

Maury Harold Turgeon

(██████████ Private, Canadian Forces) *Appellant*,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

File No.: C.M.A.C. 283

Ottawa, Ontario, 28 September, 1988

Present: Mahoney C.J., Hall and Cavanagh JJ.

On appeal from a conviction by a General Court Martial held at Headquarters, Canadian Forces Europe, Federal Republic of Germany, on 2, 3, 4 and 5 February, 1987, and on 5 and 6 March, 1987.

Natural justice — Reasonable apprehension of bias — Judge Advocate meeting with members of Court in absence of accused — Objection not raised in timely fashion — Q.R. & O. article 112.03 — Compliance — Sentencing — Judge Advocate need not instruct Court on range of sentences imposed by civilian court.

The appellant was convicted of possession of a narcotic for the purposes of trafficking, four counts of trafficking in a substance held out by him to be a narcotic, one count of trafficking in a substance held out to be a restricted drug and absence without leave.

At the appeal, the appellant sought leave to adduce evidence concerning the practice of the Judge Advocate during the trial to join the members of the Court in their room before proceeding to their places on the bench. The Judge Advocate was also observed in conversation with the members, and on other occasions the door to the members room was closed while the Judge Advocate was there with the members. These incidents had been observed by the appellant and his counsel as they occurred, but no objection had been taken at the time.

In response to the application, the President and three members of the Court deposed that there was never any discussion of evidence or witnesses. All discussions were concerned with routine administrative matters with one exception. The exception had to do with a conversation the Judge Advocate had with the President the morning after the Judge Advocate had been advised that her appointment as Judge Advocate was invalid. When the trial resumed, the Judge Advocate on the record stated the problem and recommended that the proceedings be terminated. The appellant objected and subsequently obtained an order of the Federal Court Trial Division ordering the Court Martial to be reconvened and to proceed with the trial. A court martial accordingly reassembled and proceeded to convict the appellant.

Maury Harold Turgeon

(██████████ Soldat, Forces canadiennes) *Appellant*,

a c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

b N° du greffe: C.A.C.M. 283

Ottawa (Ontario), le 28 septembre 1988

Devant: Le juge en chef Mahoney, et les juges Hall et Cavanagh

c En appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale générale siégeant au quartier général des Forces canadiennes en Europe, République fédérale d'Allemagne, les 2, 3, 4 et 5 février 1987, et les 5 et 6 mars 1987.

d *Justice naturelle — Crainte de partialité fondée — Entre-tiens entre le juge-avocat et les membres de la Cour en l'absence de l'accusé — L'objection n'a pas été soulevée en temps opportun — ORFC article 112.03 — Conformité — Sentence — Le juge-avocat n'avait pas à préciser à la Cour l'éventail des peines imposées par les tribunaux de droit commun.*

L'appellant a été déclaré coupable de possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic, de quatre accusations de trafic d'une substance qu'il estime être un stupéfiant, d'une accusation de trafic d'une substance qu'il estime être une drogue d'usage restreint et d'avoir été absent sans permission.

f À l'audition de l'appel, l'appellant a cherché à obtenir l'autorisation de présenter des éléments de preuve, concernant la pratique du juge-avocat, au cours du procès, de se joindre aux membres de la Cour dans leur salle et de se rendre avec eux dans la salle d'audience. Le juge-avocat a aussi été aperçue en conversation avec les membres de la Cour et à d'autres occasions la porte de la salle des membres de la Cour était fermée alors que le juge-avocat s'y trouvait en leur compagnie. Ces irrégularités ont été constatées par l'appellant et son avocat au moment où elles se sont produites, mais aucune objection n'a été soulevée à l'époque.

g En réponse à la demande, le président et trois membres de la Cour ont témoigné qu'il n'y avait jamais eu de discussion concernant la preuve ou les témoins. Toutes les questions portaient sur des questions administratives habituelles, à une exception près. Cette exception concerne une conversation que le juge-avocat a eue avec le président le matin suivant le jour où elle a été avisée que sa nomination à titre de juge-avocat était invalide. Lors de la reprise de l'instance, le juge-avocat a exposé le problème, consigné au dossier, et elle a recommandé de mettre fin à l'instance. L'appellant s'est opposé et a obtenu par la suite une ordonnance de la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada visant une nouvelle convocation de la Cour martiale et la poursuite de l'instance. Par conséquent, la Cour martiale s'est réunie une seconde fois et a déclaré l'appellant coupable.

The appellant appealed his conviction on the grounds, *inter alia*, that the conduct of the Judge Advocate at trial had denied the appellant the hearing by an independent and impartial tribunal guaranteed him by paragraph 11(d) of the *Charter*.

Held: Appeal dismissed.

The Appeal Court allowed the application for the introduction of fresh evidence. The evidence was not directed to anything that was in issue at the trial. Rather, the evidence related to the conduct of a trial which might establish that it had not, in fact, been a fair trial.

However, having admitted the fresh evidence, the Court nonetheless rejected this ground of appeal on the grounds that an informed party can waive his right to object to a denial of natural justice and implicitly does so if he does not raise his objection in a timely fashion. In fact, the appellant had gone so far as to obtain an order from the Federal Court requiring the trial to continue. Accordingly, this ground of appeal failed.

The appellant also argued that the Judge Advocate had erred in refusing his application for separate trials. The appellant argued that the finding that his possession of the *Cannabis sativa* had been for trafficking may have been based on prejudicial evidence led as to the other charges. The Appeal Court found that the evidence, particularly the quantity of *Cannabis sativa*, was evidence upon which a finding could be made beyond a reasonable doubt that the drug was intended for trafficking. Accordingly, since there was ample evidence aside from that of other transactions upon which to base the conviction, the appeal failed on this ground.

The appellant further argued that the record failed to disclose that the President made a determination whether any member of the Court was disqualified, pursuant to article 112.03 of *Q.R. & O.* However, the appellant raised no objection at trial, and Article 112.03 does not require the President to make his determination on the record.

Finally, the appellant appealed the legality of the sentence on the grounds that the Judge Advocate erred in failing to instruct the Court on the range of sentences being imposed by Canadian civilian courts. The Appeal Court rejected this ground of appeal on the grounds that there are no national standards of sentencing for the offences in issue, and the accepted ranges vary considerably between and sometimes even within the Provinces and Territories. Further, the Canadian Armed Forces are a discrete community.

COUNSEL:

David A. Haas, for the appellant
Colonel S.H. Forster, CD, and *Lieutenant-Commander A.V. Wirth*, for the respondent

L'appelant a interjeté appel de sa condamnation notamment en alléguant que la conduite du juge-avocat au procès avait privé l'appelant d'une audience devant un tribunal indépendant et impartial comme le lui garantit l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

a

Arrêt: Appel rejeté.

La Cour d'appel a accueilli la demande de l'appelant en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve. Cette preuve ne visait aucune question soulevée au procès. Il s'agissait plutôt d'éléments de preuve relatifs à la conduite d'un procès qui pouvaient établir que, dans les faits, il n'y avait pas eu de procès équitable.

b

Cependant, bien qu'elle ait admis les nouveaux éléments de preuve présentés par l'appelant, la Cour d'appel a rejeté ce moyen d'appel, au motif qu'une partie renseignée peut renoncer à son droit de s'opposer à un déni de justice naturelle et qu'elle le fait implicitement si elle ne soulève pas son objection en temps opportun. En fait, l'appelant est même allé jusqu'à obtenir que la Cour fédérale ordonne la poursuite du procès. Par conséquent, ce moyen d'appel a échoué.

c

L'appelant a aussi affirmé que le juge-avocat avait commis une erreur en rejetant sa demande en vue d'obtenir des procès distincts. Il soutenait que la décision selon laquelle l'appelant avait en sa possession du *cannabis sativa* pour en faire le trafic pouvait avoir été fondée sur une preuve préjudiciable introduite quant aux autres accusations. La Cour d'appel a décidé que les éléments de preuve, notamment la quantité de *cannabis sativa* trouvée, constituaient une preuve permettant de conclure hors de tout doute raisonnable que cette substance était destinée au trafic. Conséquemment, étant donné que la Cour avait suffisamment de preuves sans tenir compte de celle des autres opérations pour fonder une déclaration de culpabilité, ce moyen d'appel a échoué.

d

e

f

L'appelant a ensuite fait valoir que le dossier ne révélait pas que le président ait déclaré ou non un membre de la Cour inhabile à siéger, conformément à l'exigence de l'article 112.03 des *ORFC*. Toutefois, l'appelant n'a soulevé aucune objection au procès et le président n'est pas tenu, aux termes de l'article 112.03, d'indiquer au dossier qu'il a fait une telle déclaration.

g

Finalement, l'appelant a appelé de la légalité de la peine, en soutenant que le juge-avocat avait commis une erreur en omettant de préciser à la Cour l'éventail des peines imposées par les tribunaux de droit commun au Canada. La Cour d'appel a rejeté ce moyen d'appel, en s'appuyant sur le fait qu'il n'existe aucune norme nationale applicable aux peines pour les infractions visées et que les normes acceptées varient considérablement entre les provinces et entre les territoires ainsi qu'à l'intérieur même de ceux-ci. Qui plus est, les Forces armées canadiennes représentent une collectivité distincte.

i

AVOCATS:

David A. Haas, pour l'appelant
Colonel S.H. Forster, DC, et *Commander A.V. Wirth*, pour l'intimée

j

STATUTES AND REGULATIONS CITED:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act, 1982, as enacted by Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11, s. 11(d)

National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 120 (as am. S.C. 1972, c. 13, s. 73; 1985, c. 19, s. 187 (item 5), 147 (as am. S.C. 1985, c. 26, s. 59), 211.2 (added S.C. 1985, c. 26, s. 62; 1986, c. 35, s. 9(F)), 211.3(b) (added S.C. 1985, c. 26, s. 62)

Court Martial Appeal Rules, SOR/86-959, r. 12(3)

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Armed Forces, (1968 Revision), arts. 111.20, 112.03

CASES CITED:

Clabby v. The Queen, 4 C.M.A.R. 397

MacKay v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 370, 54 C.C.C. (2d) 129

MacKay v. Rippon, [1978] 1 F.C. 233

Palmer v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 759

R. v. Stolar, [1988] 1 S.C.R. 480

Sullivan v. The Queen, 4 C.M.A.R. 414; 65 N.R. 48

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

MAHONEY C.J.: The appellant was sentenced to four years imprisonment following his conviction by General Court Martial of possession of a narcotic for purposes of trafficking, four counts of trafficking in a substance held out by him to be a narcotic, one count of trafficking in a substance held out to be a restricted drug and absence without leave. The appellant was apprehended on December 7, 1986, by customs officers of the Federal Republic of Germany while returning by automobile from a weekend in the Netherlands. Approximately one kilogram of *Cannabis sativa* was found in his luggage. He was turned over to Canadian military authorities and held in close custody at C.F.B. Baden-Soellingen until December 22, when he was released into open custody. He absented himself without leave on December 30 and was rearrested on January 8, 1987. The trafficking of which he was convicted occurred while he was AWOL and consisted of him making four gifts of a substance held out to be cocaine and

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS:

Charte canadienne des droits et libertés, Loi constitutionnelle, édictée par la loi de 1982 sur le Canada, 1982 (R.-U.), c. 11, art. 11d)

Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 120 (mod. par. S.C. 1972, c. 13, art. 73; 1985, c. 19, art. 187, ann. V, no. 5), 147 (mod. par. S.C. 1985, c. 26, s. 59), 211.2 (ajouté, S.C. 1985, c. 26, art. 52; 1986, c. 35, art. 9), 211.3b) (ajouté, S.C. 1985, c. 26, art. 62)

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces armées canadiennes (révision 1968) art. 111.20, 112.03

Règles de la Cour d'appel des cours martiales, DORS/86-959, r. 12(3)

JURISPRUDENCE CITÉE:

Clabby c. La Reine, 4 C.A.C.M. 397

MacKay c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 370, 54 C.C.C. (2d) 129

MacKay c. Rippon, [1978] 1 C.F. 233

Palmer c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 759

R. c. Stolar, [1988] 1 R.C.S. 480

Sullivan c. La Reine, 4 C.A.C.M. 414, 65 N.R. 48

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

LE JUGE EN CHEF MAHONEY: L'appelant a été condamné à quatre ans d'emprisonnement après avoir été déclaré coupable par la Cour martiale générale de possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic, de quatre accusations de trafic d'une substance qu'il estime être un stupéfiant, d'une accusation de trafic d'une substance qu'il estime être une drogue d'usage restreint et pour avoir été absent sans permission. L'appelant a été arrêté le 7 décembre 1986 par des préposés aux douanes de la République fédérale d'Allemagne alors qu'il revenait en voiture d'une fin de semaine passée aux Pays-Bas. On a retrouvé dans ses bagages approximativement un kilogramme de *Cannabis sativa*. L'appelant a été remis entre les mains des autorités militaires canadiennes et détenu sous garde en milieu fermé à la base des Forces armées canadiennes Baden-Soellingen jusqu'au 22 décembre, date à laquelle il a été libéré et détenu sous garde en milieu ouvert. Le 30 décembre, il s'est absenté sans permission et il a été arrêté de nouveau le 8

one of a substance held out to be LSD. No money changed hands in any of the trafficking transactions. The beneficiaries of his charity were three members of the Canadian Armed Forces.

OBJECTION TO APPELLATE PANEL

At the outset of the hearing of the appeal, counsel for the appellant objected to one of the members of the Court on the ground of apprehension of bias. The member had heard his application under section 211.2 of the *National Defence Act* for release from custody pending disposition of the appeal. It was said that evidence, not of record on the appeal, had been introduced at that hearing and knowledge of it gave rise to an apprehension of bias. Counsel did not enlighten us as to any particular evidence he had in mind.

Paragraph 211.3(b) of the *Act* stipulates the matters to be taken into account by a judge of the Court considering an application for interim release:

- (i) that the appeal is not frivolous,
- (ii) that it would cause unnecessary hardship if [the Appellant] were placed or retained in detention or imprisonment,
- (iii) that he will surrender himself into custody when directed to do so, and
- (iv) his detention or imprisonment is not necessary in the interest of the public or the Canadian Forces.

Rule 12(3) requires, *inter alia*, disclosure of his record of criminal and service offences and pending charges. There is no question of this appeal being frivolous. We failed to see how the evidence directed to the other matters could possibly be relevant to any of the issues on appeal. We therefore concluded that apprehension of bias was not reasonably founded. We rejected the objection.

janvier 1987. Le trafic dont il a été reconnu coupable s'est déroulé alors qu'il était absent sans permission; il avait alors remis gracieusement quatre paquets d'une substance qu'il estimait être de la cocaïne et un paquet d'une substance qu'il estimait être du LSD. Il n'y a eu aucun échange d'argent au cours de ces opérations de trafic. Les bénéficiaires de ses dons étaient trois membres des Forces armées canadiennes.

b

OPPOSITION AU TRIBUNAL D'APPEL

Au début de l'audition de l'appel, l'avocat de l'appellant s'est opposé à la présence de l'un des membres de la Cour parce qu'il prétendait qu'il y avait crainte de partialité. Le membre avait entendu sa demande de mise en liberté pendant l'appel présentée en application de l'article 211.2 de la *Loi sur la défense nationale*. Il a affirmé que des éléments de preuve qui ne se trouvaient pas dans le dossier d'appel avaient été présentés en preuve lors de cette audience et que le fait d'en connaître la teneur soulevait une crainte de partialité. L'avocat ne nous a pas éclairés quant à l'un ou l'autre des éléments de preuve particuliers qu'il avait en tête.

Le paragraphe 211.3b) de la *Loi* prévoit que le juge qui entend une demande de mise en liberté provisoire doit s'assurer:

- (i) que l'appel n'est pas frivole,
- (ii) qu'il [l'appellant] subirait un préjudice inutile s'il était détenu ou emprisonné ou s'il était maintenu dans cet état,
- (iii) qu'il se livrera lui-même quand l'ordre lui en sera donné,
- (iv) que sa détention ou son emprisonnement ne s'impose pas dans l'intérêt public ou celui des Forces canadiennes.

Le paragraphe 12(3) de la Règle exige la divulgation de son casier judiciaire, de ses infractions militaires et des accusations qui pressent contre lui. Il n'est pas question d'appel frivole en l'espèce. Nous ne voyons pas comment la preuve relative aux autres matières pourrait éventuellement être pertinente à l'une ou l'autre des questions soulevées en appel. Nous avons donc conclu que la crainte de partialité n'était pas bien fondée. Nous avons rejeté l'objection.

APPLICATIONS TO ADDUCE FRESH EVIDENCE

We also had before us the appellant's application to introduce fresh evidence on the hearing of the appeal and the respondent's consequential application to introduce fresh evidence in reply should the application be allowed. Having perused the evidence and heard the parties' submissions, we adopted the course of action recommended by the Supreme Court of Canada in *R. v. Stolar*, an as yet unreported decision rendered March 24, 1988 [[1988] 1 S.C.R. 480], and reserved judgment on the application and heard the appeal. The fresh evidence was tendered in support of the submission that the conduct of the Judge Advocate at trial had denied the appellant the hearing by an independent and impartial tribunal guaranteed him by paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

There is no issue as to the credibility of the fresh evidence proposed by either party. The appellant was tried by a General Court Martial, that is, a court comprised of five members advised as to the law by a legal officer, the Judge Advocate. The bench was arranged with the six seated side by side on a dais facing the appellant, counsel and the public, with the President and Judge Advocate in the middle and two other members at each end. Two rooms were provided behind the bench: one for the members of the Court and one for the Judge Advocate. During the trial it was the practice of the Judge Advocate to join the members in their room and for them all to proceed in order to their places on the bench. Likewise, on adjournments, the six rose and filed in order into the members' room whence the Judge Advocate proceeded to her own room. On occasion, the Judge Advocate was observed in conversation with the members and, on other occasions, the door to the members' room was closed while the Judge Advocate was there with the members. These irregularities, deposed to by the appellant, his counsel and the court reporter, and admitted by the respondent, were observed by the appellant and his counsel

DEMANDES EN VUE DE PRÉSENTER DE NOUVEAUX ÉLÉMENTS DE PREUVE

Nous avons également été saisis d'une demande de l'appellant en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve au cours de l'audition de l'appel et, par voie de conséquence, d'une demande de l'intimée en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve en réponse si la première demande était accueillie. Après avoir examiné attentivement la preuve et entendu les arguments des parties, nous avons adopté la ligne de conduite recommandée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Stolar*, une décision rendue le 24 mars 1988 et encore inédite [[1988] 1 R.C.S. 480], et nous avons pris la demande en délibéré et entendu l'appel. Les nouveaux éléments de preuve étaient présentés à l'appui de la prétention que la conduite du juge-avocat au procès avait privé l'appellant d'une audience devant un tribunal indépendant et impartial comme le lui garantit l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Il n'y a pas de question quant à la crédibilité des nouveaux éléments de preuve que les parties soulèvent. L'appellant a subi son procès devant une cour martiale générale, c'est-à-dire une cour composée de cinq membres auxquels des directives en droit sont données par un avocat militaire appelé juge-avocat. Les six membres qui formaient la cour étaient assis l'un à côté de l'autre sur une estrade et faisaient face à l'appellant, à l'avocat et au public; le président et le juge-avocat étaient au centre avec deux autres membres de chaque côté. Deux salles se trouvaient en arrière d'eux: l'une pour les membres de la cour et l'une pour le juge-avocat. Au cours du procès, la pratique voulait que le juge-avocat se joigne aux membres dans leur salle et qu'ensemble ils entrent selon l'ordre des places qu'ils devaient occuper. De même, lors des ajournements, les six se levaient et retournaient dans le même ordre à la salle des membres d'où partait le juge-avocat pour se rendre dans sa propre salle. À une occasion, le juge-avocat a été aperçue en train de parler avec les membres et à d'autres occasions la porte de la salle des membres était refermée alors que le juge-avocat était présente avec les membres. Ces irrégularités, attestées par l'appellant, son avocat et le sténographe, et admises par l'intimée, ont été constatées par l'appellant et son avocat au moment où elles se sont

as they occurred; no objection was taken at the time.

The Judge Advocate, properly in my view, was not asked to provide evidence in this matter. The President and three of the other four members did. They all deposed that there was never any discussion of evidence or witnesses. Aside from insignificant social conversation, all discussions were concerned with routine administrative matters with one exception to which I will return. These administrative matters mainly concerned what the members should do with themselves during the numerous, sometimes lengthy, *voir dire* hearings, there being no plumbing facilities accessible from their room except through the courtroom itself. It seems to me that, aside from the administrative briefing prior to the court convening in the first place, all of these matters could and should have been dealt with in open court in the presence of the appellant and counsel. If a preliminary briefing was really necessary there seems no reason to have excluded counsel. The fact that a preliminary briefing had taken place was disclosed by the Judge Advocate when the Court Martial convened.

The one administrative matter which cannot be considered merely routine had to do with the conversation the Judge Advocate had with the President the morning after she had been advised that her appointment as judge advocate was invalid. She had been so appointed by the convening authority when the law required that she be appointed by the Judge Advocate General (*Q.R.&O.*, article 111.22). This information came to her by telegram from Ottawa after the defending officer had made his closing address at the end of the third day of the trial. The President wanted to know if there were any options other than to abort the proceeding. He was advised that it could proceed but would likely be quashed if it did. When the trial resumed, the Judge Advocate, on the record, reiterated the problem and recommended that the proceedings be terminated. The appellant objected and indicated his intention to seek *mandamus* in the Federal Court requiring the Court Martial to exercise its mandate and prohibition against the convening of a new trial. The

produites; aucune objection n'a été soulevée à l'époque.

On n'a pas demandé au juge-avocat de fournir des éléments de preuve dans cette affaire et, à mon avis, à juste titre. Le président et trois des quatre autres membres l'ont fait. Ils ont tous témoigné qu'il n'y avait jamais eu de discussion concernant la preuve ou les témoins. À l'exception de propos de nature sociale sans importance, toutes les discussions portaient sur des questions administratives habituelles, à une exception près sur laquelle je reviendrai. Ces questions administratives portaient essentiellement sur ce que les membres devraient faire pendant les nombreuses et parfois très longues auditions concernant les voir-dire, étant donné l'absence d'installations sanitaires à proximité de leur salle et l'obligation de traverser la salle d'audience pour s'y rendre. Il me semble qu'à l'exception de l'exposé administratif précédant la convocation de la cour à l'origine, toutes ces questions auraient pu et auraient dû être traitées devant la cour en présence de l'appelant et de son avocat. Si un exposé préliminaire était vraiment nécessaire, il semble qu'aucune raison ne justifiait l'exclusion de l'avocat. Au moment de la convocation de la Cour martiale, le juge-avocat a déclaré qu'un exposé préliminaire avait eu lieu.

La seule question administrative qu'on ne peut maintenant qualifier d'habituelle concernait la conversation que le juge-avocat a eue avec le président le matin suivant le jour où elle a été avisée que sa nomination à titre de juge-avocat était invalide. Elle avait été ainsi désignée par l'autorité convocatrice alors que la loi exige qu'elle soit désignée par le juge-avocat général (*ORFC*, art. 111.22). Ce renseignement lui est parvenu par un télégramme en provenance d'Ottawa après que le militaire-défendeur eût terminé de présenter sa plaidoirie à la fin de la troisième journée d'audition. Le président a voulu savoir s'il était possible de faire autre chose que d'annuler l'instance. On l'a avisé que l'instance pouvait être continuée mais que le cas échéant elle risquait d'être annulée. Lors de la reprise de l'instance, le juge-avocat a mentionné de nouveau le problème, inscrit au dossier, et recommandé de mettre fin à l'instance. L'appelant s'est opposé et a manifesté son intention de demander à la Cour fédérale de rendre un bref de *mandamus* pour obliger la Cour martiale à exercer

prosecution suggested that an adjournment to permit the Federal Court application to be brought might be the prudent course and that advice was followed. On the appellant's application, McNair J., of the Federal Court of Canada, Trial Division, ordered the convening authority to reconvene the Court Martial and to direct that it proceed with the trial. The Court Martial, having adjourned February 5, 1987, reassembled March 5, and proceeded to the result previously indicated.

What is sought to be adduced is not fresh evidence in the sense contemplated by the Supreme Court of Canada in *Stolar* or in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. It is not directed to anything that was in issue at the trial. Neither is it fresh evidence inasmuch as the appellant and his counsel were fully aware of it during the trial. What happened was witnessed by them as it was happening or told them on the record after it had happened. This is a question of natural or fundamental justice.

We are not here concerned with whether anything in fact prejudicial to the appellant occurred during the off-the-record encounters between the Judge Advocate and members of the Court Martial. The appellant need not go that far and the additional evidence tendered by the respondent as to what had actually transpired at those encounters is irrelevant to the issue and, for that reason alone, ought not be received.

We are concerned with whether the mere fact of those encounters gave rise to a reasonable suspicion that something prejudicial might have occurred. The principles involved were discussed at some length in *Sullivan v. The Queen*, 4 C.M.A.R. 414, 65 N.R. 48. As was said in *Clabby v. The Queen*, C.M.A.C. 251, decision rendered July 17, 1986 [4 C.M.A.R. 397]:

... for the Judge Advocate to retire with the Court Martial is as much a breach of the principles of fundamental justice as it would be for a trial judge to retire with the jury.

son mandat et un bref de prohibition contre la convocation d'un nouveau procès. La poursuite a proposé qu'il serait prudent d'ajourner pour permettre à la Cour fédérale d'entendre la demande, ce qui a été fait. Se prononçant sur la demande de l'appelant, le juge McNair de la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada a ordonné à l'autorité convocatrice de convoquer de nouveau la Cour martiale et de lui ordonner de poursuivre l'instance. La Cour martiale qui avait ajourné le 5 février 1987 s'est réunie le 5 mars et a rendu la décision mentionnée précédemment.

Ce ne sont pas de nouveaux éléments de preuve au sens où l'entendait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Stolar* ou dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, que l'on cherche à présenter. Cela ne vise aucune question soulevée au procès. Ce ne sont pas non plus de nouveaux éléments de preuve dans la mesure où l'appelant et son avocat en avaient eu pleinement connaissance au cours du procès. Ils ont été témoins de ce qui s'est produit au moment où cela s'est produit ou ils l'ont appris d'après le dossier après que cela se fut produit. C'est une question de justice naturelle ou fondamentale.

Nous ne sommes pas concernés ici par la question de savoir si quelque chose qui serait effectivement préjudiciable à l'appelant s'est produit au cours des rencontres, non consignées au dossier, entre le juge-avocat et les membres de la Cour martiale. L'appelant n'a pas besoin d'aller si loin et les nouveaux éléments de preuve présentés par l'intimée quant à ce qui s'est véritablement passé au cours de ces rencontres ne sont pas pertinents et, pour cette seule raison, ne doivent pas être reçus en preuve.

Nous sommes concernés par la question de savoir si la simple existence de ces rencontres a soulevé une suspicion raisonnable que quelque chose de préjudiciable puisse s'être produit. Les principes applicables ont été analysés en détail dans la décision *Sullivan c. La Reine*, 4 C.A.C.M. 414, 65 N.R. 48. Comme il a été dit dans l'arrêt *Clabby c. La Reine*, C.A.C.M. 251, décision rendue le 17 juillet 1986 [4 C.A.C.M. 397]:

... nous sommes toujours d'avis que le fait, pour le juge-avocat, de se retirer avec la Cour martiale constitue une violation des principes de justice fondamentale au même titre que le fait, pour un juge du procès, de se retirer avec le jury.

It seems to me that an appellate court ought readily to receive fresh evidence as to the conduct of a trial which might establish that it had not, in fact, been a fair trial and I would therefore admit the evidence tendered by the appellant.

That is not, however, an end to the matter. An informed party can waive his right to object to a denial of natural justice and implicitly does so if he does not raise his objection in a timely fashion. The appellant knew of the actions of which he now seeks to adduce evidence; his right lay in objecting at trial, not in reserving his objections for use on appeal in the event the trial did not turn out as he hoped. In the present case the appellant went even further. He not only reserved his objections but, with full knowledge of the several violations of natural justice upon which he now relies, he obtained the Federal Court order requiring the trial to continue. I would admit the fresh evidence tendered by the appellant but, in the circumstances, I would reject the ground of appeal based on that evidence.

SEPARATE TRIALS; SIMILAR FACTS

The Judge Advocate, in *voir dire*, refused the appellant's application for separate trials on the charge of possession for the purposes of trafficking arising out of the discovery of *Cannabis sativa* in his luggage by German customs, on the one hand, and the remaining charges, on the other hand. The appellant says that resulted in manifest injustice and prejudice to the appellant. The appellant also says that similar fact evidence was improperly admitted. That evidence was that, on the weekend in Amsterdam, prior to the discovery by German customs, the appellant had given a hashish cigarette to Corporal Daugherty; that he had sold hashish to Corporal Bronn on three occasions between April and October or November, 1986; that he had told Corporal Bronn that German customs had not found cocaine he had in his car when they found the *Cannabis sativa*; that he had introduced Private Lortie and Corporal Cross to the use of cocaine in November, 1986; that he had given cocaine to Private Lortie and Corporals Bronn and

Il me semble qu'un tribunal d'appel devrait facilement recevoir de nouveaux éléments de preuve relatifs à la conduite d'un procès qui pourraient établir que, dans les faits, il n'y a pas eu de procès équitable et, par conséquent, je suis d'avis d'admettre les éléments de preuve présentés par l'appellant.

Cela ne met cependant pas fin à l'affaire. Une partie renseignée peut renoncer à son droit de s'opposer à un déni de justice naturelle et agit implicitement ainsi si elle ne soulève pas en temps opportun son objection. L'appellant a eu connaissance des actes à l'égard desquels il tente maintenant de présenter des éléments de preuve; son droit était de s'opposer au procès et non de garder son objection pour la soulever en appel dans l'éventualité où le résultat du procès ne lui serait pas favorable. En l'espèce, l'appellant est même allé plus loin. Non seulement a-t-il réservé ses objections, mais il a obtenu, tout en ayant eu entièrement connaissance des nombreuses violations de justice naturelle qu'il invoque maintenant, que la Cour fédérale ordonne la poursuite du procès. Je suis d'avis de recevoir les nouveaux éléments de preuve présentés par l'appellant mais, dans les circonstances, je suis d'avis de rejeter le moyen d'appel fondé sur cette preuve.

PROCÈS DISTINCTS; FAITS SIMILAIRES

Au cours du voir-dire, le juge-avocat a rejeté la demande de l'appelant en vue d'obtenir un procès distinct sur l'accusation de possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic par suite de la découverte de *Cannabis sativa* dans ses bagages par les douanes allemandes et un autre procès concernant les autres accusations. L'appellant affirme qu'à son égard cette décision est manifestement injuste et lui cause un préjudice. L'appellant affirme également que la preuve de faits similaires a été admise de façon irrégulière. La preuve était qu'au cours de la fin de semaine à Amsterdam, avant que les douanes allemandes ne fassent leur découverte, l'appellant avait donné une cigarette de hachisch au caporal Daugherty; qu'il avait vendu du hachisch au caporal Bronn à trois reprises entre avril et octobre ou novembre 1986; qu'il avait dit au caporal Bronn que les douanes allemandes n'avaient pas trouvé la cocaïne qu'il avait dans sa voiture lorsqu'elles ont trouvé le *Cannabis sativa*; qu'il avait initié le soldat Lortie et le caporal Cross

Cross on an occasion while AWOL not subject of the trafficking charges and, finally, that he had been observed weighing and packaging cocaine while AWOL.

These grounds of appeal may be dealt with together since the prejudice alleged is the same. They relate only to the conviction of possession for purposes of trafficking. It was argued that the Court Martial's finding that appellant's possession of the *Cannabis sativa* had been for trafficking purposes may have been based on prejudicial and irrelevant evidence led as to the other charges and/or that led as to other offences not charged.

The quantity of *Cannabis sativa* found by German customs: approximately 1100 grams as roughly weighed by them; 992.61 grams as weighed on analysis, valued at a minimum of DM8,000, was an amount upon which the finding, beyond a reasonable doubt, that it was not for personal use and intended for trafficking could properly be based. Oddly, the Judge Advocate made no point of the quantity in her summation. Neither, however, did she link the other transactions to the possession charge. The Court Martial gave no reasons for its finding; it is clear that it had ample evidence aside from that of other transactions upon which to base the conviction.

Q.R.&O. 112.03

Section 147 of the *National Defence Act* provides:

147. None of the following persons shall sit as a member of a General Court Martial:

- (a) the officer who convened the court martial;
- (b) the prosecutor;
- (c) a witness for the prosecution;
- (d) the commanding officer of the accused person;
- (e) a provost officer;
- (f) an officer who is under the age of twenty-one years; [Repealed. Chapter 26, Statutes of Canada, 1985.]
- (g) an officer below the rank of captain; or

à la cocaïne en novembre 1986; qu'il avait donné de la cocaïne au soldat Lortie et aux caporaux Bronn et Cross à une occasion qui n'est pas visée par les accusations de trafic alors qu'il était absent sans permission et, finalement, qu'on l'avait déjà vu peser et emballer de la cocaïne alors qu'il était absent sans permission.

Il est possible de traiter de ces moyens d'appel ensemble puisque le préjudice allégué est le même. Ils ne concernent que la déclaration de culpabilité au sujet de la possession en vue du trafic. On a soutenu que la décision de la Cour martiale selon laquelle la possession de *Cannabis sativa* par l'appelant était destinée au trafic pouvait avoir été fondée sur une preuve préjudiciable et non pertinente introduite quant aux autres accusations ou sur une preuve du même genre introduite quant aux autres infractions qui n'ont pas fait l'objet d'accusation.

La quantité de *Cannabis sativa* trouvée par les douanes allemandes est la suivante: 1100 grammes selon leur estimation approximative; 992,61 grammes selon l'analyse; il s'agit d'une quantité dont la valeur minimum s'élève à 8 000 DM et à l'égard de laquelle la conclusion hors de tout doute raisonnable que cette substance n'était pas destinée à l'usage personnel mais au trafic pouvait être correctement fondée. Étrangement, le juge-avocat n'a fait aucune remarque quant à la quantité dans son résumé. D'ailleurs, elle n'a pas non plus relié les autres opérations à l'accusation de possession. La Cour martiale n'a pas justifié ses conclusions; il est clair qu'elle avait suffisamment de preuve sans tenir compte de celle des autres opérations pour fonder la déclaration de culpabilité.

ORFC 112.03

L'article 147 de la *Loi sur la défense nationale* prévoit:

147. Aucune des personnes suivantes ne doit siéger comme membre d'une cour martiale générale:

- (a) l'officier qui a convoqué la cour martiale;
- (b) le procureur à charge;
- (c) un témoin à charge;
- (d) le commandant de l'accusé;
- (e) un officier de la prévôté;
- (f) un officier qui n'a pas vingt et un ans; [Abrogé. Chapitre 26, Statut du Canada, 1985.]
- (g) un officier d'un grade inférieur à celui de capitaine; ou

(h) any person who prior to the court martial participated in any investigation respecting the matters upon which a charge against the accused person is founded.

h) toute personne qui, avant la tenue de la cour martiale, a participé à une enquête concernant les questions sur lesquelles repose une accusation contre l'accusé.

That section is reiterated in article 111.20 of *Q.R.&O.* Article 112.03 provides:

The president shall, before the trial commences, ascertain whether any member of the court is disqualified to sit, having regard to article 111.20 (Ineligibility to Serve on General Court Martial) or article 111.39 (Ineligibility to Serve on Disciplinary Court Martial).

The record does not disclose that the President made the determination required by article 112.03. Neither does it disclose, nor is it suggested that in fact, any member was so disqualified. When the Court Martial convened and before the members were sworn in, the Judge Advocate introduced them and asked the appellant if he objected to being tried by any of them. He said he did not.

I do not think it necessary to set out at length the legislative scheme as to the preparation for and commencement of a trial by General Court Martial. Suffice it to say, the inquiry under article 112.03 is clearly contemplated to have been made before the trial begins. While the President might have put on the record the fact that he had made it, the law does not require that and failure to do so does not give rise to a valid ground of appeal.

LEGALITY OF SENTENCE

The material portion of the Judge Advocate's address to the Court Martial as to sentence follows:

You must always bear in mind that you are enforcing the Code of Service Discipline as set out in the **National Defence Act**. You are not enforcing or sentencing under the **Narcotic Control Act** or the **Food and Drugs Act**. As serving officers you must award a sentence that will not only have, but will be seen to have, as its end, the maintenance of discipline.

The Code of Service Discipline is but one mechanism that is in place to help to ensure that the Canadian Forces remains a disciplined, efficient, and operational ready and capable armed force, with high morale and esprit de corps, ever conscious of safety and security requirements.

All of these requirements in a standing armed force in a democracy in peacetime are essential in order that when called upon the Canadian Forces may react in a timely manner, in the interest of, and on direction from the state, if necessary with

Cet article se retrouve à l'article 111.20 des *a ORFC*. L'article 112.03 prévoit:

Avant l'ouverture du procès, le président s'assure si quelque membre de la cour est inhabile à siéger aux termes de l'article 111.20 (Inhabilité à faire partie d'une cour martiale générale) ou de l'article 111.39 (Inhabilité à faire partie d'une cour martiale disciplinaire).

Le dossier ne révèle pas que le président se soit conformé à l'exigence de l'article 112.03. Il ne révèle pas non plus qu'un membre ait été ainsi déclaré inhabile et les faits ne nous permettent pas de le supposer. Lorsque la Cour martiale s'est réunie, et avant que les membres soient assermentés, le juge-avocat les a présentés et a demandé à l'appelant s'il avait une objection à subir son procès devant l'un d'eux. Il a affirmé n'avoir aucune objection.

Je pense qu'il n'est pas nécessaire d'exposer en détail les modalités législatives applicables à la présentation et à l'introduction d'un procès en Cour martiale générale. Il suffit de dire que l'examen requis par l'article 112.03 est clairement considéré comme ayant été fait avant le début du procès. Même si le président avait pu indiquer au dossier qu'il s'y était conformé, la loi ne l'exige pas et l'entretien de le faire ne donne pas lieu à un moyen d'appel valide.

LA LÉGALITÉ DE LA PEINE

La partie importante des directives formulées par le juge-avocat à la Cour martiale quant à la sentence est la suivante:

[TRADUCTION] Vous devez toujours avoir présent à l'esprit que vous appliquez le Code de discipline militaire établi dans la **Loi sur la défense nationale**. Vous n'appliquez pas la **Loi sur les stupéfiants** ou la **Loi des aliments et drogues** ni ne prononcez une peine en vertu de ces lois. A titre d'officiers de service, vous devez prononcer une peine dont le but ne sera pas seulement de maintenir la discipline mais sera perçu comme tel.

Le Code de discipline militaire n'est qu'un mécanisme mis en place pour assurer que les Forces canadiennes demeurent des forces armées disciplinées, efficaces, fonctionnelles, toujours prêtes et capables d'agir avec un sens du devoir élevé, un esprit de corps, toujours conscientes des mesures de prudence et de sécurité.

Ces exigences sont essentielles chez les forces armées actives dans une démocratie en temps de paix car lorsqu'on fera appel à elles, les Forces canadiennes devront réagir promptement, dans l'intérêt et sous les ordres de l'État, en usant de force si

the application of force. You, as serving officers, are considered by Parliament to be in the best position to determine what sentence in the circumstances will best achieve this end.

Having said that, I believe that I must advise you that six of the offences on the Charge Sheet are offences known to the narcotic and drug law of Canada, and while you are sentencing under the Code of Service Discipline, you cannot be completely out of step with sentences awarded by a Canadian court of criminal jurisdiction in respect of similar offences. I wish to inform you that those courts have imposed . . . have regularly imposed sentences of imprisonment for similar offences.

The appellant says she erred in law in her instruction that it was the Code of Service Discipline, not the Narcotic Control or Food and Drugs legislation, that was being enforced and in omitting to instruct the Court on the range of sentences being imposed by Canadian civilian courts.

In my opinion, the Judge Advocate did not err by instructing the Court that it was enforcing the Code of Service Discipline. Aside from the AWOL charge, which is peculiar to the Code, the charges of which the appellant was convicted are incorporated into it by paragraph 120(1)(b) of the *National Defence Act*.

120. (1) An act or omission

(a) that takes place in Canada and is punishable under Part XII of this Act, the *Criminal Code* or any other Act of the Parliament of Canada; or

(b) that takes place outside Canada and would, if it had taken place in Canada, be punishable under Part XII of this Act, the *Criminal Code* or any other Act of the Parliament of Canada;

is an offence under this Part and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2).

The charges were laid under section 120, not the incorporated legislation. The instruction was literally true and, with respect, I see no prejudice to the appellant in the Judge Advocate saying so. As the context clearly indicates, the statement was merely introductory to a very proper reminder of the disciplinary concerns that the Court ought to have in mind in passing sentence.

The second argument has some superficial appeal; what is the point of instructing the Court that it cannot be completely out of step with the sentences imposed by other courts if the range of

nécessaire. À titre d'officiers de service, le Parlement considère que vous êtes les mieux placés pour prononcer la peine qui, dans les circonstances, répondra le mieux à cette fin.

Ceci étant dit, j'estime devoir vous aviser que six des infractions de l'acte d'accusation sont prévues dans les lois canadiennes sur les stupéfiants et les drogues et, bien que vous deviez rendre une sentence en vertu du Code de discipline militaire, vous ne pouvez pas trop vous éloigner des peines prononcées par une cour canadienne de compétence criminelle à l'égard d'infractions similaires. Je tiens à vous aviser que ces cours ont imposé . . . ont régulièrement imposé des peines d'emprisonnement dans le cas d'infractions similaires.

L'appellant affirme que le juge-avocat a commis une erreur de droit en mentionnant dans ses directives que c'était le Code de discipline militaire, et non les lois sur les stupéfiants ou les aliments et drogues, qui s'appliquait et en omettant de préciser à la cour l'éventail des peines imposées par les tribunaux de droit commun au Canada.

À mon avis, le juge-avocat n'a pas commis d'erreur en précisant dans ses directives à la cour que celle-ci appliquait le Code de discipline militaire. Sous réserve de l'accusation d'avoir été absent sans permission, ce qui est particulier au Code, les accusations dont l'appellant a été reconnu coupable sont incorporées au Code par l'alinéa 120(1)b) de la *Loi sur la défense nationale*.

120. (1) Une action ou omission

a) qui se produit au Canada et est punissable selon la Partie XII de la présente loi, le *Code criminel* ou toute autre loi du Parlement du Canada; ou

b) qui se produit en dehors du Canada et qui, si elle était faite au Canada, serait punissable suivant la Partie XII de la présente loi, le *Code criminel* ou toute autre loi du Parlement du Canada;

est une infraction tombant sous le coup de la présente Partie, et toute personne qui en est déclarée coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2).

Les accusations ont été portées en application de l'article 120 et non de la loi qui l'incorpore. Les directives étaient tout à fait exactes et, avec égards, je ne vois pas quel préjudice l'appellant subit parce que le juge-avocat l'affirme. Comme il ressort clairement du contexte, la déclaration ne servait que d'introduction à un rappel tout à fait approprié des intérêts disciplinaires qu'une cour doit avoir à l'esprit en prononçant une peine.

Le second argument comporte un certain attrait superficiel; quel est l'intérêt de prévenir une cour, dans les directives, qu'elle ne peut s'éloigner complètement des peines imposées par d'autres cours si

sentences by those other courts is not indicated? But what are the sentencing standards to which the Judge Advocate should have referred? It is notorious that there are, in fact, no national sentencing standards for the offences in issue but, rather, that the accepted ranges vary considerably between and sometimes even within the provinces and territories. The disparity probably, in large measure, reflects legitimate considerations dependent on the degree of harm particular drug use and trafficking is seen as inflicting in and on different communities. In this sense, the Canadian Armed Forces are a discrete community.

In *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233 at 236, Cattanach J. stated:

Many offences which are punishable under civil law take on a much more serious connotation as a service offence and as such warrant more severe punishment.

That statement was quoted with approval by Ritchie J. in the majority judgment on appeal, [*sub nom. MacKay v. The Queen*] [1980] 2 S.C.R. 370 at 399. A similarly relevant point was made by McIntyre J., in his concurring reasons at p. 404:

... the problems and the needs of the armed services, being in many respects special to the military, may well from time to time require the special knowledge possessed by officers of experience who, in this respect, may be better suited for the exercise of judicial duty in military courts than their civilian counterparts.

It may be that not all offences incorporated by section 120 into the Code of Service Discipline will give rise to the same legitimate disciplinary concerns as use of and trafficking in narcotics and restricted drugs by and to members of the Canadian Armed Forces. The sentence appropriately to be imposed in the present instance was, in my view, peculiarly within the competence of the General Court Martial to determine. It was properly instructed by the Judge Advocate on the various matters it ought to consider. The legality of the sentence was not impaired by her failure to instruct it on the sentencing range of Canadian civilian courts, assuming such information reliably exists.

l'éventail des peines imposées par ces autres cours n'est pas précisé? Mais à quelles normes applicables aux peines le juge-avocat aurait-elle dû faire appel? Il est notoire qu'il n'existe effectivement aucune norme nationale applicable aux peines pour les infractions visées mais, au contraire, que les normes acceptées varient considérablement entre les provinces et entre les territoires et à l'intérieur même de ceux-ci. La disparité reflète probablement, dans une large mesure, des considérations légitimes selon l'importance du préjudice particulier que l'usage et le trafic de la drogue causent dans différentes collectivités. En ce sens, les Forces armées canadiennes représentent une collectivité distincte.

Dans la décision *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233, à la p. 236, le juge Cattanach a dit:

Plusieurs infractions de droit commun sont considérées comme beaucoup plus graves lorsqu'elles deviennent des infractions militaires, ce qui autorise l'imposition de sanctions plus sévères.

En appel, le juge Ritchie, au nom de la majorité, a cité avec approbation le même passage, [*sub nom. MacKay c. La Reine*] [1980] 2 R.C.S. 370, à la p. 399. Le juge McIntyre, souscrivant dans ses motifs à l'opinion du Ritchie, a soulevé un point tout aussi pertinent à la p. 404,

... il se peut bien qu'à l'occasion, les problèmes et besoins des forces armées, qui sont à plusieurs égards particuliers aux militaires, requièrent les connaissances spéciales d'officiers d'expérience qui, à cet égard, peuvent être plus aptes à remplir un rôle judiciaire dans des tribunaux militaires que leurs collègues civils.

Il se peut que les infractions incorporées dans le Code de discipline militaire par l'article 120 ne soulèvent pas toutes les mêmes intérêts disciplinaires légitimes que l'usage et le trafic de stupéfiants et de drogues à usage restreint soulèvent au sein des Forces armées canadiennes. À mon avis, la peine appropriée qu'il fallait imposer en l'espèce relevait particulièrement de la compétence de la Cour martiale générale. Le juge-avocat a donné des directives appropriées quant aux diverses matières que la cour devait examiner. Elle n'a pas compromis la légalité de la sentence en omettant, dans ses directives, d'aviser les membres de l'éventail des peines imposées par les tribunaux de droit commun au Canada, tenant pour acquis que de tels renseignements fiables existent.

CONCLUSION

I would dismiss the appeal.

CAVANAGH J.: I agree.

HALL J.: I agree.

CONCLUSION

Je suis d'avis de rejeter l'appel.

CAVANAGH J.: Je souscris aux motifs.

^a HALL J.: Je souscris aux motifs.