

Donald Eugene Lyons

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

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

INDEXED AS: R. v. LYONS

File No.: CMAC 349

Heard: Vancouver, British Columbia, 14 December, 1992

Judgment: Ottawa, Ontario, 3 February, 1993

Present: Mahoney C.J., Rutherford and Malone J.J.A.

On appeal from a sentence by a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Portage La Prairie, Manitoba, on 10 March, 1992.

National Defence Act, paragraph 140(f) — Included punishment of automatic reduction in rank — Whether contrary to Charter, sections 12 and 15, or Canadian Bill of Rights, paragraph 2(e) — Definition of "Federal Board, Commission or other Tribunal" in the Federal Court Act includes the Court Martial Appeal Court — Federal Court Act section 57 requires notice to attorneys general of constitutional question — No notice given — Court refused to rule on Charter questions — Canadian Bill of Rights paragraph 2(e) not contravened by automatic inclusion of reduction in rank.

The appellant was convicted on three charges of fraud and one charge of obstructing justice. He was sentenced to imprisonment for one month, which sentence was immediately suspended. Pursuant to the *National Defence Act*, paragraph 140(f), punishment of reduction in rank was automatically included in the sentence. The appellant, who was a Master Warrant Officer with over 28 years of service, was reduced in rank to Private. He alleged that the sentence was illegal because paragraph 140(f) offends sections 12 and 15 of the *Charter* and paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. Alternatively, the appellant submitted that the sentence was too severe.

Held: Appeal dismissed.

The appellant's *Charter* arguments imply a conclusion that paragraph 140(f) is unconstitutional. The Court Martial Appeal

Donald Eugene Lyons

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

a c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

b

RÉPERTORIÉ : R. c. LYONS

N° du greffe : CACM 349

c Audience : Vancouver (Colombie-Britannique), le 14 décembre 1992

Jugement : Ottawa (Ontario), le 3 février 1993

d

Devant : le juge en chef Mahoney et les juges Rutherford et Malone, J.C.A.

e En appel d'une sentence prononcée par une cour martiale permanente siégeant à la base des Forces canadiennes de Portage La Prairie (Manitoba), le 10 mars 1992.

Loi sur la défense nationale, alinéa 140f) — Peine incluse de rétrogradation — Y a-t-il contravention aux articles 12 et 15 de la Charte ou à l'alinéa 2e) de la Déclaration canadienne des droits? — La définition d'«office fédéral» dans la Loi sur la Cour fédérale comprend la Cour d'appel des cours martiales — L'article 57 de la Loi sur la Cour fédérale exige de donner avis aux procureurs généraux relativement à l'examen d'une question constitutionnelle — Aucun avis n'avait été donné — Le tribunal a refusé de trancher les questions fondées sur la Charte — La rétrogradation automatique ne contrevient pas à l'alinéa 2e) de la Déclaration canadienne des droits.

L'appellant a été déclaré coupable relativement à trois accusations de fraude et à une accusation d'entrave à la justice. Il a été condamné à un mois d'emprisonnement, peine qui a été immédiatement suspendue. Conformément à l'alinéa 140f) de la *Loi sur la défense nationale*, la rétrogradation a automatiquement été incluse dans la peine. L'appellant, qui était adjudant-maître avec plus de 28 ans de service, a été rétrogradé au rang de soldat. Il soutient que la peine est illégale parce que l'alinéa 140f) contrevient aux articles 12 et 15 de la *Charte* et à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Subsidièrement, il soutient que la peine qui lui a été infligée était trop sévère.

Arrêt : L'appel est rejeté.

j Les arguments fondés sur la *Charte*, présentés par l'appellant, comportent une conclusion implicite que l'alinéa 140f) est

Court is a "federal board, commission or other tribunal" as defined by section 2 of the *Federal Court Act*. Accordingly, section 57 of the *Federal Court Act* and Rule 11.1 of the *Court Martial Appeal Rules* require notice of a constitutional question to be served on the appropriate attorneys general. In this case, no such notice was given. Accordingly, the Court refused to deal with the merits of the arguments on paragraph 140(f) based on sections 12 and 15 of the *Charter*.

The Court found that paragraph 140(f) did not deny the appellant a fair hearing as required by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. The appellant had every opportunity to be heard as to the implications of the included punishment.

The Court rejected the appellant's argument that the sentence was too severe. Although the sentence in the reduction of rank would result in a substantial financial penalty, the Court found that, on balance, the appellant was better off than a civilian employee convicted of the same offences.

COUNSEL:

Mel R. Hunt, for the appellant
Commander C.J. Price, for the respondent

STATUTES AND REGULATIONS CITED:

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III, s. 2(e)
Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B of the *Canada Act 1982 (U.K.)*, 1982, c. 11, ss. 12, 15, 24
Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. C-17, ss. 15(1)(b), 25(1)
Constitution Act, 1982, Schedule B of the *Canada Act 1982 (U.K.)*, 1982, c. 11, s. 52
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 139
Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. S.C. 1990, c. 8, s. 1), 57 (as am. S.C. 1990, c. 8, s. 19)
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 2, 73 to 128, 130, 140(f) (as amended R.S.C. 1985, c. 31 (1st Suppl.), s.60 (Sch. I s. 39)), 148, 240, 240 (as am. S.C. 1991, c. 43, s. 26), 240.1 (added S.C. 1991, c. 43, s. 26)
Court Martial Appeal Rules, SOR/86-959, r. 11.1 (added SOR/91-162)
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision), art. 204.30, 204.40

inconstitutionnel. La Cour d'appel de la cour martiale est un «office fédéral» au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. En conséquence, en vertu de l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la règle 11.1 des *Règles de la Cour d'appel des cours martiales*, un avis relativement à l'examen d'une question constitutionnelle doit être signifié aux procureurs généraux appropriés. En l'espèce, aucun avis n'a été donné. La Cour a refusé d'examiner le bien-fondé des arguments relatifs à l'alinéa 140(f), par rapport aux articles 12 et 15 de la *Charte*.

La Cour a conclu que l'alinéa 140(f) ne privait pas l'appellant du droit à une audition impartiale conformément à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. L'appellant a pu se faire entendre relativement aux répercussions de la peine incluse.

La Cour a rejeté l'argument de l'appellant relativement à la sévérité de la peine. Même si la rétrogradation entraînait une perte financière importante, la Cour a conclu que, dans l'ensemble, l'appellant se trouvait en meilleure position qu'un employé civil déclaré coupable des mêmes infractions.

AVOCATS:

Mel R. Hunt, pour l'appellant
Commander C.J. Price, pour l'intimée

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS :

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, chap. 11, art. 12, 15, 24
Code criminel, L.R.C. 1985, chap. C-46, art. 139
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, App. III, art. 2e)
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 52
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, chap. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, chap. 8, art. 1), 57 (mod. par L.C. 1990, chap. 8, art. 19)
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 2, 73 à 128, 130, 140(f) (mod. par L.R.C. 1985, chap. 31 (1^{er} suppl.), art. 60, (ann. I, art. 39)), 148, 240, 240 (mod. par L.C. 1991, chap. 43, art. 26), 240.1 (ajouté L.C. 1991, chap. 43, art. 26)
Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. 1985, chap. C-17, art. 15(1)b), 25(1)
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces armées canadiennes (révision 1968), art. 204.30, 204.40

Règles de la Cour d'appel des cours martiales, DORS/86-959, r. 11.1 (ajouté DORS/91-162)

CASE CITED:

R. v. Matthews (1993), 5 C.M.A.R. 140

The following are the reasons for judgment delivered in English by

MAHONEY C.J.: This is an appeal in respect of the legality and severity of a sentence. The appellant's pleas of guilty to seven charges were duly accepted by a Standing Court Martial. Charges two, four and six were alternative to charges one, three and five. A conviction was entered in respect of charges one, three, five and seven and the remaining charges were stayed. Charges one, three and five all alleged "an act of a fraudulent nature not particularly specified in sections 73 to 128 of the *National Defence Act*."¹ Those charges arose, respectively, out of the following occurrences while the appellant was Base Electrical Mechanical Engineering Officer at CFB Portage la Prairie. He was the senior N.C.O in charge of vehicle maintenance and had authority to issue purchase orders for goods and services to civilian suppliers.

Charge one: In April, 1991, a civilian supplier reupholstered the appellant's 1977 Pontiac LeMans. The appellant allocated the resulting invoice, in the amount of \$404.46, to a Department of National Defence vehicle and the invoice was paid by the Government of Canada.

Charge three: In November, 1991, the appellant directed a subordinate, Master Corporal Fugere, to order exhaust parts for the Pontiac LeMans using a Department of National Defence vehicle work order. The appellant arranged for payment of the \$340.13 invoice by the Government of Canada.

Charge five: In October, 1991, the appellant directed Master Corporal Fugere to order front axle dust boots for another personal vehicle, a 1982 Chevrolet Cavalier, using a Department of National

¹ R.S.C. 1985, c. N-5.

JURISPRUDENCE CITÉE :

R. c. Matthews (1993), 5 C.A.C.M. 140

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

LE JUGE EN CHEF MAHONEY : Il s'agit d'un appel concernant la légalité et la sévérité d'une sentence. Les plaidoyers de culpabilité qu'a déposés l'appelant à l'égard de sept accusations ont été dûment acceptés par une cour martiale permanente. Les accusations n^{os} deux, quatre et six étaient subsidiaires aux accusations n^{os} un, trois, et cinq. Une déclaration de culpabilité a été enregistrée à l'égard des accusations n^{os} un, trois, cinq et sept, un sursis ayant été ordonné à l'égard des autres accusations. On alléguait, aux accusations n^{os} un, trois et cinq, la perpétration d' [TRADUCTION] «un acte frauduleux non mentionné expressément aux articles 73 à 128 de la *Loi sur la défense nationale*»¹. Ces accusations résultent des faits suivants survenus alors que l'appelant était officier du génie électrique et mécanique à la base des Forces armées de Portage la Prairie. À titre de sous-officier supérieur responsable de l'entretien des véhicules, il avait le pouvoir de délivrer des ordres d'achat de biens et de services auprès de fournisseurs civils.

Accusation n^o 1 : en avril 1991, un fournisseur civil a procédé à un nouveau rembourrage de la Pontiac LeMans 1977 de l'appelant. Celui-ci a fait porter la facture, qui s'élevait à 404,46 \$, à un véhicule du ministère de la Défense nationale et c'est donc le gouvernement du Canada qui l'a acquittée.

Accusation n^o 3 : en novembre 1991, l'appelant a donné ordre à un subordonné, le caporal-chef Fugere, de commander des pièces de système d'échappement pour la Pontiac LeMans en se servant d'une autorisation de travail pour les véhicules du ministère de la Défense nationale.

Accusation n^o 5 : en octobre 1991, l'appelant a donné ordre au caporal-chef Fugere de commander des pare-poussière pour essieu avant pour un autre véhicule personnel, une Chevrolet Cavalier 1982,

¹ L.R.C. 1985, chap. N-5.

Defence vehicle work order. The parts were installed on the appellant's vehicle and payment for them in the amount of \$98.10 was made by the Government of Canada.

The seventh charge, under section 130 of the *Act* was obstructing justice contrary to section 139 of the *Criminal Code*. The circumstances as outlined by the prosecutor at trial follow.

On 27 November 1991 the military police executed a search warrant against the 1977 LeMans and questioned then Master Warrant Officer Lyons regarding events surrounding charges one and three. On the evening of 27 November 1991, Master Warrant Officer Lyons telephoned Sergeant Walton, who also worked in the vehicle maintenance section and Master Corporal Fugere at their homes and asked if they would drive into Portage with him for a coffee. They agreed and accepted a ride in Master Warrant Officer Lyons' vehicle. During the ride Master Warrant Officer Lyons said "We have to get our stories straight," after a moment, he then said "The exhaust parts could be explained as TQ4 training for Private Martin", which he knew was false.

A sentence of imprisonment for one month was imposed on March 10, 1992, and immediately suspended.² The *National Defence Act* provides:

140. The punishment of imprisonment for two years or more or imprisonment for less than two years is subject to the following conditions:

(f) in the case of a non-commissioned member above the rank of private, a sentence that includes a punishment of imprisonment for two years or more or imprisonment for less than two years shall be deemed to include a punishment of reduction in rank to the lowest rank to which under regulations the non-commissioned member can be reduced, whether or not the punishment of reduction in rank is specified in the sentence passed by the service tribunal;

At the time of his conviction the appellant, aged 47, was a master warrant officer with over 28 years' service. He was reduced in rank to private. The appellant submits that the sentence is illegal because paragraph 140(f) of the *National Defence Act* offends sections 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and paragraph 2(e) of the *Canadian*

² Section 148 of the *Act* requires that only one sentence be imposed in respect of all charges.

toujours en se servant d'une autorisation de travail pour les véhicules du ministère de la Défense nationale. Les pièces ont été installées sur le véhicule de l'appelant et le gouvernement du Canada a payé la facture s'élevant à 98,10 \$.

La septième accusation, portée en vertu de l'article 130 de la *Loi*, consistait en une entrave à la justice, en violation de l'article 139 du *Code criminel*. Voici, à cet égard, les explications que la poursuite a fournies au procès :

[TRADUCTION] Le 27 novembre 1991, la police militaire a, en exécution d'un mandat, procédé à la perquisition de la LeMans 1977 et a interrogé l'adjum Lyons sur les événements entourant les accusations un et trois. Dans la soirée du 27 novembre 1991, l'adjum Lyons a téléphoné, chez eux, au sgt Walton, également au service de l'entretien des véhicules, ainsi qu'au cplc Fugere, leur demandant s'ils viendraient prendre un café avec lui à Portage. Ils ont accepté et sont montés dans la voiture de l'adjum Lyons. Alors qu'ils faisaient route, l'adjum Lyons a dit : «Il faut accorder nos violons», et il a ajouté après un moment : «On pourrait expliqué que les pièces de système d'échappement devaient servir à la formation TQ4 du sdt Martin», ce qu'il savait être faux.

Une peine d'emprisonnement d'un mois a été imposée le 10 mars 1992 et la suspension en a été immédiatement ordonnée². La *Loi sur la défense nationale* dispose :

140. Toute peine d'emprisonnement est assujettie aux conditions suivantes :

f) la condamnation d'un militaire du rang — autre qu'un soldat — à une peine d'emprisonnement quelconque entraîne sa rétrogradation jusqu'au grade le plus bas auquel les règlements permettent de le faire reculer, que cette peine soit ou non expressément mentionnée dans la sentence rendue par le tribunal militaire;

Au moment de sa condamnation, l'appelant, âgé de 47 ans, était adjudant-maître et avait plus de 28 années de service. Il a été rétrogradé au rang de soldat. L'appelant fait valoir que la sentence est illégale parce que l'alinéa 140f) de la *Loi sur la défense nationale* contrevient aux articles 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi qu'à

² Aux termes de l'article 148 de la *Loi*, il ne peut y avoir qu'une seule sentence pour toutes les accusations.

Bill of Rights and that the sentence is not fit in all the circumstances.

ILLEGALITY OF SENTENCE

The jurisdiction of the Court as to remedy upon finding a sentence illegal was changed by recent amendment.³ The *Act* previously provided:

240. (1) On 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 213, substitute for the punishment imposed by the court martial such new punishment or punishments as the Minister or that other authority considers appropriate and every punishment comprised in the sentence passed by the court martial thereupon ceases to have effect.

(2) Section 214 applies to the new punishment or punishments substituted under this section.

It now provides:

240. On the hearing of an appeal respecting the legality of a sentence imposed by a court martial, the Court Martial Appeal Court, if it allows the appeal, may, subject to section 213, substitute for the sentence imposed by the court martial a sentence that is warranted in law.

Section 24 of the *Charter* is also in play.

a. Charter of Rights

The appellant does not expressly ask for a declaration that paragraph 140(f) is invalid, inapplicable or inoperative but rather an order quashing the sentence or, alternatively, quashing the included punishment of reduction in rank. To the extent that the appellant relies on the *Charter* for either result, it seems to me that such an order would imply a conclusion that paragraph 140(f) is unconstitutional, if not entirely then in the particular circumstances, and, indeed, those were the arguments.

Section 57 of the *Federal Court Act*⁴ provides:

(1) Where the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of any

³ S.C. 1991, c. 43, s. 26.

⁴ S.C. 1990, c. 8, s. 19.

l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, et qu'elle n'est pas juste eu égard à toutes les circonstances.

a. ILLÉGALITÉ DE LA SENTENCE

On a modifié récemment la compétence de la Cour quant aux réparations qu'elle peut accorder lorsqu'elle conclut à l'illégalité d'une sentence³. Le texte antérieur de la *Loi* prévoyait ce qui suit :

240. (1) Si elle fait droit à un appel concernant la légalité d'une sentence rendue par la cour martiale, la Cour d'appel de la cour martiale défère sans délai l'affaire au ministre, ou à l'autorité déléguée par celui-ci à cet effet, qui, sous réserve de l'article 213, substitue à la peine infligée la nouvelle peine, simple ou multiple, jugée appropriée. La substitution rend immédiatement nulle toutes les peines qui comporte la sentence prononcée par la cour martiale.

(2) L'article 214 s'applique à la nouvelle peine.

Il dispose maintenant :

240. Si elle fait droit à un appel concernant la légalité d'une sentence infligée par la cour martiale, la Cour d'appel de la cour martiale peut, sous réserve de l'article 213, substituer à la sentence infligée par la cour martiale la sentence qui est justifiée en droit.

L'article 24 de la *Charte* est également en cause.

a. Charte des droits

L'appellant ne demande pas expressément à la Cour de déclarer l'alinéa 140(f) invalide, inapplicable ou sans effet; il lui demande plutôt de prononcer une ordonnance cassant la sentence ou, subsidiairement, annulant la peine de rétrogradation qui y est comprise. Dans la mesure où, dans les deux cas, l'appellant s'appuie sur la *Charte*, il me semble qu'une telle ordonnance supposerait une déclaration quant à l'inconstitutionnalité de l'alinéa 140(f), sinon dans sa totalité, du moins eu égard aux circonstances de l'espèce. Ces arguments ont de fait été soulevés.

L'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*⁴ est ainsi conçu :

(1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan

³ L.C. 1991, chap. 43, art. 26.

⁴ L.C. 1990, chap. 8, art. 19.

province, or of regulations thereunder, is in question before the Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be adjudged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

(2) Except where otherwise ordered by the Court or the federal board, commission or other tribunal, the notice referred to in subsection (1) shall be served at least ten days before the day on which the constitutional question described in that subsection is to be argued.

This Court is not a "service tribunal" within the meaning of section 2 of the *National Defence Act* but it is a "federal board, commission or other tribunal" as defined by section 2 of the *Federal Court Act*.⁵ Rule 11.1 of the *Court Martial Appeal Rules*⁶ provides the procedure for observation of the requirements of section 57.

RULE 11.1 (1) Where a question in respect of the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of any province or territory or of regulations thereunder is put in issue in an appeal, argument shall not be heard on that question nor shall the question be dealt with by the Court on disposition of the appeal unless subsection (2) has been complied with.

(2) The party who has put a constitutional question in issue in an appeal shall serve notice thereof, in the form set out in Schedule V and in the manner specified in Rule 23, on the Attorney General of Canada and on the attorney general of each province and territory and shall file proof of service thereof at least ten days before the date set for the commencement of the hearing of the appeal.

The required notice was not served on the various attorneys general.

This matter was not raised by the respondent but was raised by the Court during the hearing. The

⁵ "service tribunal" means a court martial or a person presiding at a summary trial;

"federal board, commission or other tribunal" means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

⁶ SOR/91-162.

constitutionnel, est en cause devant la Cour ou un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n'aient été avisés conformément au paragraphe (2).

(2) L'avis est, sauf ordonnance contraire de la Cour ou de l'office fédéral en cause, signifié au moins dix jours avant la date à laquelle la question constitutionnelle qui en fait l'objet doit être débattue.

Cette Cour n'est pas un «tribunal militaire» au sens de l'article 2 de la *Loi sur la défense nationale*, mais un «office fédéral» au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*⁵. La règle 11.1 des *Règles de la Cour d'appel des cours martiales*⁶ prescrit la procédure à suivre pour se conformer aux exigences de l'article 57 :

RÈGLE 11.1 (1) Lorsque la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, d'une loi fédérale, provinciale ou territoriale, ou de l'un de ses textes d'application, est soulevé au cours d'un appel, la Cour ne peut entendre d'arguments sur la question ni la trancher au moment où elle statue sur l'appel que si le paragraphe (2) a été respecté.

(2) La partie qui a soulevé la question constitutionnelle doit en donner avis, en la forme prévue à l'annexe V et de la manière précisée à la règle 23, au procureur général du Canada et aux procureurs généraux des provinces et des territoires et doit déposer une preuve de signification de l'avis au moins dix jours avant la date prévue pour le début de l'audience.

Or, l'avis requis n'a pas été signifié aux procureurs généraux.

L'intimée n'a pas soulevée cette question, mais la Cour l'a fait lors de l'audience. L'intimée n'était pas,

⁵ «tribunal militaire» Cour martiale ou personne présidant un procès sommaire.

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant exercant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁶ DORS/91-162.

respondent was not, in this appeal, and is not ordinarily in proceedings in this Court, represented by the Attorney General of Canada. One may well wonder why Parliament did not consider counsel for the Minister of National Defence at least as apt as the Attorney General of Canada to uphold, in this Court, the constitutionality of provisions of the *National Defence Act* and why a provincial attorney general would have any interest at all in such a question. At best, section 57 creates a procedural obstacle to an appellant convicted of an offence under the Code of Service Discipline seeking a remedy accorded by section 24 of the *Charter*. At worst, it may be an obstacle to the application of section 52 of the *Constitution Act, 1982*. It is an obstacle not shared by an appellant convicted of a like offence under the *Criminal Code*. That said, it seems to me that it would be inappropriate for the Court to treat section 57 itself as inapplicable by ignoring it when the attorneys general have not been afforded an opportunity to be heard on the matter.

In view of the appellant's failure to notify the attorneys general of his intention to raise them, I propose not to deal with the merits of the attacks on paragraph 140(f) based on sections 12 and 15 of the *Charter*.

b. Bill of Rights

The appellant says that application of paragraph 140(f) denied him fair hearing provided by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

2. . . . no law of Canada shall be construed or applied so as to

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

The submission was that automatic inclusion of reduction in rank in the sentence, even though suspended, denied the appellant the right to be heard concerning the fitness or otherwise of the included punishment. The submission is simply not nourished by the facts.

dans le présent appel, comme elle ne l'est pas habituellement devant cette Cour, représentée par le procureur général du Canada. Certes, on peut se demander pourquoi le législateur ne considère pas l'avocat du ministre de la Défense nationale à tout le moins aussi apte que le procureur général du Canada pour soutenir, en cette Cour, la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, et quel intérêt le procureur général d'une province aurait à faire valoir à l'égard d'une question de cette nature. Au mieux, l'article 57 impose à l'appellant déclaré coupable d'une infraction au Code de discipline militaire et demandant réparation en vertu de l'article 24 de la *Charte* un obstacle d'ordre procédural. Au pire, cela peut constituer un obstacle à l'application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Or c'est un obstacle auquel n'a pas à faire face l'appellant déclaré coupable d'une infraction similaire sous le régime du *Code criminel*. Cela dit, il me semble qu'il ne convient pas que la Cour, ignorant l'article 57, fasse comme s'il était lui-même inapplicable, lorsque les procureurs généraux n'ont pas eu la possibilité de se faire entendre à ce sujet.

Vu le défaut de l'appellant d'aviser les procureurs généraux de son intention d'attaquer l'alinéa 140(f) en se fondant sur les articles 12 et 15 de la *Charte*, je m'abstiendrai de trancher cette question.

b. Déclaration des droits

L'appellant prétend que l'application de l'alinéa 140(f) a pour effet de le priver du droit à une audition impartiale garanti par l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, dont voici la teneur :

2. . . . nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

Selon l'appellant, l'inclusion automatique de la rétrogradation dans la sentence, même suspendue, l'a privé de son droit d'être entendu au sujet de la justice ou d'un autre aspect de cette peine. Cet argument n'est toutefois aucunement étayé par les faits.

The included punishment was a matter of law deemed to be known to the appellant and certainly known to his legally qualified defending officer. After the guilty pleas were accepted and the convictions entered, the appellant was given, and did take, ^a the opportunity to testify himself, to call witnesses and to make submissions as to sentence. He could have dealt with the implications of the included punishment for him. He could have raised his constitutional objections. The appellant cannot be said to ^b have been denied a fair hearing in that respect.

SEVERITY OF SENTENCE

The appellant also submits that the sentence was not fit in all the circumstances. This and an appeal heard consecutively with it⁷ are the first heard by this Court since it was given jurisdiction to hear appeals in respect of severity of sentence.⁸

^e 240.1 On the hearing of an appeal respecting the severity of a sentence, the Court Martial Appeal Court shall consider the fitness of the sentence and, if it allows the appeal, may, on such evidence as it thinks fit to require or receive, substitute for the sentence imposed by the court martial a sentence that is warranted in law.

Prior to that provision coming into force, appeals as to severity of sentence were dealt with by an administrative process.

^f The basic monthly rate of pay for a master warrant officer after March, 1992, is \$4,282.⁹ The basic monthly rate for a private is \$1,262. The appellant had been promoted to corporal before his appeal was heard. The basic monthly rate for a corporal is ^g \$2,731. If he continues to be promoted after holding successive ranks for the usual periods, he will not regain the rank of master warrant officer before he retires. Assuming such promotion and on the basis of current rates of pay, it is estimated that he will be ^h paid some \$115,000 less than had he remained a master warrant officer until retirement. The severance pay to which a member of the Canadian Armed

La peine comprise dans la sentence était une question de droit censée connue de l'appellant et assurément aussi de son défenseur, un officier dûment qualifié. Après acceptation des plaidoyers et inscription ^a des déclarations de culpabilité, l'appellant s'est prévalu de la possibilité qui lui était offerte de témoigner lui-même, d'appeler des témoins et de présenter des observations sur la sentence. Il aurait pu alors traiter des conséquences que pouvait entraîner pour lui la ^b peine comprise dans la sentence. Il aurait également pu soulever ses objections d'ordre constitutionnel. À cet égard, l'appellant ne saurait donc prétendre avoir été privé d'une audition impartiale.

SÉVÉRITÉ DE LA SENTENCE

L'appellant fait également valoir que la sentence n'était pas juste eu égard à toutes les circonstances. ^d Le présent appel, ainsi qu'un appel entendu consécutivement⁷, sont les premiers dont cette Cour est saisie depuis que l'article 240.1⁸ lui a conféré compétence sur les appels portés à l'encontre de la sévérité d'une sentence. Cet article dispose :

^e 240.1 Si elle fait droit à un appel concernant la sévérité de la sentence, la Cour d'appel de la cour martiale considère la justice de la sentence et peut, d'après la preuve qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir, substituer à la sentence infligée par la cour martiale la sentence qui est justifiée en droit.

Avant l'entrée en vigueur de cette disposition, les appels concernant la sévérité d'un sentence faisaient l'objet d'un examen par voie administrative.

^g Depuis mars 1992, le tarif mensuel de base de la solde d'un adjudant-maître est de 4 282 \$⁹, et celui d'un soldat, de 1 262 \$. L'appellant avait été promu caporal avant l'audition de son appel. Le tarif mensuel de base d'un caporal est de 2 731 \$. S'il continue à être promu ainsi, au rythme habituel, il ne pourra pas reprendre son rang d'adjudant-maître avant ^h d'avoir atteint l'âge de la retraite. En présumant qu'il recevrait effectivement ces promotions et compte tenu du niveau de solde actuel, il gagnerait, selon les estimations, environ 115 000 \$ de moins que s'il était demeuré adjudant-maître jusqu'à sa retraite. L'indemnité de départ à laquelle un membre des Forces

⁷ R. v. *Mathews*, 5 C.M.A.R. 140.

⁸ S.C. 1991, c. 43, s. 26.

⁹ Q.R.&O., article 204.30.

⁷ R. c. *Mathews*, 5 C.A.C.M. 140.

⁸ L.C. 1991, chap. 43, art. 26.

⁹ O.R.F.C., article 204.30.

Forces is entitled on retirement is calculated on a formula based on the "monthly rate of pay on date of release."¹⁰ Since he will not have regained the rank of master warrant officer, the appellant will suffer a further financial penalty on retirement as a result of his sentence. The amount of pension payable to the appellant upon retirement or to his widow and children depends directly on the member's average annual pay "during any six-year period of pensionable service selected by or on behalf of the contributor."¹¹ It is to be assumed that the highest paid six-year period will be elected and that may, of course, include the period he was a master warrant officer but again, it is certain that the appellant and/or his survivors will suffer a further financial penalty as a result of the sentence since he will not receive the increments in master warrant officer rates of pay.

I think it fair to infer that, by imposing and suspending the one month sentence, the trial judge really intended to impose the reduction in rank. The question is whether, in the circumstances, that was so severe as not to be a fit sentence.

Had these offences been committed by a civilian employee, that employee would be subject to discharge for cause. That would be the employer's choice but, if taken, would be unexceptionable given the nature of the offences. The employee would, as the appellant, be entitled to vested pension benefits. Unlike the appellant, the civilian would lose all entitlement to severance pay, promotion or pay increments attached to that employment. It is true that these losses would not be implicit in the sentence imposed on the civilian but they would be a direct result of the commission of the offences.

It is, in my opinion, unnecessary to reflect on whether, in circumstances of the military, the particular offences might warrant more serious regard than in civilian circumstances. On balance the appellant is better off than his civilian counterpart. He still has a

armées canadiennes a droit à la retraite est calculée suivant une formule basée sur le «tarif mensuel de solde à la libération»¹⁰. Étant donné qu'il n'aura pas retrouver le rang d'adjudant-maître, l'appelant subira à ce moment, du fait de la sentence, une nouvelle pénalité financière. La pension alors payable à l'appelant ou à sa veuve et à ses enfants est en effet directement fonction de sa solde annuelle moyenne «au cours de toute période de six ans de service ouvrant droit à pension choisie par le contributeur, ou pour son compte»¹¹. La période choisie sera, convenons-en, celle où le salaire reçu était le plus élevé, ce qui pourrait naturellement comprendre la période pendant laquelle l'appelant était adjudant-maître. Encore là, il est certain que l'appelant ou ses survivants encourront, du fait de la sentence, une nouvelle pénalité financière puisqu'il n'aura pas reçu les augmentations salariales d'un adjudant-maître.

J'estime qu'il est juste de conclure qu'en imposant une sentence suspendue d'un mois d'emprisonnement, le juge qui présidait le procès entendait réellement imposer la rétrogradation. La question est de savoir si, dans les circonstances, cette sentence est d'une sévérité telle que cela la rend injuste.

Si les infractions en cause avaient été commises par un employé civil, son employeur aurait pu, à son gré, le congédier pour cause. Cette mesure n'aurait rien eu d'exceptionnel, vu la nature des infractions. L'employé aurait, comme l'appelant, des droits acquis à des prestations de retraite. À la différence de l'appelant toutefois, l'employé civil perdrait tout droit à une indemnité de départ, aux promotions ou aux augmentations de salaires afférentes à cet emploi. Ces pertes, il est vrai, ne seraient pas implicites dans la sentence qui lui serait imposée mais elles n'en seraient pas moins le résultat direct de la perpétration des infractions.

À mon avis, il n'est pas nécessaire de s'interroger pour savoir si, dans la vie militaire, les infractions en cause devraient être jugées plus sévèrement que dans la vie civile. À tout prendre, l'appelant est dans une meilleure situation que son collègue civil. Il a, quant

¹⁰ *O.R.&O.*, article 204.40.

¹¹ Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. C-17, ss. 15(1)(b), 25(1).

¹⁰ *O.R.F.C.*, article 204.40.

¹¹ Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. (1985), chap. C-17, al. 15(1)b, par. 25(1).

job. I am unable to conclude that the sentence was not fit in the circumstances.

CONCLUSION

I would dismiss the appeal.

RUTHERFORD J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

à lui, toujours un emploi. Dans les circonstances, je ne puis conclure que la sentence n'était pas juste.

CONCLUSION

^a Je suis d'avis de rejeter l'appel.

LE JUGE RUTHERFORD, J.C.A. : J'y souscris,

LE JUGE MALONE, J.C.A. : J'y souscris.