

Brian Thomas Clabby

(██████████ Private, Canadian Forces) *Appel-*
lant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

File No.: C.M.A.C. 251

Calgary, Alberta, 17 July, 1986

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

On appeal from a conviction by a General Court Martial held at Headquarters, Canadian Forces Europe, Federal Republic of Germany, on 18, 19, 20 and 21 June, 1985.

Sentencing — Sentence quashed where Judge Advocate retired with Court to consider sentence — National Defence Act, section 203, contrary to sections 7 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The appellant was tried and convicted by a General Court Martial in Lahr, Germany, on four counts of gross indecency and abduction. The offences were committed while the appellant was off duty, off base and out of uniform. The victims were very young German civilians.

The only substantial ground of appeal was that the sentence of two and a half years which the appellant received was illegally imposed because the Judge Advocate retired with the Court when the sentence was being considered.

Held: Appeal allowed. It was a breach of the principles of fundamental justice for the Judge Advocate to retire with the Court Martial. The Court Martial Appeal Court was not able to apply section 203 of the *National Defence Act* and refer the proceedings to the Minister on the grounds that section 203 was itself fatally flawed in terms of sections 7 and 15 of the *Charter*. Accordingly, the sentence was quashed and the appellant discharged from custody.

COUNSEL:

David A. Haas and Charles Fleming, for the appellant
Lieutenant-Colonel M.F. Macdonald and Lieutenant-Commander James Price, for the respondent

Brian Thomas Clabby

(██████████ Soldat, Forces canadiennes)
Appelant,

^a c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

^b N° du greffe: C.A.C.M. 251

Calgary (Alberta), le 17 juillet 1986

^c Devant: le juge en chef Mahoney et les juges Urie et Hugessen

^d 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 18, 19, 20 et 21 juin 1985.

^e *Détermination de la peine — Peine annulée lorsque le juge-avocat s'est retiré avec la Cour pour examiner la peine — L'article 203 de la Loi sur la défense nationale est contraire aux articles 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés.*

^f L'appelant a subi son procès et a été reconnu coupable par une cour martiale générale siégeant à Lahr (Allemagne), sous quatre chefs d'accusation de grossière indécence et d'enlèvement. Les infractions ont été commises alors que l'appelant n'était pas de service, qu'il se trouvait hors de la base et ne portait pas d'uniforme. Les victimes étaient de très jeunes civils allemands.

^g Le seul moyen d'appel portant sur le fond était que la peine de deux ans et demi a été imposée illégalement à l'appelant parce que le juge-avocat s'était retiré avec la Cour lors des délibérations sur la peine.

^h *Arrêt:* Appel accueilli. Le fait, pour le juge-avocat, de se retirer avec la Cour martiale constituait une violation des principes de justice fondamentale. La Cour d'appel des cours martiales ne pouvait pas appliquer l'article 203 de la *Loi sur la défense nationale* et renvoyer l'affaire au ministre pour le motif que l'article 203 était en soi fatalement défectueux en ce qui a trait aux articles 7 et 15 de la *Charte*. La peine a par conséquent été annulée et l'appelant libéré.

AVOCATS:

ⁱ *David A. Haas et Charles Fleming, pour l'appelant*
Lieutenant-colonel M.F. Macdonald et Lieutenant-commander James Price, pour l'intimée

^j

STATUTES CITED:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act, 1982 as enacted by Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11, ss. 7, 10(b), 15, 24(1)
National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 203; Part IX.1 (added S.C. 1985, c. 26, s. 62)

CASE CITED:

Sullivan v. The Queen (1986), 4 C.M.A.R. 414, 65 N.R. 48

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

HUGESSEN J.: The appellant was tried and convicted by a General Court Martial held in Lahr, Federal Republic of Germany, on four counts of gross indecency and abduction. The offences were committed while the appellant was off duty, off base and out of uniform. The victims were very young German civilians.

Only two questions arise for decision on the appeal.

In the first place, the appellant claims that he was denied the right to counsel which is guaranteed to him by paragraph 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.¹ The point is without merit. The appellant was fully and adequately represented by counsel at all stages of the proceedings against him. His real complaint is that the military authorities did not advise him of the possibility of his retaining, at his own expense, a local German or American lawyer as opposed to either assigned military counsel (which he took) or privately retained Canadian counsel (which he could not afford). The *Charter* guarantees the right to retain and instruct counsel; it does not impose on the authorities an obligation to give advice to an accused as to what sort of counsel he should retain, or how.

¹ 10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

LOIS CITÉES:

Charte canadienne des droits et libertés, Loi Constitutionnelle, édictée par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982 (R.-U.), c. 11, art. 7, 10b), 15, 24(1)
Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 203; Partie IX.1 (ajouté S.C. 1985, c. 26, art. 62)

b JURISPRUDENCE CITÉE:

Sullivan c. La Reine (1986), 4 C.M.A.R. 414, 65 N.R. 48

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

LE JUGE HUGESSEN: L'appelant a subi son procès et a été reconnu coupable par une cour martiale générale siégeant à Lahr, en République fédérale allemande, sous quatre chefs d'accusation de grossière indécence et d'enlèvement. Les infractions ont été commises alors que l'appelant n'était pas de service, qu'il se trouvait hors de la base et ne portait pas d'uniforme. Les victimes étaient de très jeunes civils allemands.

Seules deux questions sont soulevées en appel.

En premier lieu, l'appelant prétend avoir été privé du droit à l'assistance d'un avocat, droit qui lui est reconnu par l'alinéa 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.¹ Cette allégation est dénuée de fondement. L'appelant a été pleinement et adéquatement représenté par un avocat à tous les stades de la procédure engagée contre lui. Sa plainte porte, en réalité, sur le fait que les autorités militaires ne l'ont pas informé de la possibilité qu'il avait de recourir, à ses propres frais, aux services d'un avocat local, allemand ou américain, par opposition à un avocat militaire désigné (ce pour quoi il a opté) ou à un avocat canadien dont il aurait personnellement retenu les services (ce que ses moyens ne lui permettaient pas de faire). La *Charte* garantit le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat; elle n'oblige pas les autorités à conseiller l'accusé au sujet du type d'avocat auquel il devrait recourir, ou de la manière de le faire.

¹ 10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention :

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

In the second place, the appellant argues that the sentence of two and a half years which he received was illegally imposed because the Judge Advocate retired with the Court when the question of sentence was being considered. In this respect, the case is indistinguishable from this Court's decision in *Sullivan v. The Queen*, 4 C.M.A.R. 414, 65 N.R. 48. Without repeating all that was said there, it is enough to say that we are still of the view that 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. The sentence cannot stand.

There remains the question of the proper disposition to be made by this Court. The appellant was sentenced on June 21, 1985. He has been serving his sentence since that time. Prior to sentencing, he spent 87 days in close custody. He has accordingly been incarcerated for almost one year and four months. Taking remission into account, this is approximately the equivalent of a two-year sentence.

The appellant was not released from custody pending appeal. Part IX.1 of the *National Defence Act* (S.C. 1985, c. 26) provides for such release. It was passed by Parliament on 28 June, 1985 but has not yet been proclaimed in force. Parliament's evident intent to have the *National Defence Act* comply in this respect with section 15 of the *Charter*² remains frustrated. We think it appropriate to express in the strongest terms our disapproval of such inaction. [Proclaimed in force 2 October, 1986, SI/86-192.]

Be that as it may, the sentence which the appellant is presently serving is illegal. If we were to follow the prescriptions of section 203 of the

² 15.(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

En second lieu, l'appellant soutient que la peine de deux années et demie a été infligée illégalement, le juge-avocat s'étant retiré avec la Cour lors des délibérations sur la peine. À cet égard, la présente cause ne peut être distinguée de la décision rendue par la présente Cour dans l'affaire *Sullivan c. La Reine*, 4 C.M.A.R. 414, 65 N.R. 48. Sans reprendre tout ce qui y a été déclaré, qu'il nous suffise de signaler que 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. La peine ne peut être maintenue.

Reste à la Cour à statuer, en l'espèce. L'appellant a été condamné le 21 juin 1985. Il purge sa peine depuis ce temps. Avant de recevoir sa sentence, il a passé quatre-vingt-sept jours en milieu fermé. Il a donc été incarcéré pendant près d'un an et quatre mois. En tenant compte de la réduction de peine, cela équivaut approximativement à une peine de deux ans.

L'appellant n'a pas été mis en liberté pendant l'appel. La partie IX.1 de la *Loi sur la défense nationale* (S.C. 1985, c. 26) prévoit pareille mise en liberté. Elle a été adoptée par le Parlement le 28 juin 1985, mais n'a pas encore été promulguée. L'intention évidente du Parlement d'adapter la *Loi sur la défense nationale*, sur ce point, à l'article 15 de la *Charte*² demeure un vœu pieux. Il nous semble opportun de condamner sans ambages une telle inertie. [Entrée en vigueur le 2 octobre 1986, TR/86-192.]

Quoi qu'il en soit, la peine que l'appellant purge présentement est illégale. Si nous devons suivre les prescriptions de l'article 203 de la *Loi sur la*

² 15.(1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

National Defence Act,³ we should refer the matter to the Minister for him to impose an appropriate sentence. We find it impossible to follow that course since, in our view, section 203 is itself fatally flawed in terms of sections 7,⁴ and 15 of the *Charter*. This Court in *Sullivan, supra*, invoking subsection 24(1) of the *Charter*,⁵ simply quashed the illegal sentence and ordered the appellant to be discharged from custody; in the circumstances, we can only do likewise.

*défense nationale*³, nous devrions déférer l'affaire au Ministre pour la détermination d'une peine appropriée. Nous estimons impossible d'agir dans ce sens puisque, à notre avis, l'article 203 est, en soi, fatalement défectueux en ce qui a trait aux articles 7⁴ et 15 de la *Charte*. La présente Cour, en invoquant le paragraphe 24(1) de la *Charte*⁵, dans l'affaire *Sullivan* précitée, a simplement annulé la peine illégale et ordonné que l'appellant soit libéré; compte tenu des circonstances, nous ne pouvons que faire de même.

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

⁴ 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.

⁵ 24.(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

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

⁴ 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.

⁵ 24.(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.