

T-1028-94

T-1028-94

Attorney General of Canada (Applicant)**Procureur général du Canada (requérant)**

v.

c.

James Russell Lambie and Canadian Human Rights Commission (Respondents)**a James Russell Lambie et Commission canadienne des droits de la personne (intimés)***INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. LAMBIE (T.D.)**b RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. LAMBIE (1^{re} INST.)*

Trial Division, Rothstein J.—Ottawa, November 23 and December 2, 1994.

Section de première instance, juge Rothstein—Ottawa, 23 novembre et 2 décembre 1994.

Human rights — Application for judicial review of Human Rights Review Tribunal decision to allow complainant to call new evidence upon appeal — Canadian Human Rights Act, s. 56(4) giving Review Tribunal broad discretion to admit additional evidence if considering it “essential in the interests of justice” — Tribunal addressing whether evidence essential as allowing but 2 out of proposed 11 witnesses to testify — S. 56(4) not containing criteria for exercise of discretion — Guidelines for exercise of discretion — After finding evidence relevant, credible, affecting result, correctly holding greater latitude in application of requirement evidence not be admitted if, by “due diligence,” could have been adduced at trial.

c Droits de la personne — Demande de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle un tribunal d’appel des droits de la personne a permis au plaignant de faire entendre de nouveaux témoins en appel — L’art. 56(4) de la Loi canadienne sur les droits de la personne confère au tribunal d’appel un vaste pouvoir discrétionnaire qui lui permet de recevoir de nouveaux éléments de preuve s’il estime que leur réception est «indispensable à la bonne administration de la justice» — Le tribunal s’est demandé s’il était indispensable d’entendre les nouveaux témoignages, étant donné qu’il n’a accepté d’entendre que deux des onze témoins proposés — L’art. 56(4) ne prévoit pas de critères en ce qui concerne l’exercice du pouvoir discrétionnaire — Lignes directrices en ce qui concerne l’exercice du pouvoir discrétionnaire — Après avoir conclu que la preuve est pertinente et plausible et qu’elle influera sur le résultat, le tribunal a eu raison de statuer qu’il disposait d’une plus grande latitude dans l’application du critère suivant lequel une preuve ne doit pas être admise si elle aurait pu être produite au procès si l’on avait fait preuve de «diligence raisonnable».

Evidence — Application for judicial review of Human Rights Review Tribunal decision to hear new evidence upon appeal — Canadian Human Rights Act, s. 56(4) giving Review Tribunal broad discretion to admit additional evidence if of opinion “essential in the interests of justice” — Principles set out by S.C.C. in Palmer et al. v. The Queen guidelines for exercise of discretion — More latitude in application of due diligence test than other principles — No error in deciding to hear new evidence based on unsworn information provided credible — Canadian Human Rights Act requiring credibility determination be based partly on transcript, partly on viva voce evidence — “Will-say” statements herein sufficient for credibility determination — Admission of evidence not final determination of credibility as can be rejected after cross-examination.

d e f g h i j *Preuve — Demande de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle un tribunal d’appel des droits de la personne a permis au plaignant de faire entendre de nouveaux témoins en appel — L’art. 56(4) de la Loi canadienne sur les droits de la personne confère au tribunal d’appel un vaste pouvoir discrétionnaire qui lui permet de recevoir de nouveaux éléments de preuve s’il estime que leur réception est «indispensable à la bonne administration de la justice» — Les principes posés par la Cour suprême dans l’arrêt Palmer et autre c. La Reine servent de lignes directrices en ce qui concerne l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire — Il y a une plus grande latitude en ce qui concerne l’application du critère de la diligence raisonnable qu’en ce qui concerne les autres critères — Le tribunal n’a pas commis d’erreur en décidant d’entendre de nouveaux témoignages sur le fondement de renseignements non communiqués sous serment à condition qu’ils soient crédibles — La Loi canadienne sur les droits de la personne exige que la décision relative à la crédibilité soit fondée en partie sur la transcription, en partie sur les témoignages — Les déclarations d’«intention de déclarer» faites en l’espèce ne sont pas suffisantes pour permettre de rendre une décision sur la crédibilité — L’admission d’une preuve ne constitue pas une décision définitive sur la crédibilité, étant donné qu’elle peut être rejetée après le contre-interrogatoire.*

This was an application for judicial review of a Human Rights Review Tribunal decision to allow respondent, Lambie, to call two new witnesses upon an appeal following the dismissal of his complaint that the Canadian Armed Forces (CAF) had discriminated against him by denying a promotion and appointment as Base Commander because of his marital status. Respondent was in a common law relationship while awaiting divorce. Lt.-Col. Lambie sought to call 11 more witnesses, but the Review Tribunal ruled that he might call two secretaries said to have overheard conversations between Generals in which concern was expressed about promoting Lambie because of his marital status. There was no indication as to what efforts had been made by counsel then acting to discover the evidence or why it was not available before the original hearing, but there was some suggestion that counsel had not adequately fulfilled his professional responsibility. The Review Tribunal determined that the CAF would be allowed to present rebuttal evidence.

Canadian Human Rights Act, subsection 56(4) permits a Review Tribunal to admit additional evidence or testimony "if in its opinion it is essential in the interests of justice to do so."

The Review Tribunal considered the principles formulated by the Supreme Court of Canada in *Palmer et al. v. The Queen* for the admission of new evidence on appeal: (1) the evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial, provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases; (2) the evidence must be relevant; (3) it must be credible, and (4) it must be expected to have affected the result. That the Review Tribunal allowed but two of the eleven additional witnesses requested indicated that it decided that their evidence was essential. The Tribunal held that the evidence of these two witnesses was relevant, credible on its face and, if believed, could affect the result. It further held that there was latitude in a human rights case to relax the due diligence requirement if the other principles were met.

The applicant's counsel argued that there was no evidence of due diligence, that the Review Tribunal had erred in considering the alleged apparent negligence of counsel and in holding that in human rights cases there is latitude to relax the due diligence requirement if the other principles are met. He also argued that the Review Tribunal did not properly address the credibility requirement of the *Palmer* rules in that the Tribunal did not require sworn statements by the potential witnesses, but relied on summary statements of what the witnesses would say if called to testify.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un tribunal d'appel des droits de la personne a permis à l'intimé, Lambie, de faire entendre deux nouveaux témoins lors de l'appel interjeté à la suite du rejet de la plainte par laquelle il affirmait avoir fait l'objet de discrimination de la part des Forces canadiennes qui lui avaient refusé une promotion et une nomination en raison de son état matrimonial. L'intimé vivait en concubinage et était en instance de divorce. Le lieutenant-colonel Lambie voulait faire entendre onze autres témoins, mais le tribunal d'appel a statué qu'il pouvait citer deux secrétaires qui auraient surpris des conversations entre des généraux qui auraient exprimé des réserves au sujet de la promotion de Lambie à cause de son état matrimonial. Il n'y a aucun indice au sujet des démarches que l'avocat qui occupait alors pour l'intimé aurait entreprises pour découvrir les éléments de preuve ou au sujet de la raison pour laquelle ceux-ci n'étaient pas connus avant l'audience initiale, mais on a laissé entendre que l'avocat ne s'était pas acquitté convenablement de ses responsabilités professionnelles. Le tribunal d'appel a permis aux Forces canadiennes de présenter une contre-preuve.

Le paragraphe 56(4) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* permet au tribunal d'appel de recevoir de nouveaux éléments de preuve ou d'entendre de nouveaux témoignages «s'il l'estime indispensable à la bonne administration de la justice».

Le tribunal d'appel a examiné les principes formulés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Palmer et autre c. La Reine* au sujet de la réception de nouveaux éléments de preuve en appel: (1) on ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles; (2) la déposition doit être pertinente; (3) la déposition doit être plausible; (4) la déposition doit être telle qu'on puisse raisonnablement penser qu'elle aurait influé sur le résultat. Le fait que le tribunal d'appel a accepté d'entendre deux des onze nouveaux témoignages demandés indique qu'il a décidé que leur témoignage était indispensable. Le tribunal a statué que le témoignage de ces deux personnes était pertinent et plausible à première vue et que si l'on y ajoutait foi, il pouvait influencer sur le résultat. Il a en outre statué qu'en matière de droits de la personne, on peut assouplir le critère de la diligence raisonnable si les autres principes sont respectés.

L'avocat du requérant a soutenu que rien ne permettait de penser que l'intimé avait agi avec une diligence raisonnable. Il a affirmé que le tribunal d'appel avait commis une erreur en tenant compte de la prétendue négligence manifeste de l'avocat et en statuant qu'en matière de droits de la personne, on peut assouplir le critère de la diligence raisonnable si les autres principes sont respectés. Il a également soutenu que le tribunal d'appel n'avait pas bien abordé la condition relative à la crédibilité qui se trouve dans les principes dégagés dans l'arrêt *Palmer*, parce qu'il n'a pas demandé de déclarations sous serment des témoins potentiels et qu'il ne s'en est remis qu'à un résumé de ce que les témoins allaient dire s'ils étaient appelés à témoigner.

Held, the application should be dismissed.

Subsection 56(4) clothes the Review Tribunal with a broad discretion. It is entitled to formulate its own opinion as to whether additional evidence or testimony is essential in the interests of justice. The formulation of that opinion is the essence of a discretionary decision. The section does not contain criteria as to how the Review Tribunal is to decide whether additional evidence or testimony is essential in the interests of justice. The *Palmer* principles guide the Review Tribunal in the exercise of its discretion, but the words of the statute determine the nature of the Review Tribunal's decision.

The Review Tribunal did not err in relaxing the due diligence test, having satisfied itself that the other *Palmer* principles had been met. Unlike the other *Palmer* principles which are expressed in mandatory language, the due diligence requirement is worded somewhat less stringently. There appears to be a greater degree of latitude in the application of the due diligence principle than there is with respect to the other three. Further, it has been held that a court may, as a matter of discretion, overlook the "discoverable with reasonable diligence" requirement.

In a clear case of ineptness of counsel, the Federal Court of Appeal might refuse an application to admit new evidence on appeal. However, the discretionary decision in this case was that of the Review Tribunal, to exercise according to its perception of all the circumstances. It was not one with which the Court should interfere.

Nothing in *Palmer* indicates that a tribunal must base its decision on credibility only on sworn affidavits or on statements under oath. Human rights tribunals may receive information other than by affidavit or under oath. A Review Tribunal does not err if it decides to hear new evidence on the basis of unsworn information or "will-say" statements, as long as it concludes that the information is credible, in the sense that it is reasonably capable of that belief. Evidence which is vague and highly summarized may be insufficient to enable a Review Tribunal to determine whether it is credible. But here the "will-say" statements indicate the positions of the proposed witnesses, and why they would have the knowledge of the conversations of which they say they were aware. That a Review Tribunal decides to admit evidence does not mean that it has finally decided the question of the credibility of that evidence. The Tribunal can still reject the evidence after hearing direct and cross-examination if it concludes that the testimony is not credible. While a credibility determination based in part on a transcript and in part on *viva voce* evidence may well be difficult, it is the procedure required by the statute.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Le paragraphe 56(4) confère au tribunal d'appel un large pouvoir discrétionnaire. Il a le droit de se faire sa propre opinion sur la question de savoir s'il est indispensable à la bonne administration de la justice de recevoir de nouveaux éléments de preuve ou d'entendre de nouveaux témoignages. La formulation de cette opinion constitue l'essence même d'une décision discrétionnaire. L'article ne renferme aucun critère sur la façon dont le tribunal d'appel doit s'y prendre pour décider s'il est indispensable à la bonne administration de la justice de recevoir de nouveaux éléments de preuve ou d'entendre de nouveaux témoignages. Les principes posés dans l'arrêt *Palmer* guident le tribunal d'appel dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, mais ce sont les termes de la loi qui, d'abord et avant tout, déterminent la nature de la décision que le tribunal d'appel doit rendre.

Le tribunal d'appel n'a pas commis d'erreur en assouplissant le critère de la diligence raisonnable après s'être dit convaincu que les autres principes posés dans l'arrêt *Palmer* avaient été respectés. Contrairement aux autres principes de l'arrêt *Palmer*, qui sont formulés de manière impérative, le critère de la diligence raisonnable est libellé de façon un peu moins rigoureuse. Il semble qu'on puisse faire preuve d'une plus grande souplesse dans l'application du principe de la diligence raisonnable que dans celle des trois autres principes. De plus, il a été jugé qu'un tribunal judiciaire peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, passer outre à la condition relative à la «diligence raisonnable».

Dans un cas évident d'ineptie de la part de l'avocat, la Cour d'appel fédérale pourrait rejeter une demande d'admission de nouveaux éléments de preuve en appel. Toutefois, la décision discrétionnaire qui a été rendue en l'espèce était celle du tribunal d'appel, qui a exercé son pouvoir discrétionnaire selon sa perception de l'ensemble des circonstances. Ce n'est pas une décision que la Cour devrait modifier.

Il n'y a rien dans l'arrêt *Palmer* qui indique que le tribunal doit fonder sa décision sur la crédibilité uniquement sur des déclarations verbales ou écrites sous serment. Les tribunaux des droits de la personne peuvent recevoir des renseignements autrement que par déclaration verbale ou écrite sous serment. Un tribunal d'appel ne commet pas d'erreur s'il décide d'entendre de nouveaux témoignages sur le fondement de renseignements communiqués sous serment ou de déclarations «d'intention de déclarer», dès lors qu'il conclut que les renseignements sont plausibles, en ce sens qu'on peut raisonnablement y ajouter foi. Il se peut que les éléments de preuve qui sont vagues et qui sont présentés sous forme de résumé très abrégé soient insuffisants pour permettre à un tribunal d'appel de déterminer s'ils sont dignes de foi. Mais, en l'espèce, les déclarations d'«intention de déclarer» permettent de connaître la position des témoins proposés, ainsi que la raison pour laquelle ils seraient au courant des conversations qu'ils affirment avoir entendues. Le fait qu'un tribunal d'appel décide de recevoir des éléments de preuve ou d'entendre des témoignages ne signifie pas qu'il a tranché de façon définitive la question de leur crédibilité. Il est loisible au tribunal, après avoir entendu les témoignages directs et le contre-interroga-

The appellant would not be prejudiced. The Review Tribunal has said that it will allow rebuttal evidence, including the calling of new witnesses and the recalling of individuals who have already testified.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 50(2)(c), 56(4).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 683(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Palmer et al. v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 759; (1979), 106 D.L.R. (3d) 212; 50 C.C.C. (2d) 103; 14 C.R. (3d) 22 (Eng.); 17 C.R. (3d) 34 (Fr.); 30 N.R. 181; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M.(C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; (1994), 113 D.L.R. (4th) 321; 165 N.R. 161; 71 O.A.C. 81; 2 R.F.L. (4th) 313; *Lo v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1994] F.C.J. No. 1474 (C.A.) (QL).

CONSIDERED:

Goldner v. Canadian Broadcasting Corp. (1974), 13 C.P.R. (2d) 230; 1 N.R. 420 (F.C.A.); *Goldner v. Canadian Broadcasting Corp.* (1972), 7 C.P.R. (2d) 158 (F.C.T.D.); *Cook v. Mounce* (1979), 26 O.R. (2d) 129; 104 D.L.R. (3d) 635; 12 C.P.C. 5 (Div. Ct.).

APPLICATION for judicial review of a Human Rights Review Tribunal decision to allow applicant to call new evidence upon appeal. Application dismissed.

COUNSEL:

Jim R. Hendry for applicant.
Pascale-Sonia Roy for respondent James Russell Lambie.
Rosemary Morgan for respondent Canadian Human Rights Commission.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Myers Weinberg Kussin, Winnipeg, for respondent James Russell Lambie.

toire, de rejeter les témoignages en question s'il conclut qu'ils ne sont pas dignes de foi. Bien qu'il puisse être difficile de rendre une décision sur la crédibilité en se fondant en partie sur une transcription et en partie sur des témoignages, c'est la procédure que la loi prescrit de suivre.

a

L'appelant ne subirait aucun préjudice. Le tribunal d'appel a déclaré qu'il permettrait la présentation d'une contre-preuve, notamment par la convocation de nouveaux témoins et la nouvelle comparution de personnes qui avaient déjà témoigné.

b

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 683(1).
Loi canadienne des droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 50(2)c), 56(4).

c

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Palmer et autre c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 759; (1979), 106 D.L.R. (3d) 212; 50 C.C.C. (2d) 103; 14 C.R. (3d) 22 (angl.); 17 C.R. (3d) 34 (fr.); 30 N.R. 181; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M.(C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; (1994), 113 D.L.R. (4th) 321; 165 N.R. 161; 71 O.A.C. 81; 2 R.F.L. (4th) 313; *Lo c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1994] F.C.J. n° 1474 (C.A.) (QL).

e

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Goldner c. Société Radio-Canada (1974), 13 C.P.R. (2d) 230; 1 N.R. 420 (C.A.F.); *Goldner c. Société Radio-Canada* (1972), 7 C.P.R. (2d) 158 (C.F. 1^{re} inst.); *Cook v. Mounce* (1979), 26 O.R. (2d) 129; 104 D.L.R. (3d) 635; 12 C.P.C. 5 (Cour div.).

g

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un tribunal d'appel des droits de la personne a autorisé le requérant à faire entendre de nouveaux témoins en appel. Demande rejetée.

AVOCATS:

Jim R. Hendry pour le requérant.
Pascale-Sonia Roy pour l'intimé, James Russell Lambie.
Rosemary Morgan, pour l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne.

i

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
Myers Weinberg Kussin, Winnipeg, pour l'intimé James Russell Lambie.

j

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

La Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

ROTHSTEIN J.: This is a judicial review of a March 29, 1994, decision of a Human Rights Review Tribunal. On December 12, 1988, the respondent James Russell Lambie, at the time a Lieutenant-Colonel¹ in the Canadian Armed Forces, complained to the Canadian Human Rights Commission that the Canadian Armed Forces had discriminated against him by denying him a promotion to Colonel and an appointment as Base Commander because of his marital status. At the relevant time, the respondent was in the process of obtaining a divorce and was living in a common law relationship with another woman. A Human Rights Tribunal dismissed the complaint on March 10, 1993, finding that there was no inappropriate consideration of Lt.-Col. Lambie's marital status by the Canadian Armed Forces in denying his promotion and his appointment as Base Commander.

LE JUGE ROTHSTEIN: Il s'agit du contrôle judiciaire d'une décision rendue le 29 mars 1994 par un tribunal d'appel des droits de la personne. Le 12 décembre 1988, l'intimé James Russell Lambie, qui était à l'époque lieutenant-colonel¹ au sein des Forces canadiennes, a déposé devant la Commission canadienne des droits de la personne une plainte dans laquelle il affirmait avoir fait l'objet de discrimination de la part des Forces canadiennes, qui lui avaient refusé une promotion au rang de colonel et une nomination à titre de commandant d'une base en raison de son état matrimonial. À l'époque en cause, l'intimé était en instance de divorce et il vivait en concubinage avec une autre femme. Un tribunal des droits de la personne a rejeté la plainte de l'intimé le 10 mars 1993 en concluant que les Forces canadiennes n'avaient pas tenu compte irrégulièrement de l'état matrimonial du lieutenant-colonel Lambie pour lui refuser sa promotion et sa nomination à titre de commandant d'une base.

Lt.-Col. Lambie appealed to a Human Rights Review Tribunal. For the purposes of the appeal he wanted to call eleven more witnesses. (Seven witnesses had been called on his behalf before the original tribunal.) The Review Tribunal determined that it would allow Lt.-Col. Lambie to call two witnesses out of the eleven applied for and allow the Canadian Armed Forces to present rebuttal evidence.

Le lieutenant-colonel Lambie a interjeté appel devant un tribunal d'appel des droits de la personne. Il voulait, dans le cadre de cet appel, faire témoigner onze autres personnes (sept témoins avaient comparu pour son compte devant le tribunal de première instance). Le tribunal d'appel a décidé de permettre au lieutenant-colonel Lambie de faire entendre deux des onze témoins et il a autorisé les Forces canadiennes à présenter une contre-preuve.

The Attorney General of Canada, on behalf of the Canadian Armed Forces, now seeks judicial review of the Review Tribunal's decision to allow Lt.-Col. Lambie to call two new witnesses.

Le procureur général du Canada sollicite maintenant au nom des Forces canadiennes le contrôle judiciaire de la décision aux termes de laquelle le tribunal d'appel a autorisé le lieutenant-colonel Lambie à faire entendre deux nouveaux témoins.

The relevant provision of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the Act), is subsection 56(4):

La disposition pertinente de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi), est le paragraphe 56(4):

¹ Lt.-Col. Lambie's current rank or status was not indicated and in this decision he will be referred to as Lt.-Col Lambie.

¹ Le grade ou le statut actuel du lieutenant-colonel Lambie n'a pas été précisé et, dans la présente décision, il sera désigné sous le nom de lieutenant-colonel Lambie.

56. ...

(4) A Review Tribunal shall hear an appeal on the basis of the record of the Tribunal whose decision or order is appealed and of submissions of interested parties but the Review Tribunal may, if in its opinion it is essential in the interests of justice to do so, admit additional evidence or testimony.

In forming its opinion to admit the evidence of two new witnesses, the Review Tribunal had regard to the principles followed by courts when considering the admission of new evidence on appeal. As stated by McIntyre J. in *Palmer et al. v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at page 775:

The overriding consideration must be in the words of the enactment "the interests of justice" and it would not serve the interests of justice to permit any witness by simply repudiating or changing his trial evidence to reopen trials at will to the general detriment of the administration of justice. Applications of this nature have been frequent and courts of appeal in various provinces have pronounced upon them . . . From these and other cases, many of which are referred to in the above authorities, the following principles have emerged:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen*.
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. [Footnotes omitted.]

In the judicial review before me, counsel for the Attorney General argued that the *Palmer* principle of due diligence was improperly dealt with by the Review Tribunal. He said there was no evidence of due diligence on the part of the respondent or his counsel at all and further submitted that, to the extent the Review Tribunal took into account the alleged apparent negligence of counsel, it was wrong to do so. He further submitted that the Review Tribunal's finding, that in human rights cases there is latitude to relax the due diligence requirement if the other principles are met, was wrong in law.

56. ...

(4) Le tribunal d'appel entend l'appel en se basant sur le dossier du tribunal dont la décision ou l'ordonnance fait l'objet de l'appel et sur les observations des parties intéressées; mais il peut, s'il l'estime indispensable à la bonne administration de la justice, recevoir de nouveaux éléments de preuve ou entendre des témoignages.

Pour décider d'entendre le témoignage de deux nouvelles personnes, le tribunal d'appel a tenu compte des principes que suivent les tribunaux pour décider s'il y a lieu de recevoir de nouveaux éléments de preuve en appel. Ainsi que le juge McIntyre l'a déclaré dans l'arrêt *Palmer et autre c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, à la page 775:

On doit donner la prépondérance, dans cette disposition, à l'expression «l'intérêt de la justice» et il ne serait pas dans l'intérêt de la justice de permettre à un témoin, par la seule répudiation ou modification de ses dépositions au procès, de rouvrir des procès à volonté au détriment général de l'administration de la justice. Les demandes de cette nature sont fréquentes et les cours d'appel de diverses provinces se sont prononcées à leur égard . . . Les principes suivants se dégagent de ces arrêts et d'autres dont plusieurs sont cités dans la jurisprudence susmentionnée:

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles: voir *McMartin c. La Reine*.
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [Renvois omis.]

Dans le cadre du présent contrôle judiciaire, l'avocat du procureur général soutient que le tribunal d'appel a mal appliqué le principe de la diligence raisonnable posé dans l'arrêt *Palmer*. Il affirme qu'il n'y avait pas le moindre élément de preuve permettant de conclure que l'intimé ou son avocat avait agi avec une diligence raisonnable, et il soutient en outre que le tribunal d'appel a eu tort de tenir compte de la prétendue négligence manifeste de l'avocat. Il ajoute que le tribunal d'appel a commis une erreur de droit en concluant qu'en matière de droits de la personne, il est possible d'assouplir le critère de la diligence raisonnable si les autres principes sont respectés.

I think it is first necessary to look at the words of subsection 56(4) of the Act, which is the source of the Review Tribunal's jurisdiction to admit additional evidence or testimony. The important words are:

56. . . .

(4) . . . but the Review Tribunal may, if in its opinion it is essential in the interests of justice to do so, admit additional evidence or testimony.

These words clothe the Review Tribunal with a broad discretion. The Review Tribunal is entitled to formulate its own opinion as to whether additional evidence or testimony is essential in the interests of justice. The formulation of that opinion is the essence of a discretionary decision. The section itself contains no criteria as to how the Review Tribunal is to decide if additional evidence or testimony is essential in the interests of justice. The *Palmer* principles guide the Review Tribunal in the exercise of its discretion, but it is the words of the statute that, first and foremost, determine the nature of the decision to be made by the Review Tribunal.

Counsel for the applicant placed some emphasis on the word "essential." He said that having regard to this word, the test for admission of new evidence is stricter under these words than under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which employs the phrase "where it considers it in the interest of justice." (See subsection 683(1) of the *Criminal Code*.)

In this case, the respondent asked that eleven new witnesses be called to testify before the Review Tribunal. The Review Tribunal allowed only two witnesses. It is obvious that the Review Tribunal did not turn a blind eye to the question of whether the evidence was essential. With regard to the two witnesses whose evidence the Review Tribunal allowed, the Review Tribunal stated at pages 6 and 7:

The testimony of Ms. Verne Lewis-Thompson and Ms. Jacqueline-Deborah Robertson, if believed, could have certainly impacted on the outcome of the hearing. General

J'estime qu'il est d'abord nécessaire d'examiner le libellé du paragraphe 56(4) de la Loi, qui est la source de la compétence du tribunal d'appel de recevoir de nouveaux éléments de preuve ou d'entendre de nouveaux témoignages. Les termes importants sont les suivants:

56. . . .

(4) . . . mais il [le tribunal d'appel] peut, s'il l'estime indispensable à la bonne administration de la justice, recevoir de nouveaux éléments de preuve ou entendre des témoignages.

Ces termes confèrent au tribunal d'appel un large pouvoir discrétionnaire. Le tribunal d'appel a le droit de se faire sa propre opinion sur la question de savoir s'il est indispensable à la bonne administration de la justice de recevoir de nouveaux éléments de preuve ou d'entendre de nouveaux témoignages. La formulation de cette opinion constitue l'essence même d'une décision discrétionnaire. L'article lui-même ne renferme aucun critère sur la façon dont le tribunal d'appel doit s'y prendre pour décider s'il est indispensable à la bonne administration de la justice de recevoir de nouveaux éléments de preuve ou d'entendre de nouveaux témoignages. Les principes posés dans l'arrêt *Palmer* guident le tribunal d'appel dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, mais ce sont les termes de la loi qui, d'abord et avant tout, déterminent la nature de la décision que le tribunal d'appel doit rendre.

L'avocat du requérant a quelque peu insisté sur le mot «indispensable». Il affirme que, compte tenu de ce terme, le critère de la réception de nouveaux éléments de preuve est plus strict que celui qui est prévu au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui emploie l'expression «lorsqu'elle [la cour] l'estime dans l'intérêt de la justice» (voir le paragraphe 683(1) du *Code criminel*).

En l'espèce, l'intimé a demandé que onze nouveaux témoins soient appelés à témoigner devant le tribunal d'appel. Le tribunal d'appel n'a accepté d'entendre que deux témoins. Il est évident que le tribunal d'appel n'a pas passé outre à la question de savoir si les témoignages étaient indispensables. Pour ce qui est des deux témoins qu'il a accepté d'entendre, le tribunal d'appel déclare, à la page 8:

Les témoignages de M^{mes} Verne Lewis-Thompson et de Jacqueline-Deborah Robertson, si on leur donne foi, auraient certainement influé sur le résultat de l'audience. Dans son

Ashley's evidence is that marital status was not a consideration, but these two witnesses allegedly overheard General Ashley indicate the opposite. Consequently, their testimony should be heard and it is so ordered.

I am satisfied that the Review Tribunal decided that the evidence of these two witnesses was essential.

Turning next to the *Palmer* principles, it is clear that the Review Tribunal had regard to these principles. At page 5 of its decision, the Review Tribunal stated:

It is the view of this Review Tribunal that the principles outlined in *Palmer v. The Queen*, *supra* are more significant and essential in nature than procedural matters such as the rules of evidence, and are therefore encompassed within the consideration of whether or not the evidence intended to be called is "essential in the interests of justice". These principles refined or rationalize the considerations to be made by a Review Tribunal in determining if the admission of further evidence is in the "interests of justice". The result is that the Review Tribunal still must exercise its discretion under Section 56(4) in accordance with these principles, notwithstanding the object of the Act, the broad and liberal interpretation to be given to the Act and the relaxation of rules of evidence contained in it

In applying this decision of law to the case at hand

As to the second, third and fourth of the *Palmer* principles, the Review Tribunal thought the evidence of two witnesses was relevant, credible on its face, and if believed, could affect the result. The Review Tribunal stated at page 5:

. . . this Tribunal is prepared to allow the Respondent to call two additional witnesses, those being Ms. Verne Lewis-Thompson and Ms. Jacqueline-Deborah Robertson. These two individuals were secretaries to General Garland and General Patrick, respectively, at the time in question. The testimony sought to be introduced is that there were a number of discussions between the respective General served by each and General Ashley specifically regarding the proposed promotion of the appellant. The indicated testimony is that General Ashley expressed serious concerns about promoting the Appellant because of the Appellant's marital status.

This testimony sought to be introduced appears to be, for the purpose of this application, relevant, credible on its face and, if believed, could reasonably, when taken with the other evidence adduced at the hearing, be expected to have affected the result.

témoignage, le général Ashley déclare que l'état matrimonial n'était pas un motif, mais les deux témoins l'auraient entendu dire le contraire. En conséquence, il faudrait faire entendre ces personnes et c'est ce que le tribunal ordonne.

^a Je suis convaincu que le tribunal d'appel a décidé que le témoignage de ces deux personnes était indispensable.

^b Pour ce qui est des principes énoncés dans l'arrêt *Palmer*, il est évident que le tribunal d'appel en a tenu compte. À la page 6 de sa décision, le tribunal d'appel déclare:

^c Le présent tribunal d'appel est d'avis que les principes formulés dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, précité, sont plus importants que des questions de procédure telles que les règles de preuve et, en conséquence, qu'ils font partie de l'examen visant à déterminer si les éléments de preuve que l'on a l'intention de faire valoir sont «indispensable(s) à la bonne administration de la justice». Ces principes précisent ou rationalisent les considérations dont doit tenir compte le tribunal d'appel lorsqu'il détermine si l'admission d'autres éléments de preuve sert la «bonne administration de la justice». Il en résulte que le tribunal d'appel doit néanmoins exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 56(4) en respectant ces principes, peu importe l'objet de la loi, l'interprétation large et libérale qui doit lui être donnée et l'assouplissement des règles de preuve qu'elle renferme

En appliquant cette décision judiciaire à l'espèce . . .

^f Quant aux deuxième, troisième et quatrième critères posés dans l'arrêt *Palmer*, le tribunal d'appel a estimé que le témoignage de ces deux personnes était pertinent et plausible à première vue et qu'il était tel que, si l'on y ajoutait foi, il aurait influé sur le résultat. Le tribunal d'appel a déclaré, aux pages 6 et 7:

^g . . . le présent tribunal est disposé à autoriser l'appelant à faire comparaître deux autres témoins, M^{mes} Verne Lewis-Thompson et Jacqueline-Deborah Robertson. À l'époque en cause, ces deux personnes étaient respectivement secrétaires du général Garland et du général Patrick. Les témoignages que l'on demande à faire entendre indiquent que les généraux pour lesquels les témoins travaillaient et le général Ashley ont discuté à de nombreuses reprises de la promotion éventuelle de l'appelant. Ces témoignages montrent que le général Ashley a exprimé de sérieuses réserves au sujet de la promotion de l'appelant à cause de l'état matrimonial de ce dernier.

ⁱ Les témoignages que l'on cherche à faire entendre semblent, aux fins de la présente demande, pertinents et plausibles à première vue, et ils sont tels que si l'on y ajoute foi, on peut raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, ils auraient influé sur le résultat.

The Review Tribunal also referred to the due diligence test. At page 6 of its decision, the Review Tribunal stated:

It is this Tribunal's view that there is latitude in a Human Rights case to relax the due diligence requirement if the other principles are met.

Was the Review Tribunal in error in relaxing this principle? I do not think so. The *Palmer* principles have been described as guidelines for the admission of new evidence by an appeal court. In *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, at page 185, L'Heureux-Dubé J. states:

The criteria which have guided courts in the exercise of their discretion to admit fresh evidence on appeal have been examined in a number of cases, both criminal and civil, from which guidelines have emerged. [Emphasis added.]

Certainly, the second, third and fourth of the *Palmer* principles are framed in mandatory language, i.e. "[t]he evidence must be relevant . . . [t]he evidence must be credible . . . [i]t must be such that if believed it could reasonably . . . be expected to have affected the result." Indeed, it is not easy to envisage a reason for the admission of new evidence if the new evidence did not meet these three criteria. However, the due diligence principle is worded somewhat less stringently [at page 775]:

The evidence should generally not be admitted . . . provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases.

The words suggest a greater degree of latitude in the application of the due diligence principle than the other three principles.

Further, a due diligence determination has been described as discretionary in the broadest terms. In *Lo v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1994] F.C.J. No. 1474 (C.A.) (QL), the learned Justice [Hugessen J.A.] states at page 3:

Le tribunal d'appel a également parlé du critère de la diligence raisonnable. À la page 8 de sa décision, le tribunal d'appel déclare:

^a Le présent tribunal est d'avis que, en matière de droits de la personne, il est possible d'assouplir le critère de la diligence raisonnable si les autres principes sont respectés.

^b Le tribunal d'appel a-t-il commis une erreur en assouplissant ce critère? Je ne le crois pas. Les principes posés dans l'arrêt *Palmer* ont été qualifiés de lignes directrices en matière d'admission par un tribunal d'appel de nouveaux éléments de preuve. Dans l'arrêt *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M.(C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, le juge L'Heureux-Dubé déclare en effet, à la page 185:

^c Les critères qui ont guidé les tribunaux dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'ils ont de recevoir une nouvelle preuve en appel ont été examinés dans un certain nombre d'arrêts, tant en matière criminelle que civile, dont se sont dégagées des lignes directrices. [C'est moi qui souligne.]

^d Certes, le deuxième, le troisième et le quatrième principes de l'arrêt *Palmer* sont formulés de manière impérative «[l]a déposition doit être pertinente . . . [l]a déposition doit être plausible . . . et elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser . . . [qu']elle aurait influé sur le résultat». En fait, il est difficile de voir comment on pourrait justifier la réception de nouveaux éléments de preuve si ces éléments ne satisfont pas déjà aux trois critères en question. Le principe de la diligence raisonnable est toutefois libellé de façon un peu moins rigoureuse [à la page 775]:

^e On ne devrait généralement pas admettre une déposition . . . à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles.

^f Ces termes permettent de conclure qu'on peut faire preuve d'une plus grande souplesse dans l'application du principe de la diligence raisonnable que dans celle des trois autres principes.

^g En outre, la décision rendue au sujet de la diligence raisonnable a été qualifiée de décision discrétionnaire au sens le plus large. Dans l'arrêt *Lo c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1994] F.C.J. n° 1474 (C.A.) (QL), le juge [Hugessen, J.C.A.] déclare, à la page 3:

Even though there is no doubt that we could, as a matter of discretion, overlook the “discoverable with reasonable diligence” requirement

It appears from the words of Hugessen J.A. that in exercising its discretion with respect to due diligence, a court may even overlook this consideration.

Having regard to this approach to the question of due diligence, I have no difficulty concluding that the Review Tribunal did not err in adopting a more relaxed approach to the due diligence requirement, having satisfied itself that the other *Palmer* principles had been met in this case.

As to whether there was evidence of due diligence tendered before the Review Tribunal, the material before me does not disclose the type of evidence one would normally expect. There is no indication of what efforts were made by original counsel to discover the evidence or precisely why it was not available before the original hearing. However, there seems to have been some suggestion that counsel had not adequately fulfilled his professional responsibility. It was argued that since Lt.-Col. Lambie had not been represented by his own counsel (he was represented by counsel for the Canadian Human Rights Commission), he should not be prejudiced by the failure of counsel. While the Review Tribunal did not expressly adopt these arguments, it is apparent from its recitation of these matters, followed by its decision to relax the due diligence requirement, that it must have given some weight to these arguments.

Is counsel’s failure to fulfil his professional responsibilities a justification for relaxing the due diligence requirement? Applicant’s counsel drew my attention to authorities such as *Goldner v. Canadian Broadcasting Corp.* (1974), 13 C.P.R. (2d) 230 (F.C.A.), in which Hyde D.J. found that ineptness of counsel was not a basis for the admission of new evidence before the Federal Court of Appeal on an appeal from the Trial Division.

Bien qu’il ne fasse aucun doute que nous puissions exercer notre pouvoir discrétionnaire de ne pas tenir compte de l’exigence selon laquelle il doit avoir été possible de découvrir la preuve «en usant d’une diligence raisonnable»

Il ressort des propos du juge Hugessen, J.C.A. que, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la diligence raisonnable, le tribunal peut même passer outre à cette condition.

Compte tenu de cette façon d’aborder la question de la diligence raisonnable, je conclus sans hésiter que le tribunal d’appel n’a pas commis d’erreur en adoptant une approche plus souple en ce qui concerne la condition relative à la diligence raisonnable après s’être dit convaincu que les autres principes posés dans l’arrêt *Palmer* avaient été respectés dans cette affaire.

Quant à la question de savoir si des éléments de preuve concernant la diligence raisonnable ont été présentés devant le tribunal d’appel, le dossier qui m’a été soumis ne révèle pas l’existence du genre d’éléments de preuve auxquels on s’attendrait normalement. Il n’y a aucun indice au sujet des démarches que le premier avocat aurait entreprises pour découvrir les éléments de preuve ou au sujet de la raison précise pour laquelle ceux-ci n’étaient pas connus avant l’audience initiale. Il semble toutefois qu’on ait laissé entendre que l’avocat ne s’était pas acquitté convenablement de ses responsabilités professionnelles. On a soutenu que, comme le lieutenant-colonel Lambie n’était pas représenté par son propre avocat (il était représenté par l’avocat de la Commission canadienne des droits de la personne), il ne devrait pas avoir à subir de préjudice en raison de la faute de l’avocat. Bien que le tribunal d’appel n’ait pas expressément retenu ces arguments, il ressort de son exposé de ces questions et de sa décision d’assouplir la condition relative à la diligence raisonnable, qu’il doit y avoir accordé un certain poids.

Le défaut de l’avocat de s’acquitter de ses responsabilités professionnelles justifie-t-il d’assouplir la condition relative à la diligence raisonnable? L’avocat du requérant a appelé mon attention sur des décisions comme l’arrêt *Goldner c. Société Radio-Canada* (1974), 13 C.P.R. (2d) 230 (C.A.F.), dans lequel le juge suppléant Hyde a conclu que l’ineptie de l’avocat ne justifiait pas la Cour d’appel fédérale de recevoir de nouveaux éléments de preuve dans le

Exactly what the circumstances were between Lt.-Col. Lambie and counsel for the Commission and whether this was a case of ineptness of counsel is not entirely clear on this record. In a clear case of ineptness of counsel acting for a party, the Federal Court of Appeal might well refuse an application to admit new evidence on appeal. However, the discretionary decision in this case was that of the Review Tribunal, to exercise according to its perception of all the circumstances. It is not one with which this Court should interfere by substituting its view of the way in which to deal with the alleged failure of counsel and the relationship or lack thereof between Lt.-Col. Lambie and counsel, for that of the Review Tribunal.

Applicant's counsel also submitted that the Review Tribunal did not properly address the credibility requirement of the *Palmer* rules, because it did not require sworn statements by the potential witnesses, and relied only on summary statements of what the witnesses would say if called to testify. Nothing in *Palmer* or in any of the other cases cited before me indicates that in deciding whether proposed evidence is credible, a tribunal must base its decision only on sworn affidavits or on statements under oath. It is true that in court proceedings, that is likely the only way such proposed evidence could come before the Court. It is also a desirable procedure to follow. But human rights tribunals may receive information other than by affidavit or under oath. Paragraph 50(2)(c) of the Act provides:

50. . . .

(2) In relation to a hearing under this Part, a Tribunal may

(c) receive and accept such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Tribunal sees fit, whether or not that evidence or information is or would be admissible in a court of law.

cadre d'un appel interjeté d'une décision de la Section de première instance.

Le dossier ne permet pas de savoir avec certitude ce qui s'est passé entre le lieutenant-colonel Lambie et l'avocat de la Commission, ni de savoir s'il s'agissait d'un cas d'ineptie de la part de l'avocat. Dans un cas évident d'ineptie de la part de l'avocat qui occupe pour une partie, la Cour d'appel fédérale pourrait fort bien rejeter la demande d'admission de nouveaux éléments de preuve en appel. Toutefois, la décision discrétionnaire rendue en l'espèce relevait du tribunal d'appel, qui devait exercer son pouvoir discrétionnaire selon sa perception de l'ensemble des circonstances. Ce n'est pas une décision que notre Cour devrait modifier en substituant sa propre opinion à celle que s'est formée le tribunal d'appel au sujet de la façon de considérer la faute présumée de l'avocat et les rapports ou l'absence de rapports entre le lieutenant-colonel Lambie et l'avocat en question.

L'avocat du requérant soutient également que le tribunal d'appel n'a pas bien abordé la condition relative à la crédibilité qui se trouve dans les principes dégagés dans l'arrêt *Palmer*, parce qu'il n'a pas demandé de déclarations sous serment des témoins potentiels et qu'il ne s'en est remis qu'à un résumé de ce que les témoins allaient dire s'ils étaient appelés à témoigner. Il n'y a rien dans l'arrêt *Palmer* ou dans l'une ou l'autre des autres décisions qui m'ont été citées qui indique que, pour décider si les éléments de preuve proposés sont dignes de foi, le tribunal doit fonder sa décision uniquement sur des déclarations verbales ou écrites sous serment. Il est vrai que, dans les instances judiciaires, c'est probablement la seule façon dont de tels éléments de preuve proposés seraient portés à la connaissance de la Cour. C'est également une façon de procéder qu'il est souhaitable de suivre. Mais les tribunaux des droits de la personne peuvent recevoir des renseignements autrement que par déclaration verbale ou écrite sous serment. L'alinéa 50(2)c) de la Loi dispose:

50. . . .

(2) Pour la tenue de ses audiences, le tribunal a le pouvoir:

c) de recevoir des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire.

As a matter of law, I do not think a Review Tribunal errs if it decides to hear new evidence on the basis of unsworn information or “will-say” statements, as long as it concludes that the information is credible, in the sense that it is reasonably capable of belief.

In *Cook v. Mounce* (1979), 26 O.R. (2d) 129 (Div. Ct.), Griffiths J. stated, at page 131:

... there was nothing before Judge Kelly to indicate that it was apparently “credible” evidence. The proposed evidence was detailed in very vague and summary form by the appellant, who testified before His Honour Judge Kelly.

I agree that evidence which is vague and highly summarized may be insufficient to enable a Review Tribunal to determine if it is credible. But here, the “will-say” statements indicate the positions of the proposed witnesses, and why they would have the knowledge of the conversations of which they say they were aware. There are names of the persons involved in the discussions and indications of specific matters referred to in conversations. Of course, the proposed witnesses will be subject to cross-examination at the Review Tribunal hearing. That a Review Tribunal decides to admit evidence on the basis of the *Palmer* principles does not mean that it has finally decided the question of the credibility of that evidence. After hearing the direct evidence and cross-examination, it is open to the Review Tribunal to reject the evidence if, notwithstanding its decision to allow the evidence, it concludes it is not credible in whole or in part.

Counsel for Lt.-Col. Lambie pointed out that in the transcript of her argument before the Review Tribunal, she indicated that she was prepared to introduce the “will-say” statements of the witnesses that were proposed to be called in affidavit form. The Review Tribunal did not insist upon it. Other counsel made no reference to it. I think it would be unfortunate for this objection to succeed after counsel made the offer

En droit, je ne crois pas qu’un tribunal d’appel commette une erreur s’il décide d’entendre de nouveaux témoignages sur le fondement de renseignements communiqués sans serment ou de déclarations «d’intention de déclarer», dès lors qu’il conclut que les renseignements sont dignes de foi, en ce sens qu’on peut raisonnablement y ajouter foi.

Dans la décision *Cook v. Mounce* (1979), 26 O.R. (2d) 129 (Cour div.), le juge Griffiths déclare, à la page 131:

[TRADUCTION] ... le juge Kelly ne disposait d’aucun élément qui lui aurait permis de conclure qu’il s’agissait d’une preuve vraisemblablement «digne de foi». L’appelant, qui a témoigné devant le juge Kelly, n’a exposé la preuve proposée qu’en des termes très vagues et sous forme de résumé.

Je suis d’accord pour dire qu’il est possible que les éléments de preuve qui sont vagues et qui sont présentés sous forme de résumé très abrégé soient insuffisants pour permettre à un tribunal d’appel de déterminer s’ils sont dignes de foi. Mais, en l’espèce, les déclarations d’«intention de déclarer» permettent de connaître la position des témoins proposés, ainsi que la raison pour laquelle elles seraient au courant des conversations qu’elles affirment avoir entendues. On mentionne le nom des personnes qui ont participé à ces discussions et des détails au sujet des points précis qui ont été abordés au cours de ces conversations. Évidemment, les témoins proposés feront l’objet d’un contre-interrogatoire lors de l’audience du tribunal d’appel. Le fait qu’un tribunal d’appel décide de recevoir des éléments de preuve ou d’entendre des témoignages sur le fondement des principes dégagés dans l’arrêt *Palmer* ne signifie pas qu’il a tranché de façon définitive la question de leur crédibilité. Il est loisible au tribunal d’appel, après avoir entendu les témoignages directs et le contre-interrogatoire, de rejeter les témoignages en question si, en dépit de sa décision de les recevoir, il conclut qu’ils ne sont pas dignes de foi en tout ou en partie.

L’avocate du lieutenant-colonel Lambie souligne que, comme le montre la transcription du plaidoyer qu’elle a fait devant le tribunal d’appel, elle a précisé qu’elle était disposée à présenter sous forme d’affidavit les déclarations d’«intention de déclarer» des témoins que l’on se proposait de faire entendre. Le tribunal d’appel n’a pas insisté sur la question. Les autres avocats n’y ont fait aucune allusion. Je crois

to provide the statements by way of formal affidavits and the matter was not pursued.

Finally, there is the question of the interests of justice and prejudice. There is a public interest and a private interest in the finality of litigation and that is the reason for rules such as *res judicata* to which counsel for the Attorney General made reference. But subsection 56(4) of the Act is an appeal provision. As long as the matter may be appealed it is not final.

It was suggested by applicant's counsel that to permit the Review Tribunal to receive evidence in this appeal would create a dangerous precedent. However, the Review Tribunal itself made the decision, on the information before it, to allow the additional evidence. The decision is a discretionary one. I do not see that it is one that sets a precedent.

In *Cook v. Mounce*, Griffiths J. referred to a judge's difficulty in making a credibility decision based in part upon a transcript and in part upon new *viva voce* evidence. The Review Tribunal, in its decision, indicated a preference to allow each party to fully present its case, including the newly admitted evidence. But it acknowledged that it did not have authority to order a new hearing. Subsection 56(4) of the Act provides that the Review Tribunal is not to conduct an entire trial *de novo* but that it must base its decision on the record of the tribunal whose decision is being appealed, on submissions of interested parties and on additional evidence or testimony that, in the opinion of the Review Tribunal, is essential in the interest of justice. While a credibility determination based in part on a transcript and in part on *viva voce* evidence may well be a difficult one, it is the procedure required by the statute.

There is also the question of prejudice to the applicant. I think this has been answered by the procedure that the Review Tribunal has set down. The Review

qu'il serait malheureux que cette objection soit retenue après que l'avocate a offert de communiquer les déclarations sous forme d'affidavits formels et qu'aucune suite n'a été donnée à cette offre.

^a Finalement, nous devons nous prononcer sur la question des intérêts de la justice et sur celle du préjudice. Le public et les particuliers ont intérêt à ce que les litiges prennent fin, et c'est la raison pour laquelle des principes comme celui de l'autorité de la chose jugée que l'avocat du procureur général a mentionné existent. Mais le paragraphe 56(4) de la Loi est une disposition d'appel. Tant qu'une décision peut être portée en appel, elle n'est pas définitive.

^c L'avocat du requérant prétend que permettre au tribunal d'appel d'entendre de nouveaux témoignages dans le cadre du présent appel créerait un dangereux précédent. Toutefois, le tribunal d'appel a lui-même pris la décision, sur le fondement des renseignements dont il disposait, de recevoir les nouveaux témoignages. Sa décision est une décision discrétionnaire. Je ne vois pas comment on pourrait dire qu'elle crée un précédent.

^d Dans la décision *Cook v. Mounce*, le juge Griffiths a parlé de la difficulté qu'éprouvent les juges à rendre une décision au sujet de la crédibilité en se fondant en partie sur une transcription et en partie sur des témoignages. Dans sa décision, le tribunal d'appel a précisé qu'il préférerait accorder à chaque partie la possibilité de présenter toute sa preuve, y compris les éléments de preuve récemment admis. Mais il a reconnu qu'il n'avait pas le pouvoir d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience. Le paragraphe 56(4) de la Loi prévoit, non pas que le tribunal d'appel doit procéder à une instruction entièrement nouvelle, mais plutôt qu'il doit fonder sa décision sur le dossier du tribunal dont la décision fait l'objet de l'appel, sur les observations des parties intéressées et sur les nouveaux éléments de preuve ou témoignages qu'il estime indispensables à la bonne administration de la justice. Bien qu'il puisse être difficile de rendre une décision sur la crédibilité en se fondant en partie sur une transcription et en partie sur des témoignages, c'est la procédure que la loi prescrit de suivre.

^e Il y a également la question du préjudice causé au requérant. Je crois que la réponse à cette question se trouve dans la procédure établie par le tribunal d'ap-

Tribunal has said that it would allow the evidence of two additional witnesses and that it would permit the presentation of rebuttal evidence, including the calling of new witnesses and the recalling of individuals who have already been called to give evidence. It seems to me that this is a complete answer to the question of prejudice.

I have been told that the Review Tribunal's hearing is scheduled for December 5, 1994, and also that the additional evidence that is to be called on behalf of Lt.-Col. Lambie will not take long. It was suggested that it would not take more than one day. It does not appear that the opportunity to call additional evidence in this case will result in a lengthy or protracted proceeding.

For the above reasons, this application is dismissed.

pel. Le tribunal d'appel a déclaré qu'il recevrait le témoignage de deux autres personnes et qu'il permettrait la présentation d'une contre-preuve, notamment par la convocation de nouveaux témoins et la nouvelle comparution de personnes qui avaient déjà été appelées à témoigner. Il me semble que cette façon de procéder répond entièrement à la question du préjudice.

On m'a informé que la date de l'audience du tribunal d'appel a été fixée au 5 décembre 1994, et que les nouveaux témoignages qui seront entendus pour le compte du lieutenant-colonel seront brefs. On a laissé entendre qu'ils ne dureraient pas plus d'une journée. Il ne semble pas que la possibilité de faire entendre d'autres témoins en l'espèce donne lieu à une instance très longue.

Par ces motifs, la présente demande est rejetée.