

Ernest Mark Prokopetz

(██████████ Lieutenant, Canadian Forces)
Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

File No.: C.M.A.C. 256

Vancouver, British Columbia, 6 November, 1986

Present: Hall, Heald and Malone JJ.

On appeal from a conviction by a Disciplinary Court Martial held at Vancouver, British Columbia, on 28, 29, 30, 31 May, 1985 and on 3 and 4 June, 1985.

Sentencing — Sentence quashed where Judge Advocate sat with Court in absence of accused during deliberations on sentencing.

The appellant was tried and convicted by a disciplinary Court Martial on ten counts of fraud contrary to section 107(f) of the *National Defence Act* and nine counts of neglect to the prejudice of good order and discipline contrary to section 119 of the *National Defence Act*.

On appeal, counsel for the Crown admitted that the Judge Advocate, in accordance with previous practice, was present with the members of the Court Martial during their deliberations on sentencing. He was not present during the deliberations of the Court Martial with respect to the conviction of the appellant. The accused was not present when the Judge Advocate met with the members of the Court Martial in respect of sentencing.

Held: Appeal allowed. The case was indistinguishable from the case of *Sullivan v. The Queen* and *Clabby v. The Queen*. Although the appellant had already served his full sentence, the Court ordered that the sentence imposed be quashed.

COUNSEL:

James A. Henshall, for the appellant
Lieutenant-Colonel M.R. Hunt, CD, for the respondent

STATUTE AND REGULATIONS CITED:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act, 1982, as enacted by Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11, ss. 7, 11(d), 24(1)
National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 107(f), 119

Ernest Mark Prokopetz

(██████████ Lieutenant, Forces canadiennes)
Appellant,

a c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

b N° du greffe: C.A.C.M. 256

Vancouver (Colombie-Britannique), le 6 novembre 1986

c Devant: les juges Hall, Heald et Malone

En appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale disciplinaire siégeant à Vancouver (Colombie-Britannique), les 28, 29, 30, 31 mai et 3 et 4 juin 1985.

d *Détermination de la peine — Peine annulée lorsque le juge-avocat a siégé avec la Cour en l'absence de l'accusé au cours des délibérations sur la détermination de la peine.*

L'appellant a subi son procès et a été reconnu coupable par une cour martiale disciplinaire sous dix chefs d'accusation de fraude prévus à l'alinéa 107(f) de la *Loi sur la défense nationale* et neuf chefs de négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline en violation de l'article 119 de la *Loi sur la défense nationale*.

En appel, le procureur du ministère a admis que le juge-avocat, conformément à l'usage antérieur, avait assisté avec les membres de la Cour martiale à leurs délibérations sur la détermination de la peine. Il n'était pas présent au cours des délibérations de la Cour martiale portant sur la condamnation de l'appellant. L'accusé était absent lorsque le juge-avocat a rencontré les membres de la Cour martiale au sujet de la détermination de la peine.

e *Arrêt:* Appel accueilli. La présente affaire est indissociable des arrêts *Sullivan c. La Reine* et *Clabby c. La Reine*. Même si l'appellant avait purgé sa peine en entier, la Cour a ordonné que la peine imposée soit annulée.

AVOCATS:

James A. Henshall, pour l'appellant
Lieutenant-colonel M.R. Hunt, DC, pour l'intimée

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. 7, 11(d), 24(1)
Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 107(f), 119

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, (1968 Revision), arts. 1.095, 112.49

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces armées canadiennes, (Révision 1968), art. 1.095, 112.49

CASES CITED:

Clabby v. The Queen, 4 C.M.A.R. 397
Sullivan v. The Queen, 4 C.M.A.R. 414, 65 N.R. 48

JURISPRUDENCE CITÉE:

Clabby c. La Reine, 4 C.A.C.M. 397,
Sullivan c. La Reine, 4 C.A.C.M. 414, 65 N.R. 48

The following are the reasons for judgment delivered in English by

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

HEALD J.: The appellant was tried and convicted by a Disciplinary Court Martial held at Vancouver, British Columbia, of ten counts of fraud contrary to section 107(f) of the *National Defence Act* and nine counts of neglect to the prejudice of good order and discipline contrary to section 119 of the *National Defence Act*. At all relevant times the appellant was a lieutenant in the Reserve Force attached to 744 Communication Regiment in Vancouver. In the course of his service with that regiment, he prepared and submitted for payment bulk travel claims on behalf of a group of individuals. These claims were for reimbursement of travel expenses. The ten counts of fraud related to ten different bulk travel claims in respect of which the appellant did not have entitlement to the reimbursement claimed. The other nine counts in breach of section 119 related to allegations by the respondent that the appellant, upon receiving reimbursement for travel claims, failed to deliver those monies to the rightful claimants. Again, each charge involved a different and separate individual travel claim.

LE JUGE HEALD: L'appelant a subi son procès et a été reconnu coupable par une cour martiale disciplinaire, à Vancouver (Colombie-Britannique), de dix chefs d'accusation d'actes frauduleux commis en violation de l'alinéa 107f) de la *Loi sur la défense nationale* et de neuf chefs d'accusation d'actes de négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline commis en violation de l'article 119 de la *Loi sur la défense nationale*. À toutes les époques en cause, l'appelant était lieutenant dans la force de réserve rattachée au 744^e Régiment des communications à Vancouver. Dans le cadre de son service au sein de ce régiment, il a rédigé et présenté pour paiement des demandes globales de remboursement de frais de voyage pour le compte d'un groupe de personnes. Ces demandes concernaient le remboursement de frais de voyage. Les dix chefs de fraude se rapportaient à dix demandes globales différentes de remboursement de frais de voyage pour lesquelles l'appelant n'avait pas droit au remboursement réclamé. Les neuf autres chefs d'accusation de violation de l'article 119 se rapportaient aux allégations par lesquelles l'intimée accusait l'appelant de ne pas avoir remis ces sommes à leurs ayants droit après en avoir reçu le remboursement. Précisions à nouveau que chaque inculpation concernait une demande différente et distincte de remboursement de frais de voyage.

At the commencement of the hearing of the appeal, counsel for the appellant moved for leave to introduce new evidence regarding the presence of the Judge Advocate during the deliberations of the members of the Disciplinary Court Martial. The Court heard both counsel at length on this motion and, after counsel for the respondent had made certain admissions in this connection, counsel for the appellant withdrew the motion. Counsel for the respondent admitted the following facts: The Judge Advocate, in accordance with previous

Au début de l'audition de l'appel, l'avocat de l'appelant a demandé la permission de produire une nouvelle preuve au sujet de la présence du juge-avocat au cours des délibérations des membres de la cour martiale disciplinaire. La Cour a longuement entendu les deux avocats sur cette requête après que l'avocat de l'intimée eut reconnu certains faits à cet égard, l'avocat de l'appelant s'est désisté de sa requête. L'avocat de l'intimée a reconnu les faits suivants: conformément à la pratique établie, le juge-avocat était présent lors des

practice, was present with the members of the Court Martial during their deliberations on sentencing. He instructed them on the principles of sentencing as well as advising them on the limits of their powers with respect to punishment. He was not present during the deliberations of the Court Martial with respect to the conviction of the appellant on the charges he was facing. The accused was not present when the Judge Advocate met with the members of the Court Martial in respect of sentencing.

On the basis of these admitted facts, the situation in this case is indistinguishable from the determining circumstances in the cases of *Sullivan v. The Queen*, [4 C.M.A.R. 414], 65 N.R. 48 and *Clabby v. The Queen* [4 C.M.A.R. 397]. The applicable provisions of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (Q.R. & O.)* were the same in all three cases. The relevant portion of article 112.49 provides:

112.49 — METHOD OF DETERMINING SENTENCE

(1) Section 168 of the *National Defence Act* provides in part:

«168. (1) Subject to this section . . . the sentence of a court martial . . . shall be determined by the vote of a majority of the members.

At the conclusion of article 112.49, there appear Notes A and B. Note B has no relevance to the present appeal. However Note A is relevant and reads as follows:

(A) The judge advocate is present when the court closes to consider its sentence to advise the court as to the legality of the sentence it has decided to pass and to guide the court as to the form in which that sentence is to be expressed.

According to article 1.095 of *Q.R. & O.* the effect of notes appended to articles in *Q.R. & O.* is stated as being “ . . . for the guidance of officers and men. They shall not be construed as if they had the force and effect of law, but they should not be deviated from without good reason.” Presumably based on this instruction, the provisions of Note A were followed in the case at bar, as well as in *Sullivan* and *Clabby*. In the *Sullivan* case, Mr. Justice Brooke stated at page 15 [4 C.M.A.R. 428] of his reasons:

Generally, proceedings under the *Criminal Code* must be carried on in the presence of the accused and the failure to do so goes to jurisdiction. *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68

délibérations que les membres de la cour martiale ont tenues au sujet de la détermination de la peine. Il les a informés des principes applicables à la détermination de la peine et les a conseillés sur les limites de leurs pouvoirs en matière de châtement. Il n'a pas participé aux délibérations que la cour martiale a tenues au sujet de la condamnation de l'appelant pour les accusations dont il devait répondre. L'accusé n'était pas présent lorsque le juge-avocat a rencontré les membres de la cour martiale au sujet de la détermination de la peine.

Compte tenu de ces faits admis, la situation n'est pas, en l'espèce, différente des circonstances déterminantes des affaires *Sullivan c. La Reine*, [4 C.A.C.M. 414], 65 N.R. 48 et *Clabby c. La Reine* [4 C.A.C.M. 397]. Les dispositions applicables des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC)* étaient les mêmes dans les trois cas. Voici la disposition pertinente de l'article 112.49:

112.49 — MODE DE FIXATION DE LA PEINE

(1) L'article 168 de la *Loi sur la défense nationale* prescrit en partie:

«168. (1) Sous réserve du présent article, . . . la sentence d'une cour martiale . . . est arrêtée par le vote de la majorité des membres.

À la fin de l'article 112.49 figurent les notes A et B. La note B ne nous intéresse pas en l'espèce. Cependant, la note A est pertinente. En voici le texte:

(A) Le juge-avocat est présent quand la cour se retire pour délibérer sur la sentence, afin de la conseiller quant à la légalité de la sentence qu'elle a décidé de prononcer et de la guider relativement à la façon dont cette sentence doit être formulée.

Suivant l'article 1.095 des *ORFC*, les notes jointes aux articles des *ORFC* sont ajoutées « . . . pour la gouverne des officiers et membres sans brevet d'officier. Il ne faut pas considérer qu'elles ont force de loi, mais on ne doit pas s'en écarter sans une bonne raison ». Les dispositions de la note A ont été suivies en l'espèce, de même que dans les affaires *Sullivan* et *Clabby*, vraisemblablement en raison de cette directive. Dans l'affaire *Sullivan*, le juge Brooke déclare, à la page 15 [4 C.A.C.M. 428] de ses motifs:

En général, les procédures prévues par le *Code Criminel* doivent se dérouler en présence de l'accusé et l'omission de le faire met en cause la compétence. *R. v. Dunbar and Logan*

C.C.C. (2d) 13; *R. v. Hay* (1982), 70 C.C.C. (2d) 286; *R. v. Parnell* (1983), 9 C.C.C. (3d) 353. There is no exception made for proceedings at trial relating to sentence. In *R. v. Petrovic* (1984), 13 C.C.C. (3d) 416, the sentence was challenged on the grounds that, because of the failure of an interpreter to fully interpret the proceedings at trial relating to sentence, the trial was not conducted so as to accord with section 577 of the *Code* which requires that the accused man be present. Lacourcière J.A. who delivered the judgment of the Court of Appeal for Ontario held that the accused has the right to be meaningfully present, failing which the proceedings as to sentence were a nullity. In arriving at his conclusion, Lacourcière J.A. examined the relevant authorities under the *Criminal Code* and the common law. He concluded, at page 426:

The right of the accused to be present during the whole of his trial, including sentence, now preserved by s. 577 of the *Criminal Code*, existed at common law as evidenced by the Privy Council decision in *Lawrence*.

This, then, is now and has been the accepted mode of trial and the norm in criminal courts: it is an expected standard of fairness in criminal or penal proceedings. That standard of fairness was not met in this case and if the note to article 112.49 is followed then the standard will not be met in other cases.

Then, at page 17 [4 C.M.A.R. 429], he concluded:

Nowhere in s. 7 or in the subsections of s. 11 does the *Charter* deal specifically with the accused's right to be present during the whole of his trial or the right to conduct the trial or any part of it in his absence. While s. 11(d) deals with proceedings relating to the determination of guilt or innocence, a most important feature of the subsection is that it requires "a fair and public hearing". Having regard to this requirement, the position in proceedings as to sentence at common law and under the *Criminal Code* any less a standard than the fair and public hearing offends s. 7 of the *Charter*. In my view, the note to Article 112.49 is of no force and/or effect. As I have reached the conclusion that the proceedings as to sentence constituted a denial of the accused's rights under s. 7 of the *Charter*, the sentence is a nullity.

In the *Clabby* case, Mr. Justice Hugessen, speaking for the Court, said at page 2 [4 C.M.A.R. 399] of his reasons:

... 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*, 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.

(Emphasis added.)

(1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *R. v. Hay*, (1982), 70 C.C.C. (2d) 286; *R. v. Parnell* (1983), 9 C.C.C. (3d) 353. Il n'existe pas d'exception pour les procédures dans les procès relatifs à la sentence. Dans l'affaire *R. v. Petrovic* (1984), 13 C.C.C. (3d) 416, la sentence a été contestée pour le motif que, l'interprète ayant omis d'interpréter intégralement les procédures lors du procès relatif à la sentence, celui-ci n'avait pas été conduit conformément à l'article 577 du *Code* qui exige que l'accusé soit présent. Le juge Lacourcière qui a rendu le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, a décidé que l'accusé a le droit d'être présent d'une façon qui ait un sens, sinon les procédures relatives à la condamnation sont nulles. En arrivant à sa conclusion, le juge Lacourcière a examiné la jurisprudence pertinente en vertu du *Code Criminel* et de la common law. Il a conclu, à la page 426:

[TRADUCTION] Le droit de l'accusé d'être présent pendant tout son procès, y compris la sentence, maintenant protégé par l'article 577 du *Code criminel* existait en common law, comme en témoigne la décision du Conseil privé dans l'affaire *Lawrence*.

Il s'agit là du mode de procès accepté à l'heure actuelle et dans le passé et de la norme dans les cours criminelles. Il s'agit d'une norme d'équité à laquelle on peut s'attendre dans les procédures criminelles et pénales. Cette norme d'équité n'a pas été respectée en l'espèce et si la note à l'article 112.49 est suivie, elle ne le sera pas non plus dans d'autres cas.

Le juge a ensuite conclu, à la page 17 [4 C.A.C.M. 429]:

La *Charte* ne traite nulle part, de façon spécifique, dans l'article 7 ni dans les alinéas de l'article 11, du droit de l'accusé à être présent pendant tout son procès ou du droit de procéder en tout ou en partie en son absence. Si l'alinéa 11d) traite des procédures relatives à la détermination de la culpabilité ou de l'innocence, un trait des plus importants de cet alinéa est qu'il exige «un procès public et équitable». Du point de vue de cette exigence, les procédures relatives à la sentence en common law et en vertu du *Code criminel* qui n'atteignent pas la norme du procès public et équitable violent l'article 7 de la *Charte*. Selon moi, la note à l'article 112.49 n'a ni force ni effet. Comme j'ai atteint la conclusion que les procédures relatives à la sentence constituaient une négation des droits de l'accusé prévus par l'article 7 de la *Charte* la condamnation est nulle.

Dans l'affaire *Clabby*, le juge Hugessen, qui s'exprimait pour le compte de la Cour, a dit, à la page 2 [4 C.A.C.M. 399] de ses motifs:

[TRADUCTION] ... l'appelant 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*, 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.

(C'est moi qui souligne.)

In my view, the ratio of those decisions applies with equal force to the facts and circumstances in the instant case. In this case the appellant was sentenced to six months imprisonment. He has served that sentence. In both *Sullivan* and *Clabby* the appellants were still serving their sentences. In each case the Court ordered that the sentence imposed be quashed and that the appellant be discharged from custody forthwith. Since, in my view, for the reasons expressed *supra*, the sentence procedures adopted herein breached the rights guaranteed to the appellant pursuant to the provisions of section 7 of the *Charter*, the appellant is entitled to a remedy under subsection 24(1) of the *Charter*.¹ In my opinion, an appropriate and just remedy in the circumstances of this case would be to order that the sentence imposed on the appellant herein be quashed. Since this appellant has already served the whole of his sentence, as noted *supra*, the latter portion of the order given in *Sullivan* and *Clabby* is not necessary in this case. However, the fact that he has served his sentence is an added circumstance, in my view, entitling him to a remedy under subsection 24(1).

Since the appellant has been substantially successful in this appeal, I would allow the appeal with costs.

Additionally, I would observe that at the hearing of the appeal, counsel for the appellant also made extensive submissions that there had been a breach of the provisions of subsection 11(d) of the *Charter*. In his memorandum of fact and law but not in oral argument he also made extensive submissions of error by the Court Martial in respect of their findings on the evidence that the appellant had the necessary blameworthy intent for a conviction on the various charges. In view of my conclusion with respect to a breach of section 7 of the *Charter* which entitles the appellant to relief under subsection 24(1) of the *Charter*, it is unnecessary,

¹ Subsection 24(1) reads:

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.

À mon avis, le fondement de ces décisions s'applique avec autant de force aux faits et aux circonstances de la présente affaire. En l'espèce, l'appelant a été condamné à une peine d'emprisonnement de six mois. Il a purgé sa peine, alors que dans les affaires *Sullivan* et *Clabby*, les appelants n'avaient pas encore fini de purger la leur. Dans les deux affaires, la Cour a ordonné que la sentence soit annulée et que l'appelant soit élargi sans délai. Étant donné, à mon avis, que, pour les motifs ci-dessus énoncés, la procédure de détermination de la peine adoptée en l'espèce violait les droits de l'appelant qui sont garantis par les dispositions de l'article 7 de la *Charte*, l'appelant a le droit d'obtenir une réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte*.¹ À mon avis, la réparation convenable et juste, eu égard aux circonstances de la présente espèce, consisterait à ordonner l'annulation de la sentence prononcée contre l'appelant. Étant donné que, comme nous l'avons déjà fait remarqué, l'appelant a déjà purgé en entier sa peine, il n'est pas nécessaire en l'espèce de rendre la seconde partie de l'ordonnance prononcée dans les décisions *Sullivan* et *Clabby*. Cependant, le fait qu'il a purgé sa peine constitue à mon avis une circonstance supplémentaire qui lui donne droit à une réparation en vertu du paragraphe 24(1).

Étant donné que l'appelant a pour l'essentiel obtenu gain de cause dans le présent appel, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens.

De plus, je tiens à faire remarquer que, à l'audition de l'appel, l'avocat de l'appelant a soutenu avec vigueur que les dispositions de l'alinéa 11d) de la *Charte* avaient été violées. Dans son exposé des points de droit et de fait, il a également soutenu avec insistance que la cour martiale avait eu tort de conclure, suivant la preuve, que l'appelant avait l'intention répréhensible nécessaire pour être condamné pour les différentes inculpations. Il n'a cependant pas repris cet argument dans sa plaidoirie orale. Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée au sujet de la violation de l'article 7 de la *Charte*, lequel donne à l'appelant droit à une

¹ Voici le libellé du paragraphe 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.

in my view, to deal with the *Charter* argument advanced under paragraph 11(d) since any infringement of *Charter* rights brings subsection 24(1) into play. Insofar as the appellant's argument as set out in his memorandum of fact and law concerning absence of the intent necessary for a conviction is concerned, I am not persuaded that this ground of appeal is sustainable on this record.

HALL J.: I agree.

MALONE J.: I agree.

réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire à mon avis que je me prononce sur l'argument tiré de l'alinéa 11(d) de la *Charte*, étant donné que toute atteinte aux droits ^a protégés par la *Charte* donne lieu à l'application du paragraphe 24(1). En ce qui concerne l'argument par lequel l'appelant a allégué, dans son exposé des faits et du droit, qu'il n'avait pas l'intention nécessaire pour être condamné, je ne suis ^b pas convaincu que ce moyen d'appel soit défendable dans le présent dossier.

LE JUGE HALL: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MALONE: Je souscris à ces motifs.