see it at all, that is, the submission, if there was one from the appellant or his defence counsel? *f*

A. I have not, so I can't answer the question beyond that. I would expect if, if there was detailed argument provided, I would expect to see it, because I would expect the staff to act like that. (Ex. 2, pp. 8 to 13)

181. Q. You are aware that lawyers look to appellate courts for guidance in applying various provisions, et cetera, in court, are you aware of that, I take it? *g*

A. Not really.

182. Q. No. In the submissions you receive, and I appreciate you have only in your current capacity received two, is it? *h*

A. Mm hmmm.

183. Q. There would ordinarily be reference to precedents there, would there not? *i*

A. There may be (Ex. 2, p. 37)

230. Q. No, I am talking now of your role as the authority considering appeals on severity of sentence and perhaps *j*

les détails concernant le système ne sont pas toujours immédiatement disponibles et c'est la raison pour laquelle le lieutenant-colonel Carter et le capitaine Partner sont ici.

Il se peut qu'il ait besoin d'aide, ce qui est normal au cours d'un interrogatoire préalable [sic]. Je ne vois rien de mal à ce qu'il s'arrête à l'occasion pour obtenir cette aide.

46. Q. Pouvez-vous me dire dans combien de cas, selon ce que vous savez, une copie du mémoire qui vous est remis est fournie à l'appelant ou à son avocat pour que ceux-ci puissent le commenter?

R. Non, je ne peux pas vous dire. J'imagine . . .

47. Q. Pourriez-vous . . .

R. . . poursuivre . . .

48. Q. Vous ne seriez pas d'accord si je vous disais que ça n'a jamais été fait? *c*

R. Je ne puis être en désaccord, parce que je ne peux pas vous le dire.

49. Q. Lorsque vous rendez les décisions, vous ne recevez aucun renseignement direct de l'appelant ou de son avocat? *d*

R. Je reçois les renseignements qui me sont soumis. Si des renseignements ont été fournis, ils se trouveront dans le mémoire.

50. Q. Mais ce mémoire est d'abord «filtré» par votre personnel juridique de la Direction du service juridique du personnel, n'est-ce pas? *e*

R. C'est exact, oui.

51. Q. Vous ne le voyez pas au complet, c'est-à-dire le mémoire, s'il y en a un qui a été soumis par l'appelant ou son avocat? *f*

R. Je ne le vois pas, alors je ne puis répondre à la question plus que ça. J'imagine que, si des arguments détaillés étaient fournis, j'imagine que je les lirais, parce que je m'attendrais à ce que le personnel agisse en ce sens. (Pièce 2, p. 8 à 13)

181. Q. . . . Vous savez que les avocats s'en remettent aux cours d'appel pour obtenir des critères d'application des diverses dispositions, et ainsi de suite, vous savez ça, j'imagine? *g*

R. Pas vraiment.

182. Q. Non. Dans les mémoires que vous recevez, et je comprends que vous n'en avez reçu que deux comme titulaire du poste que vous occupez actuellement, n'est-ce pas? *h*

R. Hum, hum.

183. Q. Le mémoire renferme habituellement des citations de jurisprudence, n'est-ce pas? *i*

R. Il peut y en avoir. (Pièce 2, p. 37)

230. Q. Non, je parle maintenant de votre rôle comme l'autorité qui examine les appels concernant la sévérité de la sentence et peut-être pourrions-nous revenir un peu en arrière. Le système de la cour martiale est évidemment *j*

we can step back just a little bit. The court-martial system, of course, is an adversarial system, isn't it?

A. Mm hmmm.

231. Q. Do you consider the appeal system, the severity of sentence to be part of that ongoing process or adversarial process?

A. Are we into law here again?

MR. MACDONALD: Yes, we are. If you don't know, say you don't know. If you feel that it is within your area of knowledge, you can answer it, but it is a legal question.

WITNESS: I am not sure that in the sense of law what the answer is, but I think it is fair to answer and say I do not consider it to be part of the adversarial system myself. (Ex. 2, p. 48)

- [234] [A] ... I do feel that the judgments applied have inputs permissible from both sides. In the sense of adversarial in arguing in court, if that is what you mean, I don't see it in those terms. I do see other judgments being entered.

235. Q. All right. And under the *National Defence Act* there is no appeal from your decision on severity of sentence. Isn't that so?

A. That is correct. (Ex. 2, pp. 49 & 50)

Lt.-Gen. Fox's credibility in pledging his oath on the provisions of the forty-page, forty-two paragraph affidavit which he swore is not enhanced in the following passage:

236. Q. This affidavit, General, was obviously prepared for you by someone else, wasn't it?

A. There was obviously work done by others, but I have signed this.

237. Q. Yes. Did you see in the course of your being advised on that affidavit you swore, did you see an affidavit that was sworn by General de Chastelain in 1986?

A. No.

238. Q. Were you told that your affidavit was in fact very similar to General de Chastelain's?

A. No. I was told that the argument, that there is argumentation that had been drawn from several sources. (Ex. 2, p. 50)

Regarding the procedure emplaced for severity-of-sentence appeals Lt.-Gen. Fox continued to give *viva voce* testimony, thus:

291. Q. If you are hearing submissions from two sides at a formal hearing, it is likely, is it not, you are going to be taking more time than you would just sitting down read-

un système fondé sur le principe du contradictoire, n'est-ce pas?

R. Hum, hum.

231. Q. Considérez-vous que le système des appels concernant la sévérité de la sentence fait partie de cette procédure courante ou de ce système fondé sur le principe du contradictoire?

R. Parlons-nous encore de droit?

M. MACDONALD: Oui. Si vous ne le savez pas, dites que vous ne le savez pas. Si vous pensez que vous le savez, vous pouvez répondre à la question, mais c'est une question qui porte sur un point de droit.

LE TÉMOIN: Je ne suis pas certain de la réponse selon le sens de la loi, mais je pense qu'il est équitable de répondre et de dire que je n'estime pas que le système des appels fait partie du système fondé sur le principe du contradictoire. (Pièce 2, p. 48)

- [234] [R] ... J'estime que les jugements appliqués sont fondés sur des données des deux parties. Contradictoire dans le sens de débattre devant la cour, si c'est ce que vous voulez dire, je ne le vois pas de cette façon-là. Je vois d'autres jugements qui sont inscrits.

235. Q. D'accord. Et selon la *Loi sur la défense nationale*, il ne peut y avoir d'appel de votre décision sur la sévérité de la sentence, n'est-ce pas?

R. C'est exact. (Pièce 2, p. 49 et 50)

La crédibilité du lieutenant-général Fox, qui a signé sous serment cet affidavit de quarante pages et de quarante-deux paragraphes, n'est pas renforcée par les réponses suivantes:

[TRADUCTION]

236. Q. Cet affidavit, général, a manifestement été préparé pour vous par une autre personne, n'est-ce pas?

R. Il y a évidemment du travail qui a été fait par d'autres, mais j'ai signé ça.

237. Q. Oui. Pendant qu'on vous informait au sujet de cet affidavit que vous avez fait sous serment, avez-vous vu un affidavit qui a été fait sous serment par le général de Chastelain en 1986?

R. Non.

238. Q. Vous a-t-on dit que votre affidavit était très semblable à celui du général de Chastelain?

R. Non, on m'a dit que les arguments avaient été tirés de plusieurs sources. (Pièce 2, p. 50)

En ce qui a trait à la procédure en usage à l'égard des appels sur la sévérité de la sentence, le lieutenant-général Fox a poursuivi son témoignage *viva voce* en ces termes:

[TRADUCTION]

291. Q. Si vous entendez les arguments des deux parties au cours d'une audience officielle, il est probable, n'est-ce pas, que vous prendrez plus de temps que si vous lisez

ing a submission prepared for you by DPLS after vetting anything that they have?

A. It probably would, and certainly if it was done frequently. (Ex. 2, p. 63)

358. Q. Perhaps I can put it another way. Would you agree it would be impractical from a military perspective to hold hearings on appeals on severity of sentence?

A. We would have great difficulty with it in practical terms, in the sense of time practicality and so on. (Ex. 2, p. 77)

403. Q. ... Your senior legal adviser has said there should be no problem with releasing the [DPLS's] submission, providing there is compliance with the *Privacy Act*, *Access to Information Act* and whatever other law may be applied here, you agree with that, General?

A. Yes.

404. Q. And I understand that in Captain Partner's experience, and he has been the Director of Personnel Legal Services since 1985, there have only been two occasions in which there have been releases to a lawyer dealing with an appeal on severity of sentence of these submissions going to you, or at least a synopsis of it, is that correct?

A. Yes.

405. Q. And that the lawyer could be provided with a summary and if he had anything to comment on he could send that in and then that would be digested and dealt with in terms of the submission going to you, correct?

A. Correct.

408. Q. In general you agree that there is no provision under the *National Defence Act* or the regulations or orders that, currently at least, that provide for an appellant or his counsel to obtain that material, inviting him to or giving him permission to do so?

A. There is nothing that invites him to nor gives him permission nor certainly nothing that precludes, that would give him that idea either. (Ex. 2, pp. 87 & 88)

Another deponent, Capt. (N) William Arthur Reed was cross-examined on his filed affidavit and the transcript is exhibit 4. Capt. (N) Reed was Capt. (N) Partner's immediate predecessor as DPLS, serving in that role from January 1981 to summer of 1984. He testified as follows:

283. Q. Now during the time you were in DPLS and dealing with appeals on severity of sentence, it was not the policy

simplement un mémoire que le DSJP a préparé pour vous après l'avoir «corrigé»?

R. C'est probable et ce serait certainement le cas si cela se faisait fréquemment. (Pièce 2, p. 63)

358. Q. Je pourrais peut-être vous poser la question d'une autre façon. Seriez-vous prêt à admettre qu'il ne serait pas pratique, du point de vue militaire, de tenir des audiences dans le cas des appels concernant la sévérité de la sentence?

R. Il nous serait très difficile de le faire en pratique, en raison des contraintes de temps, et ainsi de suite. (Pièce 2, p. 77)

403. Q. ... Votre conseiller juridique principal a dit qu'il ne devrait pas y avoir d'obstacle à la communication du mémoire [du DSJP], pourvu que la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la *Loi sur l'accès à l'information* et toute autre loi pertinente soient respectées, vous êtes d'accord avec ça, général?

R. Oui.

404. Q. Et je comprends que, d'après l'expérience qu'a vécue le capitaine Partner, et il a été directeur du service juridique du personnel depuis 1985, il est arrivé deux fois seulement que l'on ait communiqué à un avocat le mémoire qui vous est transmis au sujet d'un appel sur la sévérité de la sentence, ou du moins un résumé de ce mémoire, c'est ça?

R. Oui.

405. Q. Et que l'avocat pouvait obtenir un résumé et, s'il avait des commentaires à ajouter, il pouvait les envoyer et ces commentaires seraient lus et intégrés dans le mémoire qui vous est remis, c'est ça?

R. C'est ça.

408. Q. En général, vous reconnaissez qu'il n'y a aucune disposition dans la *Loi sur la défense nationale* ou dans les ordonnances ou règlements, du moins pour l'instant, qui permet à l'appelant ou à son avocat d'obtenir ce document, qui l'invite à le faire ou qui lui donne l'autorisation de le faire?

R. Il n'y a rien qui l'invite à le faire ou qui l'autorise à le faire et il n'y a certainement rien qui empêche, qui lui donnerait cette idée-là non plus. (Pièce 2, p. 87 et 88)

Un autre déposé, le capitaine (N) William Arthur Reed, a été contre-interrogé au sujet de l'affidavit qu'il a déposé et dont la transcription se trouve à la pièce 4. Le capitaine (N) Reed était le prédécesseur immédiat du capitaine (N) Partner comme DSJP, poste qu'il a d'ailleurs occupé de janvier 1981 jusqu'à l'été 1984. Il a témoigné comme suit:

[TRADUCTION]

283. Pendant la période au cours de laquelle vous étiez DSJP et au cours de laquelle vous avez reçu des appels concernant

to send out letters to the appellant or his counsel inviting submissions, isn't that correct?

A. I'm just trying to take my mind back. I know that I have discussed appeals as to severity of sentence in, when I was in the office of the Director of Personnel Legal Services with civilian counsel who were representing an accused.

284. Q. They may have phoned to find out what it is all about kind of thing?

A. I don't know how, but it was initiated.

285. Q. But there was no policy to send out letters, was there?

A. I don't believe there was.

286. Q. No. There is nothing in regulations, orders or the Act that provides for counsel or the appellant to make submissions to ADM/Per?

A. Well, the Act provides that he can, provides for severity of appeal and the regulation provides for the form and the form provides for reasons to be advanced.

287. Q. That form though, sir, after all in the block dealing with appeals on severity of sentence is about two and a half inches long, isn't it, that is served on the accused, isn't?

A. That is correct. (Ex. 4, pp. 66 & 67)

291. Q. But no case comes to mind in which ADM/Per did not accept your recommendations, isn't that fair to say?

A. Nothing springs to mind, no. (Ex. 4, p. 68)

The procedure is fully explained. It is woefully deficient. Of course an appellant's solicitor could always write a letter addressed directly to the ADM(Per) setting out the appellant's submissions on appeal against severity of sentence. In a free and democratic country anyone is free to write a letter to an official office-holder. However, that freedom does not impose a correlative obligation upon the official to read and to consider those submissions in terms of the appeal. He may, and the Court concludes upon the affidavits filed and the answers expressed on the cross-examination, would most probably simply ignore such submissions as being extraneous to the deficient procedure which has been invented and applied in severity-of-sentence appeals.

The appellant/applicant's right to fair procedure, to fundamental justice to the benefit of *audi alteram partem* are simply denied in this procedure, in which he is obliged to make his submissions to the decision-maker through the offices and

la sévérité de la sentence, n'était-ce pas la politique d'envoyer des lettres à l'appelant ou à son avocat afin de leur demander de soumettre leurs arguments?

R. J'essaie de me souvenir. Je sais que j'ai discuté de certains appels sur la sévérité de la sentence, lorsque j'étais directeur du service juridique du personnel, avec un avocat au civil qui représentait un prévenu.

284. Q. Ils ont peut-être téléphoné pour savoir de quoi il s'agissait?

R. Je ne sais pas comment, mais c'était commencé.

285. Q. Mais il n'y avait pas de politique prévoyant que des lettres devraient être envoyées, n'est-ce pas?

R. Je ne crois pas qu'il y en avait.

286. Q. Non. Il n'y a aucune disposition dans le règlement, les ordonnances ou la Loi qui permet à l'appelant ou à son avocat de soumettre des arguments au SMA(Per)?

R. La Loi prévoit qu'il peut, elle prévoit qu'il peut y avoir un appel de la sévérité, le règlement renferme la formule à utiliser et la formule contient un énoncé des motifs pouvant être invoqués.

287. Q. Cependant, cette formule, qui se trouve dans la case des appels relatifs à la sévérité de la sentence, est une formule d'environ deux pouces et demi de long, n'est-ce pas, c'est ça qui est remis au prévenu?

R. C'est ça. (Pièce 4, p. 66 et 67)

291. Q. Mais je ne crois pas qu'il y ait eu des cas où le SMA (Per) n'a pas accepté vos recommandations, n'est-ce pas?

R. Aucun cas ne me vient à l'esprit, non. (Pièce 4, p. 68)

La procédure est pleinement expliquée. Elle est terriblement déficiente. Bien entendu, l'avocat d'un appelant pourrait toujours écrire une lettre directement au SMA(Per) pour lui exposer les arguments de son client au sujet de l'appel à l'encontre de la sévérité de la sentence. Dans une société libre et démocratique, chacun est libre d'écrire une lettre à une personne qui occupe un poste officiel. Cependant, cette liberté n'impose pas à l'autorité une obligation correspondante de lire et d'examiner ces arguments à l'égard de l'appel. Elle peut ignorer ces observations comme étant extérieures à la procédure déficiente qui a été inventée et appliquée dans les appels concernant la sévérité de la peine et la Cour conclut, à la lumière des affidavits déposés et des réponses données en contre-interrogatoire, que c'est probablement ce qu'elle fera.

Le droit de l'appelant/requérant à une procédure équitable, à la justice fondamentale et au bénéfice de la règle *audi alteram partem* est tout simplement nié dans cette procédure, par laquelle il est obligé de soumettre ses arguments destinés à l'ins-

judgment of the decision-maker's subordinate assistant official. Honourable as the DPLS of the day may be, as one would surely expect, at least most of the time, he or she is distinctly not the appellant's advocate. In acting as the DPLS does in such matters, he or she effectively obstructs the appellant from direct access to the ADM(Per) who is, in turn, blocked from "hearing" from the appellant, although designated to make the ultimate decision on severity.

There is no fundamental justice inherent in that process. It violates the applicant's right to fundamental justice in proceeding where his liberty is at stake and which result in his sentence of imprisonment remaining unchanged on appeal. It violates fundamental justice to require the appellant (applicant here) to transmit his representations for mitigation of sentence through the perceptions of the DPLS who, (if Lt.-Gen. Fox and Capt. (N) Reed are to be believed in their enthusiasm for all things military and naval) simply must be bearing an institutional bias, with all his professional formation, dedication and position subordinate to the ADM(Per). At the very least an appellant ought to have a copy of the DPLS's submission or memorandum first, and then a clear opportunity to place his own or his counsel's submissions, last, directly before the designated authority, presently the ADM(Per), without any intermediary intervention. These considerations are of especial importance because there is no appeal from the decision of the ADM(Per) under the present dispensation.

The applicant urged further that he ought to have had the opportunity to have his submissions expressed orally at a hearing conducted by the designated authority. Also, on behalf of the applicant it was urged that the whole tenor of Lt.-Gen. Fox's and Capt. (N) Reed's affidavits and cross-examinations, exhibits 2 and 4 respectively, (which the applicant's counsel commended in their entirety for the insights they provide) demonstrate clearly that an independent adjudicator is constitutionally needed for severity-of-sentence appeals. It is a strong point of principle with the respondents that a Canadian Forces member is the only sort of adjudicator suited to the role for severity-of-sentence appeals. To have dislodged the ADM(Per) or other general officer from the the functions of

tance décisionnelle au jugement du fonctionnaire subalterne de cette instance. Si honorable que soit le DSJP du jour, comme on pourrait sûrement s'y attendre, du moins la plupart du temps, il n'est manifestement pas l'avocat de l'appellant. En agissant comme il le fait dans ces cas-là, il empêche l'appellant d'avoir directement accès au SMA (Per) qui, à son tour, est empêché d'entendre l'appellant, bien qu'il soit désigné pour rendre la décision finale sur la sévérité de la sentence.

Il n'y a pas de justice fondamentale dans cette procédure. Elle viole le droit du requérant à la justice fondamentale dans un litige où sa liberté est en jeu et à la suite duquel sa peine d'emprisonnement demeure inchangée en appel. Elle viole la justice fondamentale en exigeant de l'appellant (le requérant en l'espèce) qu'il transmette ses arguments sur la sévérité de sa sentence au DSJP, qui (à en juger par l'enthousiasme du lieutenant-général Fox et du capitaine (N) Reed pour toutes les choses militaires et navales) doit tout simplement avoir un préjugé institutionnel, compte tenu de sa formation professionnelle, de son dévouement et de son poste de subalterne relevant du SMA(Per). À tout le moins, l'appellant devrait d'abord avoir une copie du mémoire du DSJP et, par la suite, il devrait avoir la possibilité de présenter ses propres arguments ou ceux de son avocat, en dernier lieu, directement devant l'autorité désignée, qui est actuellement le SMA(Per), sans aucune intervention de la part d'un intermédiaire. Ces mesures sont d'autant plus importantes qu'il ne peut y avoir d'appel actuellement de la décision du SMA(Per).

Le requérant soutient qu'il aurait dû avoir la possibilité de présenter ses arguments verbalement à une audience tenue devant l'autorité désignée. Il a ajouté que tout le contenu des affidavits et contre-interrogatoires du lieutenant-général Fox et du capitaine (N) Reed, soit respectivement les pièces 2 et 4 (que l'avocat de l'appellant a jugés fort éclairants), indique clairement qu'un arbitre indépendant est nécessaire, sur le plan constitutionnel, pour les appels concernant la sévérité de la sentence. Selon un grand principe que défendent les intimés, seul un membre des Forces canadiennes convient comme arbitre dans les appels concernant la sévérité de la sentence. Pour déloger le SMA(Per) ou un autre fonctionnaire général de son poste d'arbitre en l'espèce, le requérant aurait

adjudicator in this case would have required the applicant to bring action for a declaration of the constitutional invalidity of sections 233 and 212 of the NDA, according to the decision of this Court's Appeal Division in *Wilson v. Minister of Justice*, [1985] 1 F.C. 586. Therefore the challenge to the existence of the very institution of the Minister's designated military authority in this kind of matter is obviated in this case.

The question of an oral hearing for severity-of-sentence appeals is not so easily resolved. Here is the applicant facing a four-month term of "the most severe deprivation of liberty known to our law" as Wilson J. noted in the *Wigglesworth* decision, above cited [at page 12]. It exacts "the highest procedural protection known to our law", which involves an oral or in-person hearing. Such, also, was the major premise of both of the *Singh* case's unanimous divisions of the Supreme Court of Canada. Each of those divisions however expressed its own particular minor premise to the effect that an oral hearing is not always essential, so long as the applicant can "state his case and know the case he has to meet" as Madame Justice Wilson stated in *Singh* (at page 214). The other division of the Supreme Court of Canada, for whom Mr. Justice Beetz wrote their opinion in *Singh*, did "not wish to suggest that the principles of fundamental justice will impose an oral hearing in all cases". He said that the "most important factors in determining . . . fundamental justice in a given case are the nature of the legal rights at issue and the severity of the consequences to the individuals concerned" (at page 229). The "severity" referred to by Beetz J. is to be understood in a qualitative sense, not a quantitative sense. Admittedly, the term of imprisonment imposed here is relatively short for a fourth offence, although for the third offence the applicant's rank had been reduced from major to captain. Nevertheless, according to the majority judgment in *Wigglesworth*, imprisonment is "the most severe deprivation of liberty known to our law" and, in the present case, this Court is not concerned with the term of the applicant's imprisonment, but with the fairness of the appeal process.

été tenu d'intenter une action en vue de faire déclarer inconstitutionnels les articles 233 et 212 de la LDN, conformément à la décision que la Cour d'appel a rendue dans *Wilson c. Ministre de la Justice*, [1985] 1 C.F. 586. En conséquence, on évite en l'espèce de mettre en cause l'existence de l'institution même de l'autorité militaire désignée par le ministre dans ce genre de litige.

La question de la tenue d'une audience à l'égard des appels sur la sévérité de la sentence n'est pas si simple à résoudre. Le requérant fait face ici à une peine d'emprisonnement (quatre mois), qui constitue «la privation de liberté la plus grave dans notre droit», comme le juge Wilson l'a mentionné dans la décision précitée de *Wigglesworth* [à la page 12]. Cette punition exige «la meilleure protection qu'offre notre droit en matière de procédure», soit une audience verbale ou une audience en personne. Telle a été la principale proposition des deux divisions unanimes de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Singh*. Cependant, chacune de ces divisions a exprimé sa propre prémisse mineure selon laquelle une audience verbale n'est pas toujours essentielle, en autant que la partie requérante peut «exposer sa cause et savoir ce qu'elle doit prouver», comme l'a dit le juge Wilson dans l'arrêt *Singh* (à la page 214). L'autre division de la Cour suprême du Canada, au nom de laquelle le juge Beetz a rédigé l'opinion dans *Singh*, ne voulait «pas laisser entendre que les principes de justice fondamentale exigent la tenue d'audition dans tous les cas». Il a dit que «Les facteurs les plus importants lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu de la justice fondamentale . . . dans un cas donné sont la nature des droits en cause et la gravité des conséquences pour les personnes concernées» (à la page 229). La «gravité» à laquelle le juge Beetz fait allusion doit être comprise dans un sens qualitatif et non quantitatif. Il est vrai que la peine d'emprisonnement imposée dans ce cas-ci est relativement courte pour une quatrième infraction, même si, pour la troisième, le requérant a été rétrogradé de major à capitaine. Néanmoins, selon le jugement majoritaire rendu dans l'arrêt *Wigglesworth*, l'emprisonnement constitue «la privation de liberté la plus grave dans notre droit» et, dans le présent litige, notre Cour n'a pas à examiner la durée de l'emprisonnement du requérant, mais l'équité de la procédure d'appel.

The respondents would compare the applicant's plight under military law with what it might have been, if he had been convicted and sentenced in a civilian court. They point to the necessity of obtaining leave (almost invariably accorded) pursuant to paragraph 675(1)(b) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] in order to appeal against the sentence imposed for a conviction on indictment, if the sentence be not fixed by law. They point also to the Attorney General's necessity of obtaining leave, pursuant to paragraph 676(1)(d) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 139] of the *Criminal Code*, in order to appeal against the sentence imposed for a conviction on indictment, if the sentence be not fixed by law. The respondents also point to the possibility, pursuant to section 685 of the *Criminal Code*, whereby the provincial court of appeal may summarily dismiss a frivolous or vexatious appeal involving only a question of law, without calling on anyone to attend the session which is referred to as a "hearing". In addition the respondents point to section 687 of the *Criminal Code* pursuant to which, if the sentence be not fixed by law, the Court of Appeal may vary the sentence (by diminishing, or increasing the term) within the limits prescribed by law, even if the Crown seeks no increase in the terms of the sentence. Finally, the respondents mention section 688 of the *Criminal Code* whereby it is provided that, in certain circumstances, an appellant who is in custody and represented by counsel, or an appellant who wishes to present his case on appeal in writing instead of orally, is not entitled to be present at the hearing of his appeal. Basically section 688 sets out a few exceptions from the right of an appellant in custody to attend. An appellant at large has the unqualified right, in common with that of the public at large, to attend the hearing of his or her appeal.

As against the above-mentioned provisions of the *Criminal Code*, the respondents note:

k) Under the provisions of the *National Defence Act* a convicted person has an absolute right of appeal against the severity of sentence and there is no right of the Crown to cross appeal nor is there any provision for the sentence to be increased upon the hearing [*sic*] of the appeal.

The respondents' counsel spoke on their behalf most articulately, but after all was said, it remains

Les intimés voudraient comparer le sort qu'a connu le requérant à la suite de l'application de la justice militaire à celui qu'il aurait pu avoir s'il avait été jugé et condamné par un tribunal civil. Ils soulignent la nécessité d'obtenir une autorisation (qui est presque toujours accordée) conformément à l'alinéa 675(1)b) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46] pour en appeler de la sentence imposée à la suite d'une déclaration de culpabilité sur acte d'accusation, si la sentence n'est pas celle que fixe la loi. Ils soulignent que le procureur général est tenu, conformément à l'alinéa 676(1)d) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 27, art. 139] du *Code criminel* obtenir l'autorisation pour en appeler de la peine imposée à la suite d'une déclaration de culpabilité sur acte d'accusation, si la sentence n'est pas celle que fixe la loi. En outre, les intimés mentionnent la possibilité, conformément à l'article 685 du *Code criminel*, que la cour d'appel d'une province donnée renvoie sommairement un appel frivole ou vexatoire qui comporte une simple question de droit sans assigner de personnes à la séance qui est appelée «audition». Qui plus est, les intimés citent l'article 687 du *Code criminel* selon lequel, si la sentence n'est pas celle que fixe la loi, la Cour d'appel peut la modifier (en diminuant ou augmentant la durée de la peine) dans les limites prescrites par la loi, même si la Couronne ne présente aucune demande à cet égard. Enfin, les intimés mentionnent l'article 688 du *Code criminel* qui prévoit que, dans certaines circonstances, un appellant qui est détenu et représenté par un avocat ou un appellant qui désire présenter sa cause en appel par écrit plutôt que verbalement n'a pas le droit d'être présent à l'audition de son appel. Essentiellement, l'article 688 énonce quelques exceptions au droit d'un appellant détenu d'être présent à l'audition. En général, l'appellant a le droit absolu, tout comme l'ensemble des citoyens, d'assister à l'audition de son appel.

Les intimés notent ce qui suit à l'égard des dispositions précitées du *Code criminel*:

[TRADUCTION] k) Selon les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, une personne reconnue coupable d'une infraction a un droit d'appel absolu à l'égard de la sévérité de sa sentence et la Couronne n'a pas le droit de faire un appel reconventionnel; en outre, il n'y a aucune disposition permettant à la Cour d'alourdir la peine après l'audition de l'appel.

Bien que l'avocat des intimés se soit exprimé d'une façon très articulée, après tout ce qui a été dit, il

difficult to fathom their asserted comparison of the general criminal law with the military disciplinary law, especially in light of the respondents' emphatic averments that military law is a highly developed, finely-tuned, close-to-perfect integrity (Lt.-Gen. Fox's affidavit and cross-examination) in which the precepts of civilian law could be seen as virtually foreign elements. Perhaps the respondents' posture then is meant to convey the notion that Capt. Duncan, the applicant, is one lucky officer not to have been involved in the toils of the civilian law. That may well be so indeed, but it is irrelevant, for the respondents cannot thereby gloss over the constitutional deficiencies in the procedure someone invented and they adopted. The possibly worse plight of a civilian accused or appellant affords no justification whatever for depriving military appellants of fundamental justice. Who, after all, can know whether the applicant in civilian life would have been subject to the same intensity of the stresses of a skillful aeroplane pilot and superb leader of service personnel, as he has been in his military career; and if so, how he would have otherwise coped with such stresses? There may possibly be less excuse—in a moral sense—for committing offences in civilian life; but such a consideration introduces philosophizing of a kind which has little or no place in this litigation.

The respondents invoke the provisions of section 1 of the Charter which states that it “guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society” [emphasis not in original text]. The Court finds that the respondents have not demonstrated any justifiable limit, prescribed by law, for excluding the applicant's access to fundamental justice, or fair procedures, by denying him and/or his counsel direct access to the decision-maker who, after all, must “hear” if he or she is also to make such important decisions.

est difficile de comprendre la comparaison qu'ils veulent faire entre le droit pénal général et le droit disciplinaire militaire, surtout si l'on tient compte des affirmations énergiques des intimés selon lesquelles la justice militaire est une institution très sophistiquée dont l'intégrité est presque parfaite (affidavit et contre-interrogatoire du lieutenant-général Fox) et au regard de laquelle les principes du droit civil (non-militaire) pourraient être considérés comme des éléments pour ainsi dire étrangers. Les intimés sous-entendent peut-être que le capitaine Duncan, le requérant, est chanceux d'avoir évité les embûches du droit civil. Ils ont peut-être raison, mais ce n'est pas pertinent, parce que les intimés ne peuvent dissimuler les lacunes constitutionnelles de la procédure qu'une personne a inventée et qu'ils ont adoptée. On ne saurait invoquer le sort peut-être plus malheureux que connaîtrait un prévenu ou un appelant au civil pour priver de la justice fondamentale les appelants dans le domaine militaire. Après tout, qui peut savoir si le requérant, dans la vie civile, aurait fait l'objet de contraintes aussi intenses que celles qu'il a connues au cours de sa carrière militaire comme pilote d'aéroplane compétent et excellent chef du personnel de service et, dans l'affirmative, comment aurait-il pu faire face autrement à ces contraintes? La perpétration d'infractions dans la vie civile se justifie peut-être moins, sur le plan moral, mais l'examen de cette possibilité nous amène à des considérations philosophiques qui débordent le cadre du présent litige.

Les intimés invoquent les dispositions de l'article 1 de la Charte, qui se lit comme suit: «La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» [non souligné dans le texte original]. La Cour est d'avis que les intimés n'ont pas démontré de limite justifiable prescrite par une règle de droit, laquelle permettrait de refuser au requérant l'accès à la justice fondamentale ou aux procédures équitables en l'empêchant ou en empêchant son avocat d'avoir directement accès à la personne qui se prononcera sur son cas et qui, après tout, doit «l'entendre» avant de prendre une décision aussi importante.

There is no identified emergency, nor any overwhelmingly high order of administrative convenience, nor yet any other specie of official, State, or military exigency which this Court can perceive, for obliging appellants to filter their submissions as to severity of sentence through the DPLS in order to have them placed before the ADM(Per) for his or her careful, open-minded consideration. Such consideration (which is not subject to further appeals) needs to be undertaken after direct access—*audi alteram partem*—lest the principles of fundamental justice be vitiated, in this free and democratic society. Whatever military discipline requires, it is clear that it does not require stripping members of the Armed Forces of the dignity of making their own submissions personally or by counsel, directly to the officer designated to judge their appeals in mitigation of sentence severity. Section 1 of the Charter is not applicable to these circumstances.

Now where do the parties stand? The respondents, at least for the time being, have preserved their much touted institution of a truly military official to adjudicate severity-of-sentence appeals. On what is, quite frankly, a razor's edge decision the Court, *haesitante*, exercises its discretion against declaring the written as distinct from oral process in severity appeals to be constitutionally unacceptable.

For the purposes of this litigation only, it seems that an oral hearing was not strictly necessary, if the applicant's submissions could have been laid directly before the ADM(Per) after his counsel had had the opportunity to review finally what the DPLS had submitted. Such a procedure would be akin to reply in oral argument. The applicant, even before he initiated these proceedings has been spared the ignominy and potential financial detriment of dismissal under QR & O article 114.08(2), not carried out pursuant to subsection 178(2) [now 206(2)] of the NDA. The respondent's counsel confirms that the applicant is now to be honourably discharged as one for whom no useful employment is presently available. He still faces, however, the four-month term of imprison-

La Cour n'a décelé aucune urgence, raison administrative prépondérante ou autre espèce d'exigence officielle, nationale ou militaire qui justifie que l'on impose aux appelants l'obligation de présenter d'abord au DSJP leurs arguments concernant la sévérité de la sentence pour que celui-ci les soumette à l'examen ouvert et attentif du SMA (Per). Cet examen (qui ne peut faire l'objet d'autres appels) doit nécessairement être fait une fois que la règle de l'accès direct (*audi alteram partem*) est appliquée, faute de quoi les principes de justice fondamentale qui caractérisent notre société libre et démocratique seront violés. Quelle que soit la sanction militaire requise, il est évident que cette mesure n'exige pas que l'on enlève aux membres des Forces armées le droit de présenter leurs propres arguments, que ce soit personnellement ou par l'entremise de leur avocat, directement à l'autorité désignée pour statuer sur leurs appels relatifs à la sévérité de la sentence. L'article 1 de la Charte ne s'applique pas dans ces circonstances.

Que signifie tout cela pour les parties? Les intimés, du moins pour l'instant, ont préservé leur précieuse institution, soit celle de la détermination des appels sur la sévérité de la sentence par une autorité militaire. Bien qu'il s'agisse d'une question fort épineuse, la Cour, non sans hésiter, n'est pas prête à déclarer, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, que la procédure écrite par opposition à la procédure verbale dans les appels sur la sévérité de la sentence est constitutionnellement inacceptable.

Aux fins du présent litige uniquement, il semble qu'une audience verbale n'était pas strictement nécessaire, dans la mesure où le requérant aurait pu soumettre ses arguments directement au SMA (Per) une fois que son avocat aurait eu la possibilité d'examiner le document préparé par le DSJP. Cette procédure ressemblerait à une réponse aux arguments verbaux. Avant même que le requérant ne dépose la présente requête, on lui a épargné le déshonneur et le préjudice financier pouvant découler d'une destitution en application de l'article 114.08(2) des O & RR, laquelle destitution n'a pas été ordonnée suivant le paragraphe 178(2) [maintenant 206(2)] de la LDN. L'avocat des intimés confirme que le requérant sera libéré honorablement à titre de personne pour laquelle aucun

ment imposed by the SCM and, by virtue of the applicant's appeal, he still faces it as the considered disposition of the ADM(Per) through that unconstitutional process.

Should the Court now merely acknowledge the applicant's civic spirit in bringing that process to the Court's attention so that it might be found and declared to be contrary to section 7 of the Charter? Should the Court now merely adjure the respondents to do better in future? It is clear, as both counsel agreed, that in so far as the applicant's appeal is concerned, the ADM(Per) is *functus officio*. In fact the present incumbent of that office is not the incumbent who was in place at the material time. There is no authority in the legislation to refer the matter for proper adjudication by the present incumbent who in terms of his office is *functus*. But even if there were such authority, it would not be appropriate to exercise it, in view of the present incumbent's affidavit and counsel's vigorous cross-examination of him on it; and nothing pejorative or disrespectful is intended by this observation. The matter of according a remedy is always discretionary on the Court's part.

One further matter puts the exercise of discretion beyond hesitancy. It will be remembered that Capt. (N) Partner stated in his affidavits that the applicant's counsel had presented "detailed and comprehensive arguments why his client's appeal should be allowed", and that he, Capt. (N) Partner, gave them "full consideration" when he transmitted his submissions and recommendations to the ADM(Per). These statements may be seen in paragraphs 10 and 11, above quoted, from Capt. (N) Partner's affidavit. Now what did the DPLS truly transmit to the ADM(Per) in regard to the applicant's appeal? A true copy of it is exhibit 1 in these proceedings. Paragraph 9 of exhibit 1 tells all about those "detailed and comprehensive arguments" and "oral representations". It runs as follows:

9. (P) In his statement of appeal as to the severity of the sentence (Flag "A"), Capt. Duncan argued that the sentence is

emploi utile n'est disponible à l'heure actuelle. Cependant, le requérant fait encore face à la peine d'emprisonnement de quatre mois imposée par la CMP et, en raison de son appel, il s'agit d'une peine qui découlerait de cette décision réfléchie prise par le SMA(Per) dans le cadre de cette procédure inconstitutionnelle.

La Cour devrait-elle simplement reconnaître la vertu civique dont le requérant a fait montre en signalant cette procédure à son attention pour qu'elle la déclare contraire à l'article 7 de la Charte? Devrait-elle simplement sommer les intimés de faire mieux à l'avenir? Comme les deux avocats l'ont reconnu, il est évident que, en ce qui a trait à l'appel du requérant, le SMA(Per) est dessaisi du cas. Effectivement, la personne qui occupe actuellement ce poste n'est pas celle qui était en place au moment pertinent. Il n'y a aucune disposition dans la législation qui permet de renvoyer le cas pour qu'il soit étudié de façon appropriée par le titulaire actuel qui, en raison du poste qu'il occupe, est *functus*. Cependant, même si cette disposition existait, il ne serait pas approprié de l'appliquer, compte tenu de l'affidavit de l'actuel titulaire du poste et du contre-interrogatoire serré dont il a fait l'objet de la part de l'avocat, et cette remarque n'a rien de péjoratif ou d'irrespectueux à mon sens. La Cour a toujours le pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation.

Il y a un autre élément qui incite la Cour à exercer sans hésitation son pouvoir discrétionnaire. On se rappellera que le capitaine (N) Partner a déclaré, dans ses affidavits, que l'avocat du requérant avait présenté [TRADUCTION] «des arguments détaillés et complets au sujet de la raison pour laquelle l'appel de son client devrait être accueilli» et que lui, le capitaine (N) Partner, a examiné «pleinement» ces arguments lorsqu'il a transmis son mémoire et ses recommandations au SMA (Per). Ces déclarations se trouvent aux paragraphes 10 et 11 précités de l'affidavit du capitaine (N) Partner. Qu'est-ce que le DSJP a vraiment remis au SMA(Per) à l'égard de l'appel du requérant? Une copie conforme de ce document se trouve à la pièce 1 dans la présente cause. Au paragraphe 9 de cette pièce, il est question de tous «ces arguments détaillés et complets» et des «observations verbales». Il se lit comme suit:

[TRADUCTION] 9. (P) Dans sa déclaration d'appel concernant la sévérité de la sentence (Annexe «A»), le capitaine Duncan a

excessive under all circumstances. His lawyer who is representing him on this appeal has not provided further particulars. [Emphasis not in original text.]

That is all! One must wonder if Capt. (N) Partner had then, on January 29, 1989, forgotten all about those “detailed and comprehensive arguments” and “oral representations” to which he gave “full consideration”; and then remembered them all again, but too late for the ADM(Per), when he came to swear to the truth of his affidavit. Or by “full consideration” does he mean that he weighed the arguments and representations and found them wanting, thereby sparing the ADM(Per) from the trouble of engaging his mind about them.

If anything confirms the apprehension about short-circuiting good principles in the name of various kinds of “efficiency”, so that one can leave it to the unsuperintended to run their own show, this is it. This failure on Capt. (N) Partner’s part exemplifies a deficient process hopelessly deficiently operated and applied. This failure stiffens one’s resolve to see the principles of fundamental justice thoroughly and always applied, just as the Charter exacts, unless some demonstrable justification permits their relaxation. Apparently, there still is no good substitute for *audi alteram partem*, for obliging the decision-maker also to “hear” personally, and for making one’s own or for presenting one’s counsel’s representations directly to the decision-maker. Clearly, the applicant’s counsel would never have acquiesced in that submission containing that paragraph 9 being transmitted by the DPLS to the ADM(Per) if counsel had been given the opportunity to review the DPLS’s submission beforehand. These considerations predicate the exercise of the Court’s discretion in the applicant’s favour.

Because of the incurable and basic constitutional deficiencies in process invented for appeals against severity of sentence (no opportunity for the appellant or counsel to review the DPLS’s memorandum of submissions to the ADM(Per) before the latter makes a decision about severity; and no opportunity for the appellant or counsel to place his, her or their own representations directly before that designated decision-maker) the Court will exercise its powers pursuant to subsection

soutenu que la sentence est excessive, compte tenu de toutes les circonstances. L’avocat qui le représente dans son appel n’a pas fourni d’autres détails. [Non souligné dans le texte original.]

C’est tout! On doit se demander si le capitaine (N) Partner avait, le 29 janvier 1989, oublié tous ces «arguments détaillés et complets» et ces «observations verbales» qu’il a «pleinement étudiés», et s’il s’en est souvenu par la suite, mais trop tard pour le SMA(Per), lorsqu’il est venu déclarer sous serment la véracité de ses affidavits. Peut-être veut-il dire, par les mots «pleinement étudiés», qu’il a soupesé les arguments et observations et les a jugés déficients, épargnant par le fait même au SMA(Per) le souci de les examiner?

S’il y a une chose qui confirme la crainte que des principes valables ne soient court-circuités au nom de «l’efficacité», ce qui permettrait aux personnes non supervisées d’agir à leur guise, c’est cette omission du capitaine (N) Partner. Elle indique l’application d’une procédure irrémédiablement déficiente. Elle renforce le désir de veiller à ce que les principes de justice fondamentale soient appliqués de façon rigoureuse dans tous les cas, comme l’exige la Charte, à moins que l’on ne puisse démontrer une excuse qui en permet l’assouplissement. Apparemment, il n’y a pas encore de règle valable qui remplace la règle *audi alteram partem* et l’obligation qu’a l’instance décisionnelle «d’entendre» la partie concernée personnellement et de prendre sa propre décision et il n’y a rien qui remplace le droit pour une personne de présenter ses arguments, que ce soit personnellement ou par l’entremise de son avocat, directement à cette instance. De toute évidence, l’avocat du requérant n’aurait jamais toléré que le DSJP transmette directement au SMA(Per) ce mémoire renfermant ce paragraphe 9, s’il avait eu la possibilité de le lire auparavant. Ces facteurs incitent la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur du requérant.

En raison des lacunes incurables et fondamentales, sur le plan constitutionnel, de la procédure inventée pour les appels se rapportant à la sévérité de la sentence (aucune possibilité pour l’appellant ou son avocat de revoir le mémoire remis par le DSJP au SMA(Per) avant que ce dernier ne rende une décision au sujet de la sévérité et aucune possibilité pour l’appellant ou son avocat de présenter ses observations directement à cette instance décisionnelle désignée), la Cour exerce ses pou-

24(1) of the Charter. Capt. Duncan whose rights or freedoms, as guaranteed by the Charter, have been infringed or denied shall obtain such remedy as the Court considers appropriate in the circumstances, what he sought, which, for want of a more appropriate remedy, is prohibition.

It would not be appropriate, by default, to leave the applicant to be imprisoned after he has demonstrated so clearly the deficiencies of the appeal process which denied him a proper and fair adjudication of his appeal. Nor is it appropriate to signal to the respondents that, despite their hopelessly deficient procedure for dealing with the applicant's appeal (among others), it emerges that the only heavy, hard consequence of their unfair procedure on appeal is to continue to visit imprisonment on the applicant whose right to fundamental justice they violated. The path of justice here seems to lead to the circumvention of the applicant's imprisonment. To some, that would be an injustice in itself, but it would balance off the injustice of the unconstitutional procedure which he was obliged by "the system" to endure. Thus, the path of justice leads to its destination by balancing and compensating for those injustices in such a manner as to avoid irremedial damage to the good principles residing in the law and in the Constitution. The edifice of military justice will not crumble if, in avoiding the imprisonment of the applicant, the imperatives of our country's Constitution be upheld in the result. The reverse would be quite inappropriate because it is the Constitution which is the supreme law of Canada, not the NDA, not the QR & O, and not the invented unconstitutional procedure which was adopted for appeals against severity of sentences.

The respondents shall be, and are, prohibited from imprisoning the applicant in any service detention barracks or other place under their control in relation to the sentence imposed upon him at the conclusion of his Standing Court Martial on April 28, 1988, confirmed by the ADM(Per).

Such being the result, the interim injunction order pronounced by the Honourable Mr. Justice Joyal herein on October 13, 1989, [(1989), 52 C.C.C. (3d) 86 (F.C.T.D.)], with any continuation

voirs conformément au paragraphe 24(1) de la Charte. Le capitaine Duncan, dont les droits et libertés garantis par la Charte ont été violés ou niés, obtiendra la réparation que la Cour juge appropriée dans les circonstances et qui, faute de mieux, est celle qu'il demandait, soit la prohibition.

Il ne conviendrait pas, par défaut, de permettre que le requérant soit emprisonné après qu'il a démontré si clairement les lacunes de la procédure d'appel qui a empêché un règlement approprié et équitable de son appel. Il ne convient pas non plus de signaler aux intimés que, malgré la procédure irrémédiablement déficiente qu'ils ont appliquée pour traiter l'appel du requérant (parmi d'autres), la seule conséquence lourde de cette procédure inéquitable est de confirmer la peine d'emprisonnement du requérant, même s'ils ont violé son droit à la justice fondamentale. La voie de la justice semble mener ici à l'annulation de la peine d'emprisonnement du requérant. Pour certains, ce serait une injustice en soi, mais cette décision compenserait l'injustice créée par la procédure inconstitutionnelle qu'il a été forcé de subir en raison du «système». La voie de la justice mène donc à sa destination en équilibrant et contrebalançant ces injustices de façon à éviter une violation irrémédiable des principes valables de notre droit et de notre Constitution. L'édifice de la justice militaire ne s'écroulera pas si, du fait que le requérant n'est pas emprisonné, les impératifs de la Constitution de notre pays sont respectés. Le résultat inverse serait inapproprié, parce que c'est la Constitution qui est la loi suprême au Canada, et non la LDN, les O & RR ou la procédure inconstitutionnelle qui a été adoptée pour les appels contre la sévérité des sentences.

En conséquence, il est interdit aux intimés d'emprisonner le requérant dans une caserne de détention ou un autre endroit sous leur contrôle à l'égard de la peine qui lui a été imposée à la suite de son audience devant la cour martiale permanente le 28 avril 1988 et confirmée par le SMA (Per).

Tel étant le résultat, l'ordonnance d'injonction provisoire prononcée par l'honorable juge Joyal en l'espèce le 13 octobre 1989 [(1989), 52 C.C.C.

thereof will be and is simultaneously vacated and dissolved.

The respondents shall pay to the applicant's solicitors, his party and party costs of and incidental to these proceedings including previously ordered costs in the cause, forthwith after taxation thereof, unless the parties otherwise freely agree in avoidance of taxation of costs.

(3d) 86 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] et tout renouvellement de celle-ci sont annulés et dissous simultanément.

Les intimés paieront aux avocats du requérant ses dépens entre parties dans le présent litige, y compris les dépens précédemment ordonnés dans la cause, dès qu'ils seront taxés, sauf si les parties conviennent librement d'une autre entente pour éviter la taxation des dépens.