

R. v. LeGresley, 2008 CMAC 2

CMAC 496

**Ex-Private LeGresley**

*Appellant,*

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent.*

Heard: Ottawa, Ontario, October 19, 2007.

Judgment: Ottawa, Ontario, February 7, 2008.

Present: Blanchard C.J., Goodwin and Phelan JJ.A.

On appeal from the legality of a conviction and the legality of a decision to dismiss the preliminary motion to stay the proceedings by Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Borden, Ontario, on December 12, 13, 14, and 15, 2006.

*Drug Offences — Appeal from drug trafficking convictions — National Defence Act, s. 130 — Military Judge not making palpable, overriding error with respect to credibility findings — Also not misapprehending evidence, testimony — Appeal dismissed.*

*Motion for stay of proceedings — Appellant argues the delay in bringing his case to trial unreasonable under s. 11(b) of the Charter of Rights and Freedoms — 15 months delay not prejudicial or unreasonable in the circumstances — Appeal dismissed.*

The appellant, Ex-Private LeGresley, was found guilty of two charges of trafficking cocaine under section 130 of the *National Defence Act*, contrary to subsection 5(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*. The military judge found that the appellant's rights protected under section 7 and paragraph 11(b) of the Charter had not been violated by reason of unreasonable delay in bringing the matter to trial and dismissed the appellant's preliminary motion seeking to have the charges stayed. The military judge found the appellant guilty of two charges of trafficking cocaine and sentenced him to 60 days of imprisonment. The appellant appeals his conviction and the military judge's decision to dismiss the preliminary motion to stay the proceedings.

*Held:* Appeal dismissed.

R. c. LeGresley, 2008 CACM 2

CMAC 496

**Ex-soldat LeGresley**

*Appelant,*

c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée.*

Audience : Ottawa (Ontario), le 19 octobre 2007.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 7 février 2008.

Devant : Le juge en chef Blanchard et les juges Goodwin et Phelan, J.C.A.

Appel à l'égard de la légalité d'une condamnation et de la légalité du rejet de la demande préliminaire en suspension de l'instance prononcés par la Cour martiale permanente à la Base des Forces canadiennes Borden (Ontario), les 12, 13, 14 et 15 décembre 2006.

*Infractions relatives aux drogues — Appel à l'encontre d'une condamnation pour trafic de drogue — Loi sur la défense nationale, art. 130 — Le juge militaire n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante au sujet de la crédibilité — Il a également bien apprécié les éléments de preuve et les témoignages — Appel rejeté.*

*Demande en suspension de l'instance — L'appelant fait valoir que le délai ayant précédé le procès était déraisonnable aux termes de l'art. 11b) de la Charte des droits et libertés — Le délai de 15 mois n'était ni préjudiciable ni déraisonnable dans les circonstances — Appel rejeté.*

L'appelant, l'ex-soldat LeGresley, a été reconnu coupable, aux termes de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, de deux chefs d'accusation de trafic de cocaïne, l'infraction visée au paragraphe 5(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. Le juge militaire a conclu que les droits de l'appelant garantis par l'article 7 et l'alinéa 11b) de la Charte n'avaient pas été violés puisqu'il n'y avait pas eu de délai déraisonnable avant la tenue du procès et il a rejeté la demande préliminaire de l'appelant en suspension de l'instance. Le juge militaire a trouvé l'appelant coupable des deux chefs d'accusation et l'a condamné à une peine de 60 jours d'emprisonnement. L'appelant interjette appel de sa condamnation et de la décision du juge militaire de rejeter la demande préliminaire en suspension de l'instance.

*Arrêt :* L'appel est rejeté.

Although the ultimate burden of proving a breach of paragraph 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* lies with the appellant, a secondary or evidentiary burden of putting forth evidence or argument may shift depending on the circumstances of each case. The military judge's analysis in respect to the first two *Morin* factors was sufficient in the circumstances. The relevant time period for the purposes of a paragraph 11(b) Charter analysis is from the date of the charge to the trial date. If the length of the delay is unexceptional, no inquiry is warranted and no explanation for the delay is called for unless the appellant is able to raise the issue of reasonableness of the period by reference to other factors such as prejudice. Upon considering and balancing the *Morin* factors in the circumstances of this case, the military judge did not err in concluding that the 15-month post-charge delay leading to trial, although warranting scrutiny, was not unreasonable in the circumstances. The appellant did more than act as a purchaser. The appellant determined what the buyer wanted, located the seller, brought the buyer to the site and acted as an intermediary between the parties. Moreover, the appellant acted as a spokesperson, passed the money from the buyer to the seller, and passed the narcotics from the seller to the buyer. Without the appellant's assistance, the transactions would not have taken place. There was sufficient evidence before the military judge to support his conclusion that the appellant aided in the transactions and was thus a party to trafficking.

Bien qu'il incombe à l'appelant d'établir qu'il y a eu violation de l'alinéa 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il peut y avoir déplacement du fardeau secondaire de présentation d'éléments de preuve ou d'arguments selon les circonstances de chaque cas. L'analyse du juge militaire concernant les deux premiers facteurs énoncés dans l'arrêt *Morin* était suffisante dans les circonstances. La période de temps pertinente, aux fins d'une analyse en vertu de l'alinéa 11b) de la Charte, débute à la date de l'accusation et prend fin à la date du procès. Si la longueur du délai n'est pas exceptionnelle, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen et aucune explication du délai n'est demandée à moins que l'appelant ne soit en mesure de soulever la question du caractère raisonnable de la période par renvoi à d'autres facteurs comme le préjudice subi. Après avoir examiné et pondéré les facteurs énoncés dans l'arrêt *Morin* eu égard aux circonstances de l'espèce, le juge militaire n'a pas commis d'erreur en concluant que le délai de 15 mois entre les accusations et le procès n'était pas déraisonnable dans les circonstances, même si un examen était justifié. L'appelant a été bien plus qu'un simple acheteur. Il avait déterminé ce que l'acheteur voulait, il avait trouvé le vendeur, il avait amené l'acheteur sur les lieux et il avait agi comme intermédiaire entre les parties. En outre, l'appelant a joué le rôle de porte-parole, il a remis l'argent de l'acheteur au vendeur et il a pris la drogue du vendeur pour la remettre à l'acheteur. Sans l'aide de l'appelant, les transactions n'auraient pas eu lieu. Le juge militaire disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour étayer sa conclusion selon laquelle l'appelant avait aidé les transactions et avait donc été partie au trafic.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(b).  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 5(1).  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 130(1)(a).  
*Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, (QR&O, online: <https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/policies-standards/queens-regulations-orders.html>), arts. 15.01, 107, 107.03, 107.09, 107.11.

#### CASES CITED

*R. v. Ahamad*, 181 C.C.C. (3d) 56, 2003 CanLII 4875 (ON SC); *R. v. Allen* (1996), 92 O.A.C. 345, 110 C.C.C. (3d) 331 (aff'd [1997] 3 S.C.R. 700); *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, 75 OR (2d) 673; *R. v. Bennett*, 3 O.R. (3d) 193, 46 O.A.C. 99, 1991 CanLII 2701 (aff'd [1992] 2 S.C.R. 168); *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, 96 N.R. 24; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, 88 D.L.R. (4th) 110; *R. v. Greyeyes*, [1997] 2 S.C.R. 825, 214 N.R. 43; *R. v.*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11b).  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(1).  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 130(1)a).  
*Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, (ORFC, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/ministere-defense-nationale/organisation/politiques-normes/ordonnances-reglements-royaux.html>), art. 15.01, 107, 107.03, 107.09, 107.11.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

*R. v. Ahamad*, 181 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 56, 2003 CanLII 4875 (ON SC); *R. v. Allen* (1996), 92 O.A.C. 345, 110 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 331 (conf. par [1997] 3 R.C.S. 700); *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, 75 OR (2<sup>d</sup>) 673; *R. v. Bennett*, 3 O.R. (3<sup>d</sup>) 193, 46 O.A.C. 99, 1991 CanLII 2701, (conf. par [1992] 2 R.C.S. 168); *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, 96 N.R. 24; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, 88 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 110; *R. c. Greyeyes*, [1997] 2 R.C.S. 825, 214 N.R. 43;

*Macpherson*, 1999 BCCA 403, 127 B.C.A.C. 49; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, 134 N.R. 321; *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60; *R. v. Reid*, 171 Nfld. & P.E.I.R. 143, 1999 CanLII 18927 (NL CA); *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, 102 N.R. 205; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, 120 A.R. 161.

*R. v. Macpherson*, 1999 BCCA 403, 127 B.C.A.C. 49; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, 134 N.R. 321; *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60; *R. v. Reid*, 171 Nfld. & P.E.I.R. 143, 1999 CanLII 18927 (NL CA); *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, 102 N.R. 205; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, 120 A.R. 161.

#### COUNSEL

*Lieutenant Colonel Denis Couture*, for the appellant.  
*Major Anthony Tamburro*, for the respondent.

*The following are the reasons for judgment delivered in English by*

BLANCHARD C.J.

#### I. Introduction

[1] The appellant, Ex-Private LeGresley, was charged and convicted before a Standing Court Martial of two charges of trafficking cocaine under section 130 of the *National Defence Act*, (R.S.C. 1985, c. N-5) contrary to section 5(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, (S.C. 1996, c. 19). The charges were laid on September 21, 2005, and it took nearly 15 months to bring the matter to trial. The military judge dismissed a preliminary motion seeking to have the charges stayed by reason of unreasonable delay in bringing the matter to trial. The appellant argued that his rights protected under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) had been violated.

[2] The appellant was tried before a judge alone, at Canadian Forces Base (CFB) Borden. The trial began on December 12, 2006 and ended on December 15, 2006. The military judge sentenced the appellant to 60 days of imprisonment. He was granted release pending his appeal, but, nevertheless surrendered to military authorities on January 10, 2007, and served his entire sentence. The appellant appeals his convictions before this Court.

[3] The appellant also appeals the military judge's decision to dismiss the preliminary motion to stay the

#### AVOCATS

*Le lieutenant-colonel Denis Couture*, pour l'appellant.  
*Le major Anthony Tamburro*, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF BLANCHARD, J.C.A.

#### I. Introduction

[1] L'appellant, l'ex-soldat LeGresley, a été reconnu coupable par une cour martiale permanente de deux chefs d'accusation de trafic de cocaïne visés par l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* (L.R.C. 1985, ch. N-5), contrairement au paragraphe 5(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (L.C. 1996, ch. 19). Les accusations ont été portées le 21 septembre 2005 et le procès n'a eu lieu que près de 15 mois plus tard. Le juge militaire a rejeté une requête préliminaire par laquelle l'appellant cherchait à obtenir la suspension des accusations en raison du délai déraisonnable ayant précédé la tenue du procès. L'appellant a fait valoir que les droits que lui confère la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) avaient été violés.

[2] L'appellant a subi son procès devant un juge seul à la base des Forces canadiennes (BFC) de Borden. Le procès a commencé le 12 décembre 2006 et s'est terminé le 15 décembre 2006. Le juge militaire a condamné l'appellant à une peine de 60 jours d'emprisonnement. L'appellant a obtenu sa mise en liberté jusqu'à l'issue de son appel, mais il s'est rendu aux autorités militaires le 10 janvier 2007 et a purgé toute sa peine. L'appellant interjette appel des déclarations de culpabilité devant la Cour.

[3] L'appellant interjette également appel de la décision du juge militaire de rejeter sa requête préliminaire en

proceedings on the grounds that the appellant's rights protected under section 7 and paragraph 11(b) of the Charter had been violated. I will first turn to the appeal relating to the decision dismissing the appellant's motion for a stay based on Charter grounds.

II. Did the military judge err in dismissing the appellant's motion to stay the proceeding?

A. *Facts relating to the motion for a stay*

[4] An "Agreed Statement of Facts" setting out the procedural timeline for this case was produced by the parties on the stay application. I set out below a summary of the details therein:

As it appears on the charge sheet dated 8 February 2006 before this court, the alleged offences would have occurred on 8 and 12 April 2005. According to the prosecution's position, the accused ex-Private Legresley would have sold a quantity of cocaine to an investigator on the National Investigation Service (NIS) operating under cover. This was part of a larger operation, which had commenced on 30 March 2005, during which other Canadian Forces (CF) members stationed at CFB had been targeted for investigation.

On 19 April 2005, ex-Private Legresley and approximately nine other CF members were arrested and subsequently interviewed in relation to their drug involvement. These arrests terminated the undercover operation which had commenced on 30 March 2005.

In the course of his interview, ex-Private Legresley admitted having picked up some cocaine for the undercover agent.

The substances obtained from ex-Private Legresley were sent for analysis and two certificates of analysis confirming the substances were cocaine issued on 21 April 2005 and received by the NIS investigators shortly thereafter.

On 21 September 2005, Sergeant Turner, the NIS investigator laid the same two charges that are found on the charge sheet before this court.

On 6 October 2005, ex-Private Legresley was informed of the options available to him regarding his representation at his potential court martial.

suspension d'instance au motif que ses droits garantis par l'article 7 et l'alinéa 11b) de la Charte avaient été violés. Je vais commencer par l'appel relatif à la décision rejetant la requête en suspension fondée sur des motifs liés à la Charte.

II. Le juge militaire a-t-il commis une erreur en rejetant la requête en suspension d'instance de l'appellant?

A. *Faits relatifs à la requête en suspension*

[4] Les parties ont produit un « exposé conjoint des faits » dans lequel ils ont décrit le déroulement de la procédure dans la présente affaire relativement à la demande de suspension. Voici un résumé des renseignements qu'il contient :

Tel qu'il appert de l'acte d'accusation daté du 8 février 2006 présenté à la Cour, les prétendues infractions auraient été commises les 8 et 12 avril 2005. Selon la poursuite, l'accusé, l'ex-soldat LeGresley, aurait vendu une certaine quantité de cocaïne à un agent d'infiltration du Service national des enquêtes (SNE). Cette opération faisait partie d'une opération d'infiltration plus importante qui avait commencé le 30 mars 2005 et au cours de laquelle on avait ciblé, pour enquête, d'autres membres des Forces canadiennes (FC) en poste à la BFC.

Le 19 avril 2005, l'ex-soldat LeGresley et environ neuf autres membres des FC ont été arrêtés puis interrogés sur leur implication dans des activités liées aux drogues. Ces arrestations ont mis fin à l'opération d'infiltration qui avait commencé le 30 mars 2005.

Pendant son entrevue, l'ex-soldat LeGresley a reconnu s'être procuré de la cocaïne pour l'agent d'infiltration.

Les substances obtenues de l'ex-soldat LeGresley ont été analysées et deux certificats d'analyse confirmant qu'il s'agissait bien de cocaïne ont été émis le 21 avril 2005 et ont été reçus par les enquêteurs du SNE peu après.

Le 21 septembre 2005, le Sergent Turner, enquêteur du SNE, a porté les deux mêmes accusations que celles qui sont inscrites sur l'acte d'accusation dont la Cour est saisie.

Le 6 octobre 2005, l'ex-soldat LeGresley a été avisé des choix s'offrant à lui relativement à sa représentation devant une cour martiale.

On 20 October 2005, ex-Private Legresley requested the appointment of a military counsel, Major Appolloni if available, to represent him in relation to those charges.

On 25 October 2005, Colonel S.E. Moore referred the matter to the Assistant Deputy Minister/Human Resources/Military recommending that a court martial be convened for the trial of ex-Private Legresley.

On 3 November 2005, the Assistant Deputy Minister/Human Resources/Military further referred the matter to the Director of Military Prosecution with the recommendation that a court martial be convened.

On 17 November 2005, Captain Simms, Regional military Prosecutor, Western Region, was appointed to review the matter and determine what, if any, charges were to be preferred.

On 17 January 2006, Major Appoloni from the office of the Director of Defence Counsel Services was appointed to represent ex-Private Legresley.

On 8 February 2006, Captain Simms signed the charge sheet now before this court.

On 14 February 2006, the Deputy Director of Military Prosecutions sent a letter to the Court Martial Administrator (CMA) to schedule a date for the trial of ex-Private Legresley.

On 16 February 2006, the Acting Court Martial Administrator (A/CMA) sent a letter to the appointed prosecutor and defence counsel to inform that he was not in a position to propose a date at that particular time. (The letter is to be adduced as part of this statement of agreed facts.)

On 24 April 2006, Captain Bussey (Captain Simms' married name) forwarded the initial disclosure to the office of the Director of Defence Counsel Services.

On 12 June 2006, Captain Bussey forwarded additional disclosure to the office of the Director of Defence Counsel Services as well as a "will say" statement containing the name of three witnesses.

Toward the end of June 2006, Major Appolloni returned the file material to the Director of Defence Counsel Services for re-assignment as he was posted out of the Directorate.

Le 20 octobre 2005, l'ex-soldat LeGresley a demandé qu'on nomme le major Appolloni, s'il est disponible, comme avocat militaire pour le représenter relativement à ces accusations.

Le 25 octobre 2005, le colonel S.E. Moore a renvoyé l'affaire au sous-ministre adjoint/Ressources humaines/Militaires et recommandé qu'une cour martiale soit convoquée pour le procès de l'ex-soldat LeGresley.

Le 3 novembre 2005, le sous-ministre adjoint/Ressources humaines/Militaires a également renvoyé l'affaire au directeur – Poursuites militaires et recommandé la convocation d'une cour martiale.

Le 17 novembre 2005, la capitaine Simms, procureure militaire régionale, région de l'Ouest, a été nommée pour examiner l'affaire et décider s'il y avait lieu de prononcer la mise en accusation.

Le 17 janvier 2006, le major Appolloni du bureau du directeur du service d'avocats de la défense a été désigné pour représenter l'ex-soldat LeGresley.

Le 8 février 2006, la capitaine Simms a signé l'acte d'accusation dont la Cour est saisie.

Le 14 février 2006, le directeur adjoint des poursuites militaires a fait parvenir une lettre à l'administrateur de la cour martiale (ACM) pour demander que la date du procès de l'ex-soldat LeGresley soit fixée.

Le 16 février 2006, l'administrateur intérimaire de la cour martiale (AI/CM) a fait parvenir une lettre aux avocats de la poursuite et de la défense les avisant qu'il n'était pas, à ce moment-là, en mesure de proposer une date. (La lettre doit être déposée comme faisant partie du présent exposé conjoint des faits.)

Le 24 avril 2006, la capitaine Bussey (le nom de femme mariée de la capitaine Simms) a fait parvenir la communication initiale de la preuve au bureau du directeur des services d'avocats de la défense.

Le 12 juin 2006, la capitaine Bussey a envoyé une communication supplémentaire au bureau du directeur des services d'avocats de la défense ainsi qu'un « résumé de témoignage anticipé » contenant le nom de trois témoins.

Vers la fin du mois de juin 2006, le major Appolloni a retourné les documents au dossier au directeur des services d'avocats de la défense pour que l'affaire soit confiée à une autre personne puisqu'il n'était plus affecté à la Direction.

On 12 September 2006, Lieutenant Colonel Couture, current counsel of ex-Private Legresley, was appointed as new defence counsel.

On 18 September 2006, Major Caron, the current prosecutor, was informed that he would take charge of the prosecution of this matter.

Toward the end of September 2006, Major Caron informs Lieutenant Colonel Couture that he is the new prosecutor on the file but that he still does not have the case material.

On 3 October 2006, the CMA sends an e-mail to both counsel inquiring about their availability for trial.

In mid-October 2006, Major Caron received file material from Captain Bussey.

At the end of October to 10 November 2006, counsel progressively investigate possibilities of settlement.

On 20 November 2006, counsel received a hastener from the office of the CMA regarding the proposed trial date of 21 November 2006. The same day, the prosecutor informed the CMA's office that some witnesses would not be available on the proposed date, stating, however, that should there be a guilty plea, he would be available to proceed on that date.

On 14 November 2006, the deputy CMA informed that the 21 November date was no longer an option. Within a few days, counsel agreed on the date of 12 December 2006.

The prosecution informed ex-Private Legresley's counsel that the charges of theft referred to in Lieutenant Colonel Weatherill's letter dated 27 March 2006 at paragraph 2(h) will not be proceeded with and are about to be withdrawn.

[5] In addition the following facts were not in dispute in the stay application: that the appellant was not tasked with meaningful work from the time shortly after his arrest on the charges (April 19, 2005) until he formally complained in writing of the situation in January 2006, and was given useful work to do some weeks later; and that during this eight-month period, the appellant was required to report daily and sit on a chair outside the company office throughout the workday (the chair treatment).

Le 12 septembre 2006, le lieutenant-colonel Couture, avocat actuel de l'ex-soldat LeGresley, est devenu le nouvel avocat de la défense.

Le 18 septembre 2006, le major Caron, l'actuel substitut du procureur général, a été avisé qu'il serait responsable de la poursuite dans la présente affaire.

Vers la fin du mois de septembre 2006, le major Caron a avisé le lieutenant-colonel Couture qu'il était le nouveau substitut du procureur général pour le dossier, mais qu'il n'avait toujours pas le dossier de l'affaire.

Le 3 octobre 2006, l'ACM a fait parvenir un courriel aux deux avocats leur demandant de préciser leurs disponibilités relativement au procès.

À la mi-octobre 2006, le major Caron a reçu le dossier que lui a fait parvenir la capitaine Bussey.

Entre la fin du mois d'octobre et le 10 novembre 2006, les avocats ont peu à peu examiné la possibilité d'en arriver à un règlement.

Le 20 novembre 2006, les avocats ont reçu un rappel de demande du bureau de l'ACM concernant la date de procès proposée du 21 novembre 2006. Le même jour, le substitut du procureur général a avisé le bureau de l'ACM que certains témoins ne seraient pas disponibles à la date proposée; toutefois, il disait que s'il y avait un plaidoyer de culpabilité, cette date pourrait lui convenir.

Le 14 novembre 2006, l'adjoint de l'ACM a donné avis qu'il n'était plus possible d'entendre l'affaire le 21 novembre. Quelques jours plus tard, les avocats se sont entendus sur le 12 décembre 2006.

La poursuite a avisé l'avocat de l'ex-soldat LeGresley que l'accusation de vol mentionnée à l'alinéa 2h) de la lettre du 27 mars 2006 du lieutenant-colonel Weatherill ne ferait pas l'objet d'une poursuite et qu'elle allait être retirée.

[5] En outre, les faits suivants n'ont pas été contestés dans la requête en suspension d'instance : entre son arrestation relativement aux accusations portées contre lui (19 avril 2005) et le dépôt de sa plainte écrite concernant la situation en janvier 2006, on n'a affecté l'appelant à aucune tâche utile; quelques semaines après la plainte, on lui a confié un travail utile; pendant huit mois, l'appelant avait dû se présenter quotidiennement au travail et s'asseoir sur une chaise à l'extérieur du bureau pendant toute la journée (le traitement de la chaise).

[6] The following facts were also before the military judge: the appellant had been injured in a training session in June 2002 precluding him from participating in physical training resulting in him being placed on permanent medical employment limitations; he had failed his training as a weapons technician; he had problems with substance abuse which led to other disciplinary issues including theft. As a result, the appellant had been expecting to be released from the Canadian Forces (CF) around February 2006 and had in fact signed the “Notice of Intent to Recommend Release” indicating that he did not object to the proposed release.

*B. The military judge’s finding relating to the motion for a stay of proceedings*

[7] The judge began by instructing himself on the principles underlying s. 11(b) of the Charter and the interests it is intended to protect. He set out the four factors articulated by the Supreme Court in *R. v. Morin* [1992] 1 S.C.R. 771 at pages 787 and 788 (the Morin factors) that a judge must consider in determining the reasonableness of the time taken to move a case to trial. He then set out the factors the Court must examine in considering the reasons for the delay and acknowledged that these factors are not to be applied in a mechanical way and that the Court’s primary concern is the effect of delay on the interests protected by paragraph 11(b) of the Charter.

[8] The military judge calculated the delay from the laying of the charges (September 21, 2005) until the trial (mid-December 2006) at almost 15 months. The prosecution conceded and the Court accepted that this time period was sufficiently long to require further scrutiny. The issue of waiver was not raised by the prosecution, and the defence never conceded it.

[9] The judge found the reasons for the delay to have been: a change of the assigned prosecutor in September 2006; a change of defence counsel at about the same time; and the unavailability of judicial resources at the time of the preferring of the charges to court martial in February 2006 until early-October 2006. He did not attach significance to this latter reason because the parties themselves were not ready for trial until October 2006.

[6] Le juge militaire était également saisi des faits suivants : l’appelant avait été blessé lors d’une séance d’entraînement, en juin 2002, ce qui l’avait empêché de suivre son entraînement physique. On lui avait imposé des restrictions médicales permanentes à l’emploi; il n’avait pas réussi la formation de technicien d’armement; il avait un problème d’abus de drogues qui avait entraîné d’autres problèmes d’ordre disciplinaire, notamment relativement à des vols. Par conséquent, l’appelant s’attendait à être libéré des Forces canadiennes (FC) vers février 2006 et, en fait, il avait signé l’avis d’intention de recommander la libération, ce qui attestait qu’il ne s’y opposait pas.

*B. Conclusion du juge militaire relativement à la requête en suspension d’instance*

[7] Le juge a d’abord examiné les principes qui sous-tendent l’alinéa 11b) de la Charte et les droits que cette disposition doit protéger. Le juge a énoncé les quatre facteurs mentionnés par la Cour suprême, aux pages 787 et 788 de l’arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771 (les facteurs *Morin*), dont un juge doit tenir compte pour décider si le délai avant qu’une affaire soit entendue est raisonnable. Il a ensuite décrit les facteurs que la Cour doit prendre en considération en examinant les raisons du délai, et a reconnu que ces facteurs ne doivent pas être appliqués mécaniquement et que la Cour doit d’abord et avant tout déterminer si, en raison du délai, il y a eu violation des intérêts protégés par l’alinéa 11b) de la Charte.

[8] Le juge militaire a calculé que le délai entre le moment où les accusations ont été portées (21 septembre 2005) et le procès (mi-décembre 2006) avait été de près de 15 mois. La poursuite l’a reconnu et la Cour a conclu que la période était suffisamment longue pour justifier un examen plus poussé. La poursuite n’a pas invoqué de renonciation et la défense n’a jamais reconnu qu’il y avait eu renonciation.

[9] Le juge a conclu que le délai avait été causé par le changement du substitut du procureur général en septembre 2006; le changement d’avocat de la défense vers la même date; la pénurie des ressources judiciaires au moment de la mise en accusation devant une cour martiale en février 2006, et jusqu’au début du mois d’octobre 2006. Il n’a pas accordé beaucoup d’importance à cette dernière raison puisque les parties elles-mêmes

He found that the trial date was set reasonably promptly thereafter for December 2006.

[10] The judge noted that the evidence adduced and arguments advanced at the hearing related essentially to the issue of prejudice. He concluded that there was no prejudice in this case other than the ordinary stress and anxiety that is part of all criminal proceedings. He found there was no evidence that the appellant had suffered unduly. Although he accepted the evidence about the lack of tasking and the chair treatment, he was not satisfied that these were punishments relating to the charges and thus could not have resulted in any prejudice for the purposes of the paragraph 11(b) analysis. Furthermore, the appellant's release from the CF in March 2006 was irrelevant to the question of prejudice because it was not solely based on the drug trafficking allegations, as there were many other factors that supported the release.

*C. Position of the appellant on the appeal of the decision to dismiss the motion for a stay or proceedings*

[11] The appellant submits that the judge erred in not proceeding to a proper analysis of the relevant factors in *Morin* set out above. He asserts that the lack of a detailed analysis makes it difficult to determine how the judge reached the conclusion that the delay was not unreasonable, a conclusion which was not supported by the evidence. He also alleges that the judge misapprehended the burden of proof arguing that the evidentiary burden to explain the delay had shifted to the Crown and that the Crown had failed to meet this burden. The appellant cites the majority opinion of Mr. Justice Sopinka in *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120 at pages 1132 and 1133, in support of his contention.

[12] It is the appellant's position that the delay was attributable to the Crown and it had the burden of explaining it, which it failed to do. In the appellant's submissions, the 15-month delay to trial was caused by the Crown's tardiness in laying charges and providing the initial disclosure, the two-month delay in appointing a prosecutor, the three-month delay between the appointment of the prosecutor and the preferring of the charges

n'étaient pas disponibles avant octobre 2006. Il a conclu que la date fixée pour le procès, en décembre 2006, n'était pas trop éloignée.

[10] Le juge a mentionné que la preuve qui avait été produite et les arguments présentés à l'audience portaient principalement sur la question du préjudice. Il a conclu que l'appellant n'avait subi aucun préjudice dans la présente affaire hormis le stress et l'angoisse qui accompagnent toute procédure pénale. Il a conclu qu'il n'y avait aucune preuve que l'appellant ait souffert indûment. Il a reconnu la véracité de la preuve concernant l'absence de tâche importante et le traitement de la chaise, mais il n'était pas convaincu qu'il s'agissait d'une punition liée aux accusations et donc que cela aurait pu causer un préjudice aux fins d'une analyse relative à l'alinéa 11b). En outre, la libération de l'appellant des FC en mars 2006 n'était pas pertinente quant au préjudice subi parce qu'elle n'était pas fondée exclusivement sur les allégations de trafic de drogues puisque beaucoup d'autres facteurs ont contribué à la libération.

*C. Position de l'appellant dans l'appel de la décision rejetant la requête en suspension d'instance*

[11] L'appellant fait valoir que le juge a commis une erreur parce qu'il n'a pas analysé régulièrement les facteurs *Morin* pertinents susmentionnés. Selon lui, il est difficile, à cause de l'absence d'une analyse détaillée, de déterminer sur quels facteurs le juge s'est fondé pour décider que le délai n'était pas déraisonnable, conclusion qui n'était pas étayée par la preuve. Il allègue également que le juge n'a pas bien compris le fardeau de la preuve et soutient qu'il appartenait au ministère public d'expliquer le délai et qu'il ne s'est pas acquitté de ce fardeau. L'appellant cite au soutien de son allégation les motifs majoritaires de l'arrêt *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120 aux pages 1132 et 1133, rédigés par le juge Sopinka.

[12] L'appellant soutient que le délai était imputable au ministère public, qui avait donc le fardeau de l'expliquer, ce qu'il n'a pas fait. Dans ses observations, l'appellant affirme que la période de 15 mois qui s'est écoulée avant le procès était attribuable au fait que le ministère public avait tardé avant de porter des accusations et de faire la communication initiale, au délai de deux mois avant la désignation du substitut du procureur général, au délai de



and, to some extent, the unavailability of judges for a hearing. The judge's failure to consider these factors in his analysis resulted in error.

[13] The appellant submits that the delay is also unreasonable because it violates one of the foundational values and legal requirements of the military justice system — a speedy trial. The appellant asserts that the uniqueness of the military justice system is an extremely important factor that the judge failed to assess, citing Chief Justice Lamer in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259 at page 193:

... To maintain the Armed Forces in a state of readiness, the military must be in a position to enforce internal discipline effectively and efficiently. Breaches of military discipline must be dealt with speedily and, frequently, punished more severely than would be the case if a civilian engaged in such conduct. As a result, the military has its own Code of Service Discipline to allow it to meet its particular disciplinary needs.

[14] On the issue of prejudice, the appellant asserts that there is a clear relationship between his arrest in relation to these charges and the chair treatment. This treatment showed a blatant disregard for the presumption of innocence on the part of the military authorities, and prejudiced the appellant's liberty and security interests because, *inter alia*, he had to sit in the chair all day and even had to ask permission to go to the washroom.

[15] The appellant impugns the judge's finding that his release from the CF was irrelevant to the issue of prejudice. The appellant points out that he was released because of "unsatisfactory conduct," defined under Article 15.01, item 2(a), of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O)* as a release of an officer or non-commissioned member,

where convicted by a service tribunal of an offence which warrants release under this category, but does not warrant release under Item 1(b) [Service Misconduct];

trois mois entre la nomination du substitut du procureur général et la mise en accusation et, dans une certaine mesure, à la non-disponibilité des juges. L'omission du juge d'examiner ces facteurs dans son analyse constituait une erreur.

[13] L'appelant fait valoir que le délai est déraisonnable parce qu'il viole aussi l'une des valeurs fondamentales et obligations légales du système de justice militaire : le droit d'être jugé rapidement. Il soutient que la spécificité du système de justice militaire est un facteur très important dont le juge n'a pas tenu compte, citant le juge en chef Lamer dans *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 à la page 193 :

[...] Pour que les Forces armées soient prêtes à intervenir, les autorités militaires doivent être en mesure de faire respecter la discipline interne de manière efficace. Les manquements à la discipline militaire doivent être réprimés promptement et, dans bien des cas, punis plus durement que si les mêmes actes avaient été accomplis par un civil. Il s'ensuit que les Forces armées ont leur propre code de discipline militaire qui leur permet de répondre à leurs besoins particuliers en matière disciplinaire.

[14] En ce qui concerne le préjudice, l'appelant affirme qu'il y a un lien très clair entre son arrestation par suite des accusations et le traitement de la chaise. Ce traitement révèle un mépris flagrant de la présomption d'innocence de la part des autorités militaires et a porté atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de l'appelant parce qu'il était, entre autres, obligé de demeurer assis sur une chaise toute la journée et même de demander la permission pour se rendre aux toilettes.

[15] L'appelant conteste la conclusion du juge selon laquelle sa libération des FC n'était pas pertinente quant au préjudice. Il souligne qu'il a été libéré pour « conduite non satisfaisante », expression définie à l'article 15.01, alinéa 2a) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC)*, comme motif de libération d'un officier ou militaire du rang

lorsqu'il a été reconnu coupable par un tribunal militaire d'une infraction qui justifie la libération en vertu de la présente catégorie, mais qui ne la justifie pas aux termes du numéro 1b) [inconduite relative au service militaire];

where convicted by service tribunals of a number of offences indicating a course of misbehavior which warrants release under this category, but does not warrant release under Item 1(b);

by reason of unsatisfactory civil conduct, or conviction of an offence by a civil court, of a serious nature not related to the performance of his duties but reflecting discredit on the Service.

[16] The appellant asserts that his release under this provision was a serious error clearly brought on by his arrest in relation to the events in question and resulted in great prejudice because he had not been convicted of any offence at the time.

[17] Finally, the appellant argues that the judge failed to consider the termination of his civilian employment in December 2006 because he had to return to CFB Borden for his trial, not knowing when he would return home. This prejudice caused by the unexplained unreasonable delay should have resulted in the application for a stay of proceedings being granted.

*D. Position of the respondent on the appeal of the decision to dismiss the motion for a stay or proceedings*

[18] The respondent submits that the correct approach to be followed in determining whether the appellant's right to be tried within a reasonable time has been violated is as set out in *R. v. Reid*, 171 Nfld. & P.E.I.R. 143, 1999 CanLII 18927 (NL CA). At paragraph 14 of *Reid*, the Newfoundland Court of Appeal adopted a stepped approach to a consideration of the Morin factors requiring that certain thresholds be met before the inquiry can move to the next factor.

[19] The respondent's position is that the trial judge engaged in a detailed consideration of the factors set out in *Morin*, above, in the context of the evidence and submissions placed before him and that his reasons, taken as a whole, indicate that he was alive to the issues in this case and dealt with them appropriately.

lorsqu'il a été reconnu coupable par des tribunaux militaires d'un certain nombre d'infractions indiquant qu'il est engagé dans une série d'actes d'inconduite et qui justifie sa libération aux termes de la présente catégorie mais non en vertu du numéro 1b);

en conséquence de sa conduite non satisfaisante dans le civil ou d'une condamnation par un tribunal civil pour une infraction de nature grave qui ne se rapporte pas à l'exécution de ses fonctions mais qui jette le discrédit sur les forces armées.

[16] L'appelant affirme que sa libération en vertu de cette disposition était une erreur grave qui découlait très certainement de son arrestation par suite des événements en cause, et que cela lui a causé un préjudice grave parce qu'il n'avait, à l'époque, été déclaré coupable d'aucune infraction.

[17] Enfin, l'appelant prétend que le juge n'a pas tenu compte du fait qu'il avait perdu son emploi civil en décembre 2006 parce qu'il devait retourner à la BFC de Borden pour son procès sans savoir quand il pourrait rentrer chez lui. Ce préjudice, qui a été causé par le délai non expliqué et déraisonnable, aurait dû faire en sorte que sa requête en suspension d'instance soit accueillie.

*D. Position de l'intimée dans l'appel de la décision rejetant la requête en suspension d'instance*

[18] L'intimée soutient que l'approche à suivre pour déterminer si le droit de l'appelant à un procès rapide a été violé est décrite dans *R. c. Reid*, Nfld. & P.E.I.R. 143, 1999 CanLII 18927 (NL CA). Au paragraphe 14 de l'arrêt *Reid*, la Cour d'appel de Terre-Neuve a adopté, relativement à l'examen des facteurs *Morin*, une approche comprenant plusieurs conditions seuil devant être franchies avant l'examen du facteur suivant.

[19] L'intimée prétend que le juge de première instance a analysé en profondeur les facteurs décrits dans *Morin*, précité, dans le contexte de la preuve et des observations dont il était saisi et que ses motifs, dans l'ensemble, permettent de conclure qu'il était au courant des questions que soulevait la présente affaire et qu'il les avait dûment examinées.

[20] On the issue of the burden of proof on the motion for a stay, the respondent denies that the judge misdirected himself on or misapplied the law and that the evidentiary burden shifted to the prosecution in this case. The prosecution did not need to prove that the direct acts of the appellant caused the delay or that his actions constituted a waiver of his rights because it did not allege these factors. The judge did not attach significance to the unavailability of judicial resources and, therefore, the prosecution did not have to justify the institutional delay. Finally, the respondent contends that the prosecution did not have to establish that the delay caused no prejudice to the appellant because the appellant himself had not persuaded the Court that prejudice existed in the circumstances of the case, or if it did, that it fell within the scope of the protection of paragraph 11(b) of the Charter.

[21] On the reasons for delay, the respondent submits that the existence and significance of the inherent time requirements to bring a charge before a court martial can be inferred, to some extent, from the fact that so many actors (including the appellant's then-Commanding Officer, the referral authority, the Director of Military Prosecutions, and the military prosecutor assigned to review and, if necessary, prosecute the charges arising from the alleged offence) are required by the QR&O to be involved in the disciplinary process.

[22] With respect to the appellant's actions contributing to the delay, the respondent points out that the appellant specifically requested that Major Appoloni be appointed as his counsel. Major Appoloni, who was appointed, had to eventually pass on the case by reason of being posted out of the Defence Counsel Services (DCS). As a result, the newly assigned counsel conceded that the defence was not in a position to proceed to trial prior to September 2006.

[23] Regarding the actions of the prosecution, the respondent submits that there is no evidence of any inordinately slow action by the prosecution in laying or preferring the charges, or bringing the matter to court. The delay between the laying and preferring of the charges was consistent with the time requirements inherent in the military justice system. Furthermore, the prosecution

[20] Quant au fardeau de la preuve dans une requête en suspension d'instance, l'intimée nie que le juge se soit trompé ou qu'il ait mal appliqué le droit, et il nie également que le fardeau de la preuve incombait à la poursuite. La poursuite n'était pas tenue d'établir que les actes posés directement par l'appellant avaient été la cause du délai ni que ses actes constituaient une renonciation à ses droits parce que ces facteurs n'avaient pas été allégués. Le juge n'a pas accordé de poids à l'allégation de pénurie des ressources judiciaires et, par conséquent, la poursuite n'était pas tenue de justifier le délai institutionnel. Enfin, l'intimée fait valoir qu'il n'incombait pas à la poursuite d'établir que le délai n'avait causé aucun préjudice à l'appellant parce que l'appellant lui-même n'avait pas convaincu le tribunal que le préjudice existait dans les circonstances en cause ou, s'il existait, qu'il était visé par l'alinéa 11(b) de la Charte.

[21] En ce qui concerne les raisons du délai, l'intimée prétend qu'il est possible que l'existence et l'importance des délais inhérents au dépôt d'une accusation devant une cour martiale soient en partie attribuables au grand nombre de joueurs (lesquels comprennent, entre autres, le commandant de l'appellant à l'époque, l'autorité de renvoi, le directeur des poursuites militaires et l'avocat militaire chargé d'examiner les accusations et, si nécessaire, d'intenter une poursuite sur les accusations découlant de l'infraction alléguée) qui doivent, en vertu des ORFC, participer au processus disciplinaire.

[22] Pour ce qui est des actes de l'appellant qui auraient contribué au délai, l'intimée souligne que l'appellant avait demandé que son dossier soit confié au major Appoloni. Celui-ci a été nommé avocat de l'appellant, mais il a finalement renoncé à le représenter après avoir quitté le service d'avocats de la défense (SAD). Par conséquent, l'avocat nouvellement nommé a reconnu que la défense n'était pas en mesure de subir son procès avant septembre 2006.

[23] Concernant les actes de la poursuite, l'intimée prétend qu'il n'y a aucune preuve que la poursuite ait indûment tardé à porter des accusations ou à prononcer la mise en accusation ou à présenter l'affaire à la cour. Le délai entre le moment où les accusations ont été portées et la mise en accusation est normal compte tenu des délais inhérents au système de justice militaire. En outre, la

did not delay in providing disclosure as there was never a request made by the appellant; in fact, the prosecution made the initial disclosure in the absence of such a request. Thus, this delay should not be counted against the prosecution.

[24] Finally, with respect to institutional resources, the respondent submits that institutional delay starts to run when the parties are ready for trial and therefore the trial judge was correct in not attaching significance to the unavailability of judicial resources because the parties were not ready to proceed to trial until October 2006 and the trial was set for December 2006.

[25] Consequently, the respondent submits that the delay in this case was not unreasonable and the military judge's dismissal of the application for a stay of proceedings should be upheld. It is argued that the Court would only need to examine the issue of prejudice and the balancing of the interests of the appellant and of society if it found that, despite the above explanations, the delay was unreasonable.

[26] The respondent contends that even if the Court were not satisfied with the explanations, for the delay, the trial judge was correct in finding that there was no prejudice to the appellant. The respondent submits that the issues relating to the appellant's loss of civilian employment and the chair treatment had nothing to do with the post-charge delay.

### III. Analysis

[27] At paragraph 19, of his memorandum of fact and law the appellant states:

With respect to the legality of the decision of dismissing the application under sections 11(b) and 7 of the Charter, the appellant respectfully submits that the learned military judge erred in fact and in law in concluding that the appellant's right to a trial within a reasonable time under section 11(b) had not been violated. [...] [Emphasis in the appellant's memorandum].

However, the appellant did not pursue, either in his written or oral submissions, any argument in relation to section 7 of the Charter.

poursuite n'a pas tardé à communiquer la preuve puisque l'appellant n'a jamais fait de demande en ce sens; en fait, la poursuite a fait la communication initiale sans qu'on en ait fait la demande. Ce délai ne devrait donc pas être imputé à la poursuite.

[24] Enfin, concernant les ressources institutionnelles, l'intimée prétend que le délai institutionnel commence à courir quand les parties sont prêtes pour l'instruction de l'affaire et que, par conséquent, le juge de première instance a eu raison de n'accorder aucun poids au manque de ressources judiciaires puisque les parties n'étaient pas prêtes avant octobre 2006 et que la date du procès a été fixée à décembre 2006.

[25] Par conséquent, l'intimée prétend que le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable et que la décision du juge militaire de rejeter la requête en suspension d'instance doit être confirmée. L'intimée soutient que la Cour ne devrait examiner que la question du préjudice et pondérer les intérêts de l'appelant et ceux de la société si la Cour conclut, malgré les explications susmentionnées, que le délai était déraisonnable.

[26] L'intimée fait valoir que même si la Cour n'est pas satisfaite des explications concernant le délai, le juge de première instance a eu raison de conclure que l'appellant n'avait subi aucun préjudice. L'intimée prétend que les questions relatives à la perte de l'emploi civil de l'appelant et au traitement de la chaise n'avaient aucun lien avec le délai post-accusations.

### III. Analyse

[27] Au paragraphe 19 de son mémoire des faits et du droit, l'appelant déclare :

[TRADUCTION] « Concernant la légalité de la décision de rejeter la demande au regard de l'alinéa 11b) et de l'article 7 de la Charte, l'appelant soumet respectueusement que le juge militaire a commis une erreur de fait et de droit en concluant que le droit de l'appelant à un procès dans un délai raisonnable que lui confère l'alinéa 11b) n'avait pas été violé [...] » [Souligné dans le mémoire de l'appelant].

Toutefois, l'appelant n'a soulevé aucun argument fondé sur l'article 7 de la Charte dans ses observations écrites ou orales.

[28] This analysis will therefore only focus on paragraph 11(b) of the Charter. I will in turn deal with the issue of the evidentiary burden raised by the appellant, the sufficiency of the military judge's analysis in respect to the two first *Morin* factors and the respondent's submissions with respect to the analytical approach proposed in the above cited *Reid* case. I will then move to consider the overall delay having regard to the *Morin* factors.

#### A. *The burden of proof*

[29] Regarding the issue of the burden of proof, the appellant's submission that the military judge misapprehended or misapplied the law is without merit. The passage from *Morin* quoted by the appellant, as set out in full below, clearly indicates that the ultimate burden of proving a breach of paragraph 11(b) of the Charter lies with the appellant. Mr. Justice Sopinka writing for the majority at page 788 of his reasons, stated:

The role of the burden of proof in this balancing process was set out in the unanimous judgment of this Court in [*R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120 at 1132-33], as follows:

I accept that the accused has the ultimate or legal burden of proof throughout. A case will only be decided by reference to the burden of proof if the court cannot come to a determinate conclusion on the facts presented to it. Although the accused may have the ultimate or legal burden, a secondary or evidentiary burden of putting forth evidence or argument may shift depending on the circumstances of each case. For example, a long period of delay occasioned by a request of the Crown for an adjournment would ordinarily call for an explanation from the Crown as to the necessity for the adjournment. In the absence of such an explanation, the court would be entitled to infer that the delay is unjustified. It would be appropriate to speak of the Crown having a secondary or evidentiary burden under these circumstances. In all cases, the court should be mindful that it is seldom necessary or desirable to decide this question on the basis of burden of proof and that it is preferable to evaluate the reasonableness of the overall lapse of time having regard to the factors referred to above.

I do not read [*R. v. Askov*] as having departed from this statement although portions of the reasons of Cory J. emphasized certain aspects of the evidentiary burden on the Crown. [Emphasis added.]

[28] La présente analyse ne portera donc que sur l'alinéa 11(b) de la Charte. J'examinerai tour à tour le fardeau de la preuve qui incombe à l'appelant, le caractère suffisant de l'analyse du juge militaire des deux premiers facteurs *Morin* et les observations de l'intimé relativement à l'approche analytique proposée dans l'arrêt *Reid*, précité. Enfin, j'examinerai le délai global eu égard aux facteurs *Morin*.

#### A. *Fardeau de la preuve*

[29] S'agissant du fardeau de la preuve, l'argument de l'appelant selon lequel le juge militaire a mal interprété ou mal appliqué le droit n'est pas fondé. Le passage tiré de l'arrêt *Morin* cité par l'appelant, reproduit ci-dessous en entier, indique clairement qu'il incombe à l'appelant d'établir qu'il y a eu violation de l'alinéa 11(b) de la Charte. Le juge Sopinka, écrivant au nom de la majorité des juges, a dit, à la page 788 de ses motifs :

Le rôle du fardeau de la preuve dans ce processus de pondération a été décrit dans notre jugement unanime *R. c. Smith*, précité, aux pp. 1132 et 1133 :

Je conviens que le fardeau ultime de la preuve incombe à l'accusé. Une affaire ne sera tranchée en fonction du fardeau de la preuve que si la cour ne peut parvenir à une décision à partir des faits qui lui sont présentés. Bien que le fardeau ultime de la preuve puisse incomber à l'accusé, il peut y avoir déplacement du fardeau secondaire de présentation d'éléments de preuve ou d'arguments selon les circonstances de chaque cas. Par exemple, un long délai qui résulte d'une demande d'ajournement du ministère public exigerait normalement une explication de sa part quant à la nécessité de l'ajournement. En l'absence d'une telle explication, la cour pourrait déduire que le délai est injustifié. Il conviendrait de dire qu'un fardeau secondaire de présentation incombe au ministère public dans ces circonstances. Dans tous les cas, la cour devrait se rappeler qu'il est rarement nécessaire ou souhaitable de trancher la question en fonction du fardeau de la preuve et qu'il est préférable d'apprécier le caractère raisonnable du délai global écoulé en tenant compte des facteurs susmentionnés.

Je ne considère pas l'arrêt *Askov* comme s'écartant de cette déclaration quoique certaines parties des motifs du juge Cory insistent sur certains aspects du fardeau de présentation qui incombe au ministère public. [Je souligne.]

[30] As will become evident below, while the circumstances in the instant case warrant a shifting of the evidentiary burden in considering the five-month delay between the laying and preferring of charges, in the end, the burden of proof will not be a determining factor.

*B. The sufficiency of the military judge's analysis*

[31] With respect to the argument that the judge erred by not conducting a detailed analysis in respect to the first two Morin factors, I find that the analysis was sufficient in the circumstances, considering the concessions made by both parties and their submissions.

[32] The first question to be addressed in the *Morin* analysis is whether the delay is exceptional. It is settled law that the relevant time period for the purposes of a paragraph 11(b) *Charter* analysis is from the date of the charge to the trial date. If the length of the delay is unexceptional, no inquiry is warranted and no explanation for the delay is called for unless the appellant is able to raise the issue of reasonableness of the period by reference to other factors such as prejudice (*Morin*, above, at page 789). In this case, the Crown conceded that the 15-month delay was significant and warranted explanation. Further, the respondent does not assert and the appellant does not concede waiver.

*C. The respondent's position regarding the Newfoundland Court of Appeal approach in the Reid case*

[33] I now turn to the analytical approach advocated by the respondent, namely, the approach adopted by the Newfoundland Court of Appeal in *Reid*, above, on the conduct of a paragraph 11(b) analysis. In my respectful view, this approach is not consistent with the analysis required by the Supreme Court. Justice Cory stated in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199 at page 1223, that the length of the delay “is not a threshold requirement ... but

[30] Comme l'analyse qui suit le fera ressortir clairement, les circonstances de la présente affaire justifient un déplacement du fardeau de la preuve relativement à l'examen du délai de cinq mois entre le moment où les accusations ont été portées et la mise en accusation, mais le fardeau de la preuve ne sera pas, en fin de compte, un facteur décisif.

*B. Caractère suffisant de l'analyse du juge militaire*

[31] Relativement à l'argument selon lequel le juge a commis une erreur en omettant d'effectuer une analyse détaillée en vertu des deux premiers facteurs *Morin*, j'estime que l'analyse était suffisante dans les circonstances, compte tenu des concessions des deux parties et de leurs observations.

[32] Selon l'analyse proposée dans *Morin*, il faut commencer par examiner la question de savoir si le délai est exceptionnel. Il est de droit constant que la période de temps pertinente, aux fins d'une analyse en vertu de l'alinéa 11b) de la Charte, débute à la date de l'accusation et prend fin à la date du procès. Si la longueur du délai n'est pas exceptionnelle, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen et aucune explication du délai n'est demandée à moins que l'appelant ne soit en mesure de soulever la question du caractère raisonnable de la période par renvoi à d'autres facteurs comme le préjudice subi (*Morin*, précité, à la page 789). En l'espèce, le ministère public a reconnu que le délai de 15 mois était important et qu'il était nécessaire de le justifier. En outre, l'intimée ne prétend pas qu'il y a eu renonciation de la part de l'appelant et ce dernier n'a pas reconnu de renonciation.

*C. Position de l'intimée relativement à l'approche adoptée par la Cour d'appel de Terre-Neuve dans l'affaire Reid*

[33] Je vais maintenant examiner l'approche analytique mise de l'avant par l'intimée, à savoir celle qu'a adoptée la Cour d'appel de Terre-neuve dans l'arrêt *Reid*, précité, dans une analyse relative à l'alinéa 11b). Selon moi, cette approche n'est pas compatible avec celle exigée par la Cour suprême. Le juge Cory a écrit, dans *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199 à la page 1223, que la durée du délai « [...] n'est pas une condition seuil [...] mais

rather is a factor to be balanced along with the others.” Justice Arbour, writing for the majority in *R. v. Bennett*, 3 O.R. (3d) 193, 46 O.A.C. 99, 1991 CanLII 2701 (aff’d [1992] 2 S.C.R. 168) at para. 52, warned against paying “mere lip service ... to the required balancing of the four factors.” Likewise, the issue of prejudice is crucial to the determination of whether delay is unreasonable, and thus should not only be considered when the explanations are unsatisfactory, as if it were an “additional” factor, contrary to the respondent’s submission and the *Reid* approach. The approach to be followed on a paragraph 11(b) Charter analysis is the approach set out in *Morin*, above, and requires the weighing and balancing of each of the four factors in order to determine the reasonableness of the delay.

[34] The approach described by the Supreme Court in *Morin* to determine whether a paragraph 11(b) Charter right has been denied requires a balancing of the interests that the section is designed to protect against factors that either inevitably lead to delay or are otherwise the cause of delay. The Supreme Court stated that the factors to be considered in the analysis may be listed as follows:

1. the length of the delay;
2. waiver of time periods;
3. the reasons for the delay, including:
  - (a) inherent time requirements of the case,
  - (b) actions of the accused,
  - (c) actions of the Crown,
  - (d) limits on institutional resources, and
  - (e) other reasons for delay; and
4. prejudice to the accused.

un facteur à prendre en considération parmi d’autres ». S’exprimant au nom de la majorité des juges dans *R. c. Bennett*, 3 O.R. (3<sup>d</sup>) 193, 46 O.A.C. 99, 1991 CanLII 2701 (conf. par [1992] 2 R.C.S. 168), au paragraphe 52, la juge Arbour a dit qu’il fallait éviter de [TRADUCTION] « [...] ne faire que pour la forme [...] la pondération nécessaire des quatre facteurs ». Dans le même ordre d’idées, la question du préjudice est essentielle dans la détermination de la question de savoir si le délai était déraisonnable et ne doit donc pas être prise en compte uniquement quand les explications ne sont pas satisfaisantes, comme s’il s’agissait d’un facteur « additionnel », contrairement à l’observation de l’intimée et à l’approche *Reid*. L’approche qu’il faut adopter, dans une analyse relative à l’alinéa 11b) de la Charte, est celle qui est décrite dans *Morin*, précité, et elle exige que la Cour pondère chacun des quatre facteurs afin de déterminer le caractère raisonnable du délai.

[34] L’approche décrite par la Cour suprême dans *Morin* pour décider si un droit garanti par l’alinéa 11b) de la Charte a été violé nécessite que le tribunal pondère les intérêts que la disposition a pour objet de protéger et les facteurs qui soit entraînent inévitablement un délai soit ont causé le délai. Selon la Cour suprême, les facteurs à examiner dans l’analyse étaient les suivants :

1. la longueur du délai;
2. la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul;
3. les raisons du délai, notamment :
  - a) les délais inhérents à la nature de l’affaire,
  - b) les actes de l’accusé,
  - c) les actes du ministère public,
  - d) les limites des ressources institutionnelles,
  - e) les autres raisons du délai;
4. le préjudice subi par l’accusé.

[35] At page 788 of its reasons, the Court went on to describe the judicial process as follows:

The judicial process referred to as “balancing” requires an examination of the length of the delay and its evaluation in light of the other factors. A judicial determination is then made as to whether the period of delay is unreasonable. In coming to this conclusion, account must be taken of the interests which s. 11(b) is designed to protect. Leaving aside the question of delay on appeal, the period to be scrutinized is the time elapsed from the date of the charge to the end of the trial. See *R. v. Kananj* [1989] 1 S.C.R. 1594. The length of this period may be shortened by subtracting periods of delay that have been waived. It must then be determined whether this period is unreasonable having regard to the interests s. 11(b) seeks to protect, the explanation for the delay and the prejudice to the accused.

[36] It is useful at this point to briefly review the interests that section 11 of the Charter is designed to protect. The primary purpose of paragraph 11(b) is the protection of the individual rights of accused persons: (1) the right to security of the person, (2) the right to liberty, and (3) the right to a fair trial. The right to a fair trial is protected by attempting to ensure that proceedings take place while evidence is available and fresh. A secondary interest of society as a whole has also been recognized by the Supreme Court (*Morin*, above), namely that those who are accused of crimes are brought to trial and dealt with according to the law and are treated humanely and fairly.

*D. The overall delay — the Morin factors applied*

[37] I will now proceed with a consideration of the *Morin* factors. I have dealt with the first two factors, length of the delay and waiver. As indicated above, waiver is not an issue and the respondent agrees that the 15-month delay was significant and warrants an explanation. I now turn to the reasons for delay and prejudice, the remaining factors in the prescribed analysis. The factors leading to the overall delay in this case cannot be easily compartmentalized. As a consequence, certain elements will overlap in my analysis of the different factors. As indicated below, this is due mainly to the nature of the military’s administrative structure.

[35] À la page 788 des motifs, la Cour suprême a décrit le processus judiciaire en ces termes :

Le processus judiciaire appelé « pondération » exige un examen de la longueur du délai et son évaluation en fonction d’autres facteurs. Le tribunal détermine ensuite si le délai est déraisonnable. Pour rendre cette décision, il y a lieu de tenir compte des intérêts que l’al. 11b) vise à protéger. Si l’on écarte la question du délai en appel, la période qui doit être examinée est celle qui court de la date de l’accusation à la fin du procès. Voir *R. c. Kananj*, [1989] 1 R.C.S. 1594. La longueur de cette période peut être réduite par la soustraction des périodes pour lesquelles il y a eu renonciation. Il faut alors déterminer si cette période est déraisonnable compte tenu des intérêts que l’al. 11b) vise à protéger, de l’explication du délai et du préjudice subi par l’accusé.

[36] Il est utile, à ce stade-ci, de revoir brièvement les intérêts que l’article 11 de la Charte vise à protéger. La disposition a pour objet principal la protection des droits individuels de tout inculpé : (1) le droit à la sécurité, (2) le droit à la liberté, (3) le droit à un procès équitable. Le droit à un procès équitable est protégé par le fait de veiller à ce que la personne soit jugée pendant que la preuve est accessible et récente. La Cour suprême (dans *Morin*, précité) a également reconnu un objet secondaire : la société dans son ensemble a intérêt à ce que les citoyens accusés de crimes soient traduits en justice et traités selon la loi, de façon humaine et équitable.

*D. Le délai global – application des facteurs Morin*

[37] Je vais maintenant examiner les facteurs *Morin*. J’ai déjà examiné les deux premiers facteurs, la longueur du délai et la renonciation. Comme nous l’avons vu, la renonciation n’est pas en cause et l’intimée reconnaît qu’un délai de 15 mois est un délai important qu’il faut justifier. Je vais maintenant examiner les raisons du délai et le préjudice, derniers facteurs de l’analyse prescrite. Il n’est pas facile de classifier les facteurs qui ont entraîné le délai global en l’espèce. Par conséquent, certains éléments se chevaucheront dans mon analyse des divers facteurs. Comme je l’indiquerai plus loin, cette situation est attribuable à la nature de la structure administrative militaire.



[38] In assessing the reasons for the delay, I will consider in turn, the inherent time requirements for the case; the actions of the accused; the actions of the prosecution; and limits on institutional resources.

(1) Inherent time requirements

[39] All offences have certain inherent time requirements which inevitably lead to delay. There are inherent time requirements that flow from the particular nature or complexity of the case itself. A more complex case will take longer to prepare and argue than a simple case. See *Morin*, above, at page 792. In addition, regardless of the particular charges involved, there are inevitable delays in the “initiative procedures”, such as retention of counsel, bail hearings, police and administrative paperwork, disclosure, etc. that are required before the matter is brought to trial. Delays incurred due to these time requirements generally do not count against either side.

[40] The length of time necessary for these “initiative procedures” will be influenced by local practices and “conditions in the regions”. Further, the military administrative structure imposes additional duties requiring the involvement of various actors in the military chain of command before a charge can be preferred. These additional requirements are found in the QR&O.

[41] Chapter 107 of the QR&O sets out the requirements in the military justice system relating to the preparation, laying and referral of charges. Article 107.03 requires that before charges are laid advice must be obtained from a legal officer. After the laying of charges, paragraph 107.09(1) requires that the charge be referred to the commanding officer, delegated officer or superior commander of the accused who decides if the charges are to proceed. Before doing so, the commanding or delegated officer must obtain advice from the unit’s legal advisor pursuant to article 107.11. Should the advice of the unit’s legal officer not be followed, a written decision must be filed with reasons. Pertinent articles of Chapter 107 QR&O are attached in the annex to these reasons.

[38] Pour évaluer les raisons du délai, j’examinerai tour à tour les délais inhérents à l’affaire, les actes de l’accusé, les actes de la poursuite et les limites des ressources institutionnelles.

(1) Délais inhérents

[39] Toutes les infractions comportent certaines exigences inhérentes en matière de délais qui retardent inévitablement l’affaire. Certaines exigences inhérentes découlent de la nature ou de la complexité d’une affaire. Une affaire plus compliquée demandera plus de temps de préparation à l’avocat et le procès durera plus longtemps. Voir *Morin*, précité, page 792. En outre, quelles que soient les accusations en cause, les « procédures initiales » entraînent des délais, notamment pour le recours aux services d’un avocat, les audiences en matière de cautionnement, les documents de la police et de l’administration, les communications de la preuve, etc., avant l’audition de l’affaire. Les délais relatifs à ces exigences ne peuvent être invoqués par aucune des parties.

[40] Le temps que prennent ces « procédures initiales » dépend des pratiques et « conditions locales ». En outre, la structure administrative militaire impose des obligations supplémentaires qui exigent la participation de divers joueurs de la chaîne de commandement militaire avant la mise en accusation. Ces exigences additionnelles se trouvent habituellement dans les ORFC.

[41] Le chapitre 107 des ORFC énonce les exigences du système de justice militaire concernant la préparation, le dépôt et le renvoi des accusations. Aux termes de l’article 107.03, une accusation ne peut être portée qu’après l’obtention de l’avis d’un avocat militaire. Lorsqu’une accusation a été portée, le paragraphe 107.09(1) exige que le commandant ou l’officier délégué ou commandant supérieur de l’accusé qui en est saisi décide s’il y a lieu de donner suite à l’accusation. Avant de prendre une décision, le commandant ou l’officier délégué doit obtenir l’avis de l’avocat militaire de l’unité aux termes de l’article 107.11. Si l’avis de l’avocat militaire n’est pas suivi, il doit y avoir une décision motivée communiquée par écrit. Les dispositions pertinentes du chapitre 107 des ORFC sont annexées aux présents motifs.

[42] It is the respondent's position that the five-month delay between laying and preferring the charges is consistent with the time requirements inherent in the military justice system.

[43] The respondent contends that the military judge was alive to the issue of the inherent time requirements of this case. The military judge did note the requirement for a change in both prosecution and defence counsel and did question counsel in their preparation and when they would have been ready to proceed to trial. He did not, however, expressly deal with the question of inherent time requirements particular to the military justice system and made no specific findings in this respect with regard to the charges at issue. In my view, it would have been difficult for him to do so since he had no evidence before him in respect of the inherent time requirements for the particular charges at issue.

[44] It is likely that a military judge, as an officer in the CF, is familiar with and generally aware of the time requirements of the military administrative structure. However, such general awareness may be of little assistance, when a determination is required in respect to the inherent time requirements for a given offence in a particular case. Given the absence of any evidence of inherent time requirements in the military justice system for the charges at issue, it is difficult to ascribe much weight to the assertion of the respondent that the five-month delay between the laying of the charge and its being preferred is consistent with the time requirement in the military justice system.

[45] The burden here is on the prosecution to justify the five-month delay between laying and preferring of the charges and to explain why it is necessarily inherent to the military justice system. The Crown is in a far better position than the appellant to adduce such evidence, since it is evidence that is particular to the military administrative structure and its requirements. Such evidence may consist of the timelines required to obtain the required legal advice, the availability of legal officers, evidence pertaining to the complexity of the case relative to other cases, and exceptional circumstances in the case. These examples are clearly not exhaustive, but are an indication of the sort of evidence that may be adduced to assist the court in deciding whether in a particular case, the delay

[42] L'intimée soutient que le délai de cinq mois entre le moment où les accusations ont été portées et la mise en accusation est normal compte tenu des délais inhérents au système de justice militaire.

[43] L'intimée prétend que le juge militaire était conscient des délais inhérents en l'espèce. Le juge militaire a bien pris note du changement d'avocats, tant de la défense que de la poursuite, et il a interrogé les avocats sur leur préparation et sur le moment où ils étaient prêts à être entendus. Il n'a toutefois pas examiné expressément la question des délais inhérents au système de justice militaire et n'a tiré aucune conclusion précise à cet égard relativement aux accusations. Selon moi, il lui aurait été difficile de le faire puisqu'il n'était saisi d'aucune preuve relativement aux délais inhérents aux accusations en cause.

[44] Habituellement, un juge militaire, notamment un officier des FC, sait que les délais inhérents à la structure administrative militaire existent et il les connaît. Toutefois, cette connaissance générale peut s'avérer peu utile lorsqu'il doit prendre une décision sur les délais inhérents à une infraction précise, dans une affaire en particulier. Compte tenu de l'absence de preuve relativement aux délais inhérents au système de justice militaire qu'entraînent les accusations en cause, il est difficile d'accorder beaucoup d'importance à l'affirmation de l'intimée selon laquelle le délai de cinq mois entre le moment où les accusations ont été portées et la mise en accusation est conforme aux délais inhérents au système de justice militaire.

[45] En l'espèce, il appartient à la poursuite de justifier le délai de cinq mois entre le moment où les accusations ont été portées et la mise en accusation et d'expliquer pourquoi ce délai est nécessairement inhérent au système de justice militaire. Le ministère public est mieux placé que l'appelant pour produire cette preuve puisqu'il s'agit d'une preuve qui est propre à la structure administrative militaire et à ses exigences. La preuve peut porter sur le temps qu'il faut pour obtenir les avis juridiques nécessaires, la disponibilité des avocats, la complexité de l'affaire par rapport aux autres affaires et les circonstances exceptionnelles. Ces exemples ne sont certainement pas exhaustifs, mais ils donnent une idée du type de preuve qu'on peut produire pour aider la cour à décider si, dans une affaire en

can be said to be justified by reason of inherent administrative requirements in the military justice system.

[46] Further, while administrative requirements inherent to the military context may serve to excuse a longer delay than would otherwise be the case in non-military context, the rationale for these administrative requirements must also be established in the evidence so that they may be accepted as necessarily inherent to the process. In the context of a paragraph 11(b) Charter case, it is insufficient to simply point to the additional steps required in the QR&O as a complete explanation for the additional delay. If the delay required by these additional steps is to be accepted as inherently necessary to the military justice process, the rationale explaining the need for the additional steps must be set out. The enactment of a complex regulatory scheme, such as the QR&O imposing the requirement of additional procedural and administrative steps in a criminal proceeding, which results in additional delay, cannot, without further explanation, serve to justify an extended inherent time requirement. For instance, it may be useful to explain why multiple legal opinions are required in a relatively simple case before a charge can be preferred. In the instant case, the Crown offered no explanation as to why a second legal opinion was required. As noted above, a first legal opinion was obtained from a legal officer before the laying of the charges.

[47] However, as will become evident from my reasons below, the actions of the appellant in requesting the appointment of Major Appoloni as his counsel and the delay which resulted therefrom serve to neutralize the five-month delay between the laying and the preferring of the charges. Otherwise, it would have been incumbent on the Crown to explain this delay.

## (2) Actions of the appellant

[48] This aspect of reasons for delay includes all actions voluntarily taken by the accused which may have caused delay. In considering this factor, there is no necessity to impute improper motives to the appellant. The following kinds of actions could be included in this category:

- application for a change of venue (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at pages 1678 and 1679);

particulier, le délai peut être justifié à cause des exigences administratives inhérentes au système de justice militaire.

[46] En outre, bien que les exigences administratives inhérentes au contexte militaire puissent justifier un délai plus long que dans un contexte différent, il faut également établir le bien-fondé de ces exigences : on doit démontrer qu'elles sont nécessairement inhérentes au processus. Dans une affaire mettant en cause l'alinéa 11b) de la Charte, il ne suffit pas de dire que les ORFC comprennent des étapes supplémentaires pour expliquer complètement le délai. Pour que le tribunal reconnaisse que le délai qu'entraînent ces étapes supplémentaires est inhérent au processus de justice militaire, il faut établir le bien-fondé de ces étapes. L'adoption d'un régime réglementaire complexe, comme les ORFC qui imposent des étapes supplémentaires tant sur le plan administratif que procédural dans une affaire criminelle, qui entraîne un délai supplémentaire ne peut en soi justifier un délai prolongé. Par exemple, il serait peut-être utile d'expliquer pourquoi, dans une affaire relativement simple, il faut plusieurs avis juridiques avant de prononcer la mise en accusation. En l'espèce, le ministère public n'a pas dit pourquoi il fallait un deuxième avis juridique. Comme nous l'avons vu, le premier avis juridique a été obtenu d'un avocat militaire avant que les accusations soient portées.

[47] Toutefois, comme les motifs qui suivent le feront ressortir clairement, le délai entraîné par le fait que l'appelant a choisi le major Appolloni comme avocat neutralise le délai de cinq mois entre le moment où les accusations ont été portées et la mise en accusation. Si ça n'avait pas été le cas, le ministère public aurait été tenu d'expliquer ce délai.

## (2) Actes de l'appelant

[48] Cet aspect des motifs relatifs au délai comprend tous les actes intentionnels de l'accusé qui auraient pu causer un délai. L'examen de ce facteur ne requiert pas que des motifs incorrects soient attribués à l'accusé. Voici le type d'actes qui pourraient être visés :

- requête en changement de lieu du procès (*R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, aux pages 1678 et 1679);

- motion to quash a committal (*idem*);
  - challenge to the validity of a search warrant (*Morin*, above, at page 793);
  - exercise of the right to counsel of choice (*Conway*, above, at pages 1679 and 1680);
  - changes of counsel (*R. v. Allen* (1996), 92 O.A.C. 345 at page 347, aff'd. [1997] 3 S.C.R. 700);
  - re-election (*Bennett*, above, at paragraph 96);
  - adjournment request (*Morin*, above, at page 793);
  - incurring further charges while on release (*Allen*, above, at page 348); and
  - change in trial tactics (*idem*, at page 349).
- requête en annulation d'une peine d'emprisonnement (*idem*);
  - contestation de la validité d'un mandat de perquisition (*Morin*, précité, à la page 793);
  - exercice du droit d'être représenté par l'avocat de son choix (*Conway*, précité, aux pages 1679 à 1680);
  - changement d'avocat (*R. c. Allen* (1996), 92 O.A.C. 345, à la page 347 (C.A. Ont.), conf. par [1997] 3 R.C.S. 700);
  - nouveau choix (*Bennett*, précité, au paragraphe 96);
  - demande d'ajournement (*Morin*, précité, à la page 793);
  - nouvelles accusations pendant la libération (*Allen*, précité, à la page 348); et
  - changement des tactiques utilisées pendant le procès (*idem*, à la page 349).

[49] Many of the above examples of actions by an accused are unquestionably *bona fides* and do not necessarily constitute a waiver. If, however, the accused chooses to take such actions this will be taken into account in determining what length of delay is reasonable (*Morin*, above, at page 793).

[50] A significant factor in this case is the delay caused by the appointment of counsel for the appellant. The agreed statement of facts establishes that the appellant on October 20, 2005, requested a particular officer, Major Appoloni, to be appointed as his counsel. Major Appoloni was not appointed until January 17, 2006. In June 2006, he was posted out of the DCS for reasons unrelated to this case and had to return the appellant's file for re-assignment. New counsel for the appellant was appointed only on September 12, 2006.

[51] While blame cannot be ascribed to the appellant for exercising his right to choice of counsel nor for the fact that his original choice became unavailable, the delay resulting from this situation is nevertheless a consequence of the appellant's voluntary action of having

[49] Dans nombre de ces exemples, l'accusé agit très certainement de bonne foi et il ne s'agit pas nécessairement d'une renonciation. Toutefois, si l'accusé choisit de prendre de telles mesures, il faudra en tenir compte pour déterminer le délai qui est raisonnable (*Morin*, précité, à la page 793).

[50] En l'espèce, un facteur important a été le délai causé par la désignation de l'avocat de l'appellant. L'exposé conjoint des faits établit que le 20 octobre 2005, l'appellant a demandé qu'un avocat en particulier, le major Appoloni, soit son avocat. Le major n'a pas été nommé avant le 17 janvier 2006. En juin 2006, il a été affecté à un poste à l'extérieur du SAD pour des raisons sans lien aucun avec la présente affaire, et il a dû remettre le dossier de l'appellant pour qu'il soit confié à une autre personne. Le nouvel avocat de l'appellant n'a été nommé que le 12 septembre 2006.

[51] On ne saurait blâmer l'appellant d'avoir exercé son droit de choisir un avocat ni du fait que son premier choix ait dû se récuser; néanmoins, le délai que ce choix a occasionné est une conséquence de l'acte volontaire de l'appellant qui a demandé un avocat en particulier

requested a particular counsel and will be counted against him in determining what length of delay is reasonable. This issue was canvassed by the Supreme Court of Canada in *Conway*, above. In that case the accused was being tried for the third time on a murder charge. The accused requested an adjournment because he wanted to change counsel and retain a particular lawyer. He also applied for a change of venue to facilitate his choice of counsel. Justice L'Heureux-Dubé, writing for the majority in *Conway*, above, at paragraphs 34 and 35, stated:

While an accused, in his dealings with the judicial process, benefits from the right to counsel under s. 10(b) of the Charter, this Court remarked in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, that the right to retain counsel has to be exercised with reasonable diligence in light of the circumstances. Delivering the reasons of the majority of the Court, with all members of the Court concurring on this particular point, Lamer J. wrote (at p. 11): “[A]ccused or detained persons have a right to choose their counsel and it is only if the lawyer chosen cannot be available within a reasonable time that the detainee or the accused should be expected to exercise the right to counsel by calling another lawyer.”

The issue under s. 11(b) in the present instance is not whether the appellant had the right to be represented by a counsel of his choice: he had that right (*Ross*, supra). Rather, the issue is whether, having incurred considerable delays in so doing, the appellant can successfully invoke such delays in his claim that his right to be tried within a reasonable time has been infringed. In my view, he cannot. [Emphasis added.]

[52] It is argued that the delay in appointing defence counsel is due, at least in part, to the inherent administrative requirements of the DCS. However, there is no evidence on the record regarding the administrative process of DCS. We do know that, in this instance, Major Appoloni was transferred out of the DCS and that this required the assignment of another defence counsel to the case. The circumstances surrounding the appointment of Major Appoloni's replacement are unknown to the Court.

[53] It is useful to recall that the legal burden to establish a Charter breach lies with the appellant. Where a party raises sufficient concerns regarding the delay,

et cela lui sera défavorable dans la décision relative au caractère raisonnable du délai. La Cour suprême du Canada a examiné cette question dans *Conway*, précité. Dans cette affaire, l'accusé était jugé pour la troisième fois relativement à une accusation de meurtre. L'accusé a demandé un ajournement parce qu'il voulait changer d'avocat et retenir les services d'un avocat en particulier. Il a également demandé un changement du lieu du procès pour faciliter son choix. La juge L'Heureux-Dubé a écrit ce qui suit au nom de la majorité aux paragraphes 34 et 35 de *Conway*, précité :

Bien que, dans le processus judiciaire, tout accusé bénéficie du droit à un avocat, aux termes de l'al. 10b) de la *Charte*, notre Cour a dit dans *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, que le droit de retenir les services d'un avocat doit s'exercer avec une diligence raisonnable eu égard aux circonstances. Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité, et auxquels sur ce point, tous les membres de la Cour ont souscrit, le juge Lamer dit, à la p. 11 : « [L]'accusé ou le détenu a le droit de choisir son avocat et ce n'est que si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable qu'on doit s'attendre à ce que le détenu ou l'accusé exerce son droit à l'assistance d'un avocat en appelant un autre avocat. »

Le point en litige ici au regard de l'al. 11b) n'est pas de savoir si l'appellant avait le droit d'être représenté par l'avocat de son choix : il avait ce droit (*Ross*, précité). Il s'agit plutôt de déterminer si, compte tenu des délais considérables que cela a provoqués, l'appellant peut être admis à invoquer ces délais pour prétendre à la violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. À mon avis, il ne peut pas. [Je souligne.]

[52] Il est allégué que le délai ayant précédé la nomination de l'avocat de la défense est dû, du moins en partie, aux exigences administratives inhérentes au SAD. Toutefois, il n'y a aucune preuve au dossier concernant le processus administratif du SAD. Ce que nous savons, c'est que, dans la présente instance, le major Appoloni a été muté et qu'il a donc fallu nommer un nouvel avocat de la défense chargé du dossier. La Cour ignore les circonstances entourant la désignation du remplaçant du major Appoloni.

[53] Il est utile de rappeler qu'il incombe à l'appellant d'établir qu'il y a eu violation de la Charte. Lorsqu'une partie soulève suffisamment de questions relativement

absent an explanation from the Crown, the Court may conclude that unreasonable delay exists.

[54] The appellant raised such concerns in respect of the five-month delay between the laying and the proffering of charges. However, in respect of the three-month delay to reassign new defence counsel, the appellant has failed to adduce any evidence or provide a reason to shift the evidentiary burden to the Minister to explain the delay.

[55] Even if the appellant had established, and he did not, that the three-month delay in re-assigning his file to a new defence counsel is attributable to the inherent administrative structure of DCS, this would still not help his argument. The jurisprudence also teaches that the conduct of defence counsel in seeking disclosure is a proper consideration in considering the reasonableness of the delay. This principle was applied in *R. v. Macpherson*, 1999 BCCA 403, a case which involved a paragraph 11(b) Charter argument. The British Columbia Court of Appeal unanimously overturned a decision to grant a stay of proceedings in a case about possession of narcotics and ruled that the trial judge erred by ascribing ten months of delay (out of a total 12½-month period) to the Crown's failure to disclose a police officer's notes to the defence. At paragraph 18 of his reasons, Justice Finch stated:

It is clear from the trial judge's review of the case history that Mr. Westlake [the defence counsel] was not diligent in seeking the disclosure of information he knew ought to be made available by the Crown. But the judge does not seem to have given any real weight to the conduct of the defence in deciding whether the overall delay was unreasonable. In my respectful view, in this she erred.

[56] The evidence indicates that the appellant was not diligent in the conduct of his defence. He only contacted Major Appolloni twice between January and June of

à un délai, la Cour peut conclure que le délai était déraisonnable en l'absence d'une explication du ministère public.

[54] L'appellant a soulevé de telles préoccupations concernant le délai de cinq mois entre le moment où les accusations ont été portées et la mise en accusation. Cependant, en ce qui concerne le délai de trois mois avant la désignation d'un nouvel avocat de la défense, l'appellant n'a produit aucune preuve ni donné de raison susceptible de justifier qu'il y ait un renversement du fardeau de la preuve et qu'il incombe au ministre d'expliquer le délai.

[55] Même si l'appellant avait établi, ce qu'il n'a pas fait, que le délai de trois mois pour le transfert de son dossier à un nouvel avocat de la défense était attribuable à la structure administrative inhérente au SAD, cela ne l'aurait pas non plus aidé. Selon la jurisprudence, la conduite de l'avocat de la défense, relativement à la communication de la preuve, est un facteur dont le tribunal peut régulièrement tenir compte dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable du délai. Ce principe a été appliqué dans *R. c. Macpherson*, 1999 BCCA 403, affaire où la Cour a examiné un argument relatif à l'alinéa 11b) de la Charte. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, à l'unanimité, infirmé la décision de surseoir à l'instance et a statué, dans cette affaire où il était question de possession de drogues, que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que le délai de dix mois (sur un délai total de 12 mois et demi) était attribuable au fait que le ministère public n'avait pas communiqué à la défense les notes prises par un agent de police. Au paragraphe 18 de ses motifs, le juge Finch a dit :

[TRADUCTION] Il ressort clairement de l'examen du dossier effectué par la juge de première instance, que M. Westlake [l'avocat de la défense] n'a pas fait preuve de diligence en tentant d'obtenir la communication des renseignements qu'il savait que le ministère public devait lui transmettre. Mais la juge ne semble pas avoir accordé beaucoup d'importance à la conduite de la défense pour décider si le délai global était déraisonnable. Selon moi, il s'agit d'une erreur de sa part.

[56] La preuve révèle que l'appellant n'a pas été diligent dans la conduite de sa défense. Il n'a contacté le major Appolloni qu'à deux reprises entre janvier et juin 2006.

2006. Initial disclosure was forwarded in April 2006 by the prosecution and was not sought by the defence. Even with his own counsel armed with disclosure, it is unclear whether the appellant was ready to proceed to trial in June 2006, prior to Major Appolloni's departure. While it is accepted law that the primary burden to bring a case to trial rests with the prosecution, in the context of a paragraph 11(b) Charter argument, the appellant cannot remain passive. If he elects to do nothing, or does very little and lies in wait, then such conduct will be appropriately considered and weighted in the overall balancing. Here, the appellant's conduct, and specifically his lack of diligence between January and June 2006, supports the military judge's finding that the appellant was not prepared to proceed to trial until October 2006.

### (3) Actions of the Crown

[57] As with the conduct of the accused, this factor does not serve to assign blame. It is rather a means whereby actions of the Crown which delay the trial may be investigated. Such actions include adjournments requested by the Crown, failure or delay in disclosure, change of venue motions, etc. See *Morin*, above, at page 794. These delays will usually be counted against the Crown. On this factor the appellant essentially argues that the overall 15-month delay is due to inaction of the Crown and the slowness with which the prosecution moved the case forward. The appellant also points to the inherent time requirements within the military justice system which further exasperate the situation. These inherent requirements have been discussed in some detail above.

[58] The appellant raises the issue of the pre-charge delay; that is the four-month period between his arrest and the laying of the charges. It is argued that this delay should also be considered in the overall delay period. However, as stated by the military judge in his reasons, the jurisprudence is clear that, for the purposes of determining the reasonableness of the delay, time is counted only after the charges have been laid.

La poursuite a présenté la communication initiale en 2006, communication qui n'avait pas été demandée par la défense. Même après que son avocat eut reçu la communication, il n'est pas certain que l'appellant était prêt à être jugé en juin 2006, avant le départ du major Appolloni. En droit, il appartient à la poursuite de porter une affaire devant le tribunal, mais dans le cadre d'une action fondée sur l'alinéa 11(b) de la Charte, l'appellant ne peut demeurer passif. S'il choisit de ne rien faire ou d'en faire le moins possible et qu'il se contente d'attendre, le tribunal sera autorisé à en tenir compte et il accordera le poids qu'il juge approprié dans sa pondération des divers facteurs. En l'espèce, la conduite de l'appellant et plus particulièrement son manque de diligence entre janvier et juin 2006 confirme la conclusion du juge militaire que l'appellant n'était pas prêt pour l'instruction avant octobre 2006.

### (3) Actes du ministère public

[57] Comme pour la conduite de l'accusé, ce facteur ne sert pas à attribuer des reproches. Il sert plutôt à examiner les actes du ministère public qui retardent le procès. Ces actes comprennent les demandes d'ajournement par le ministère public, le défaut ou le retard en matière de communication de la preuve, les requêtes en renvoi devant une autre cour, etc. Voir *Morin*, précité, à la page 794. En règle générale, ces délais seront défavorables au ministère public. Concernant ce facteur, l'appellant fait essentiellement valoir que le délai global de 15 mois est attribuable à l'inaction du ministère public et à la lenteur avec laquelle la poursuite a fait avancer le dossier. L'appellant mentionne également les délais inhérents au système de justice militaire qui ont exacerbé la situation. Ces exigences inhérentes ont déjà été abordées en détail plus haut.

[58] L'appellant soulève la question du délai ayant précédé les accusations, à savoir la période de quatre mois entre son arrestation et le moment où les accusations ont été portées. Il prétend que ce délai doit également être pris en considération dans l'examen du délai global. Toutefois, comme l'a dit le juge militaire dans ses motifs, la jurisprudence est claire : aux fins d'établissement du caractère raisonnable du délai, la période n'est comptée qu'à partir du moment où les accusations sont portées.

[59] The appellant also claims that there was a delay in receiving disclosure. Here, however, it is the prosecution on April 24, 2006, that made the initial disclosure. The appellant did not request disclosure. The obligation to disclose is triggered by a request by or on behalf of the accused. See *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 at pages 342 and 343. In these circumstances, where the obligation to disclose is not triggered, it would be improper to count the delay relating to disclosure against the prosecution.

(4) Limits on institutional resources

[60] In an ideal world there would be no delays in bringing an accused to trial. Since we do not live in Utopia, the courts have recognized that some allowance must be made for limited institutional resources. See *Askov*, above, at page 1225. The time period for institutional delay starts to run when the parties are ready for trial but the system cannot accommodate them. See *Morin*, above, at pages 794 and 795.

[61] The issue was first brought to the attention of the parties by a letter from the Acting Court Martial Administrator dated February 16, 2006, wherein he indicated that due to the “restriction in judicial availability”, he was unable to provide a trial date at that time and encouraged counsel to continue to provide any information regarding their availability. This letter was in response to an earlier letter, dated February 14, 2006, from the Deputy Director of Military Prosecutions requesting that a Standing Court Martial be convened for the trial of the appellant. From the appellant’s perspective, the availability of judicial resources lies at the heart of this appeal. It is the appellant’s position that, after receipt of the February 16, 2006 letter from the Acting Court Martial Administrator, both parties adopted the view that diligence in taking the required steps to move the case forward would be futile in any event since no judge was available to hear the case at that time. As a result, timely measures were not taken by either the Crown or the appellant.

[62] It is noteworthy that the appellant, who seeks to have the delay caused by lack of judicial resources counted in his favour, did not provide information

[59] L’appelant prétend également qu’il y a eu un délai dans la communication de la preuve. En l’espèce toutefois, c’est la poursuite qui, le 24 avril 2006, a présenté la communication initiale. L’appelant ne l’avait pas demandée. Une demande de divulgation, présentée par l’accusé ou en son nom, fait naître une obligation en ce sens. Voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 aux pages 342 et 343. Ainsi, s’il n’y a pas eu de demande et que l’obligation n’existe pas, il serait irrégulier de conclure que le délai relatif à la communication est défavorable à la poursuite.

(4) Limites des ressources institutionnelles

[60] Dans un monde idéal, le procès d’un prévenu serait tenu sans délai. Cependant, ce monde n’existe pas et les tribunaux ont reconnu qu’il faut bien faire la part des ressources institutionnelles limitées. Voir *Askov*, précité, à la page 1225. Le délai institutionnel est la période qui commence quand les parties sont prêtes pour le procès mais le système ne peut leur permettre de procéder. Voir *Morin*, précité, aux pages 794 et 795.

[61] La question a été portée à l’attention des parties pour la première fois dans une lettre, en date du 16 février 2006, de l’administrateur intérimaire de la cour martiale dans laquelle il disait qu’à cause de [TRADUCTION] « la pénurie des ressources judiciaires », il ne pouvait fixer la date du procès et encourageait les avocats à continuer de le tenir informé de leurs disponibilités. La lettre était une réponse à une lettre antérieure, datée du 14 février 2006, du directeur adjoint des poursuites militaires, demandant qu’une cour martiale permanente soit convoquée pour le procès de l’appelant. Du point de vue de l’appelant, la disponibilité des ressources judiciaires est au cœur de l’appel. Il fait valoir qu’après avoir reçu la lettre du 16 février 2006 de l’administrateur intérimaire de la cour martiale, les deux parties ont décidé qu’il serait futile de prendre des mesures pour accélérer l’affaire puisque, de toute façon, aucun juge n’était disponible pour l’entendre. Par conséquent, ni le ministère public ni l’appelant n’ont pris de mesures en temps opportun.

[62] Il faut mentionner que l’appelant, qui demande que le délai causé par l’absence de ressources judiciaires joue en sa faveur, n’a fourni aucun renseignement concernant



regarding his availability as requested by the Acting Court Martial Administrator in his February 16, 2006 letter. The prosecution on the other hand is on the record requesting that a Standing Court Martial be convened for the trial of the appellant.

[63] The weight to be given to resource limitations must be assessed in light of the fact that government has a constitutional obligation to commit sufficient resources to prevent unreasonable delay. The Courts have adopted, in any given case, a suggested period of time beyond which the delay would be unreasonable. This period is referred to as an administrative guideline which is not a limitation period and is to be determined in light of the particular facts of each case. Mr. Justice Sopinka at pages 796 and 797 of *Morin*, above, stated that the following considerations enter into the adoption of such a guideline:

A number of considerations enter into the adoption of a guideline and its application by trial courts. A guideline is not intended to be applied in a purely mechanical fashion. It must lend itself and yield to other factors. This premise enters into its formulation. The Court must acknowledge that a guideline is not the result of any precise legal or scientific formula. It is the result of the exercise of a judicial discretion based on experience and taking into account the evidence of the limitations on resources, the strain imposed on them, statistics from other comparable jurisdictions and the opinions of other courts and judges, as well as any expert opinion. With respect to the use of statistics, care must be taken that a comparison of jurisdictions is indeed a comparative analysis. For example, in *Askov* we were given statistics with respect to Montreal in an affidavit by Professor Baar. Subsequently, it was brought to our attention that this was a misleading comparison. Evidence was led in this appeal showing that the manner in which criminal charges are dealt with in Montreal and Brampton is sufficiently dissimilar so as to make statistics drawn from the two jurisdictions of limited comparative value. Comparison with other jurisdictions is therefore to be applied with caution and only as a rough guide. These then are the factors which enter into the formulation by an appellate court of a guideline with respect to administrative delay. I now turn to its application in the trial courts.

sa disponibilité, comme l'avait demandé l'administrateur intérimaire de la cour martiale dans sa lettre du 16 février 2006. Par contre, selon le dossier, la poursuite a demandé la convocation d'une cour martiale permanente pour entendre le procès de l'appellant.

[63] Le poids qu'il faut accorder aux ressources limitées doit être établi eu égard au fait que le gouvernement a l'obligation constitutionnelle d'offrir suffisamment de ressources pour empêcher tout délai déraisonnable. Les tribunaux déterminent, pour chaque affaire, le délai qui serait déraisonnable. Cette période est décrite comme étant une ligne directrice qui n'est pas un délai de prescription et qui doit être établie en tenant compte des faits propres à chaque affaire. Aux pages 796 et 797 de *Morin*, précité, le juge Sopinka a dit que les considérations suivantes étaient importantes dans l'adoption d'une telle ligne directrice :

L'adoption d'une ligne directrice et son application par les tribunaux de première instance prennent en compte un certain nombre de considérations. Une ligne directrice n'est pas destinée à être appliquée d'une manière purement mécanique. Elle doit se prêter à l'application d'autres facteurs et céder devant ceux-ci. Cette prémisse s'inscrit dans sa formulation. La Cour doit reconnaître qu'une ligne directrice ne résulte pas d'une formule juridique ou scientifique précise. Elle découle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire fondé sur l'expérience et qui tient compte de la preuve concernant la pression imposée sur des ressources limitées, les statistiques provenant de juridictions comparables et l'avis des autres juges et tribunaux ainsi que celui d'experts. En ce qui a trait à l'utilisation des statistiques, il faut s'assurer qu'une comparaison entre les juridictions soit vraiment une analyse comparative. Par exemple, dans l'arrêt *Askov*, on nous a présenté des statistiques relativement à Montréal dans l'affidavit du professeur Baar. Par la suite, on a porté à notre attention qu'il s'agissait d'une comparaison trompeuse. En l'espèce, on a présenté des éléments de preuve qui démontrent que la manière de traiter les accusations criminelles à Montréal et à Brampton est suffisamment différente pour que les statistiques provenant des deux juridictions aient une valeur comparative limitée. Par conséquent, la comparaison entre les juridictions doit être appliquée avec prudence et uniquement à titre de guide sommaire. Voilà donc les facteurs qui entrent dans la formulation par une cour d'appel d'une ligne directrice relative au délai administratif. J'examinerai maintenant son application dans les tribunaux de première instance.

[64] In the instant case there is no evidence regarding the limitation of resources, the strain imposed on them, statistics from comparable jurisdictions or expert opinions. This is the sort of evidence that a court would consider in adopting an appropriate administrative guideline in any given case. Given the lack of evidence here, it would be difficult, if not impossible, to set and adopt such a guideline.

[65] In any event, it would serve no useful purpose, in this case, to determine and adopt an administrative guideline. I say this because I have not been persuaded that the evidence supports the appellant's contention that there exists a compelling causal link between the lack of judicial resources and the delay in setting down the matter for trial. The delay is also caused by other factors, many of which are attributable to the actions of the appellant. The weight of the evidence establishes that the appellant took no positive action to move the file along, failed to keep the Acting Court Martial Administrator informed of his availability, did not seek disclosure and made no express request to have the matter set down for trial. Further, the actions of the appellant regarding his choice of counsel and his subsequent replacement have led to a concession that neither party was in a position to proceed to trial until September 2006. On the whole of the evidence, the military judge did not err in determining that the parties were not ready to proceed to trial until October 2006. It was also reasonably open to the military judge, on the evidence, to find that the time period for delay by reason of lack of institutional resources started to run in October 2006 when the parties were ready for trial. Since the trial was held in December 2006, no serious issue is raised here with respect to the limits on judicial resources.

(5) Prejudice to the Accused

[66] Prejudice to the accused may be inferred from prolonged delay. The longer the delay, the more likely that such an inference may be drawn. In circumstances where prejudice is not inferred or not otherwise proved, the basis for the enforcement of the individual right is seriously undermined. See *Morin*, above, at page 801. The Supreme Court has also recognized that the paragraph 11(b) Charter right is one that can often be

[64] En l'espèce, il n'y a aucune preuve concernant les limites des ressources, la pression sur ces ressources, statistiques concernant des juridictions comparables ou opinions d'experts. Voilà le type de preuves dont tiendrait compte un tribunal dans l'adoption d'une ligne directrice appropriée dans une affaire. Étant donné l'absence d'une telle preuve en l'espèce, il serait difficile, voire impossible, d'établir et d'adopter une telle ligne directrice.

[65] Quoiqu'il en soit, il ne serait pas du tout utile, en l'espèce, d'établir et d'adopter une ligne directrice. Je suis de cet avis parce qu'on ne peut être convaincu que la preuve étaye la prétention de l'appelant selon laquelle il existe un lien de causalité entre la pénurie de ressources judiciaires et le délai pour l'audition de sa cause. Le délai est également causé par d'autres facteurs dont nombre sont attribuables aux actes de l'appelant. Le poids de la preuve établit que l'appelant n'a pris aucune mesure positive pour faire avancer son dossier, n'a pas informé l'administrateur intérimaire de la cour martiale de ses disponibilités, n'a pas demandé la communication de la preuve et n'a fait aucune demande expresse pour que le procès ait lieu. En outre, les actes de l'appelant concernant son choix d'avocat et son remplacement subséquent lui ont fait reconnaître qu'aucune des parties n'était en mesure de participer à un procès avant septembre 2006. Compte tenu de l'ensemble de la preuve, le juge militaire n'a commis aucune erreur en concluant que les parties n'étaient pas prêtes avant octobre 2006. Vu la preuve, il était également raisonnable que le juge militaire décide que le délai causé par la pénurie de ressources institutionnelles avait commencé en octobre 2006, au moment où les parties ont été prêtes pour l'instruction. Puisque le procès a eu lieu en décembre 2006, il n'y a aucun motif sérieux relativement aux limites des ressources judiciaires.

(5) Préjudice subi par l'accusé

[66] On peut déduire que l'accusé a subi un préjudice en raison de la longueur du délai. Plus le délai est long, plus il est vraisemblable qu'on pourra faire une telle déduction. Dans des circonstances où on ne déduit pas qu'il y a eu préjudice et où celui-ci n'est pas autrement prouvé, le fondement nécessaire à l'application du droit individuel est gravement ébranlé. Voir *Morin*, précité, à la page 801. La Cour suprême a également reconnu que

transformed from a protective shield to an offensive weapon in the hands of the accused. This may occur in instances where the interest of an accused lies in having the right infringed by the prosecution so that he can escape a trial on the merits. The right must therefore be interpreted in a manner which recognizes the abuse which may be invoked by some accused. It is recognized that inaction by an accused is a relevant consideration in assessing the degree of prejudice, if any, that an accused has suffered as a result of delay. The Supreme Court has cautioned, however, that in taking into account inaction by the accused, the Court must be careful not to subvert the principle that there is no legal obligation on the accused to assert the right.

[67] Two questions therefore arise when prejudice by reasons of undue delay is alleged. First, can prejudice to the accused be inferred from the facts of the case? Second, if no prejudice is inferred, has prejudice to the accused been proven?

[68] With regards to the inferred prejudice, while the appellant was not required to do anything to expedite his trial, his inaction can be taken into account in assessing prejudice. Here, the appellant did not respond to the invitation of the Acting Court Martial Administrator to keep him informed of his availability. No request was made by the appellant to expedite his trial and it is not helpful to speculate on whether an earlier trial date would have been possible had such a request been made. It is however reasonable to infer from the appellant's inaction that he was content with the pace with which things were proceeding. I am therefore not prepared in these circumstances to infer any prejudice to the appellant.

[69] I will now turn to consider whether any prejudice has been established on the evidence. The appellant contends that the chair treatment he endured after charges were laid is a major component of the prejudice he suffered. He also asserts prejudice based on his dismissal from the CF and the loss of his job at a call center in Bathurst, New Brunswick, in December 2006 when he had to return to CFB Borden for his trial.

le droit que confère l'alinéa 11*b*) de la Charte, conçu comme un bouclier, peut souvent se transformer en arme offensive entre les mains de l'accusé. Cela peut se produire lorsque l'accusé a tout intérêt à ce que la poursuite viole ce droit de manière à ce qu'il ne subisse pas son procès sur le fond. Ce droit doit être interprété de manière à reconnaître l'abus que certains accusés peuvent invoquer. Il est reconnu que l'inaction d'un accusé est une considération pertinente dans l'évaluation du préjudice, si préjudice il y a, qu'a subi un accusé à cause du délai. La Cour suprême a toutefois averti qu'en tenant compte de l'inaction de l'accusé, la Cour doit prendre soin de ne pas renverser le principe selon lequel il n'y a aucune obligation juridique de la part de l'accusé de faire valoir le droit.

[67] Deux questions se posent donc lorsqu'on allègue un préjudice en raison d'un délai indu. Premièrement, peut-on inférer des faits en cause que l'accusé a subi un préjudice? Deuxièmement, s'il n'a pas été possible de déduire qu'il y a eu préjudice, le préjudice a-t-il été prouvé?

[68] Concernant le préjudice qui aurait été déduit, l'appelant n'avait pas l'obligation d'accélérer son procès, mais son inaction peut être prise en considération dans l'évaluation du préjudice. En l'espèce, l'appelant n'a pas réagi à la demande de l'administrateur intérimaire de la cour martiale de l'informer de ses disponibilités. L'appelant n'a pas demandé que son procès ait lieu rapidement et il est inutile de se demander s'il aurait été possible de tenir le procès plus tôt s'il l'avait fait. Il est toutefois raisonnable d'inférer de l'inaction de l'appelant qu'il se contentait de la manière dont les choses se déroulaient. Dans ces circonstances, je ne suis donc pas disposé à conclure que l'appelant a subi un préjudice.

[69] Je vais maintenant examiner la question de savoir si l'existence d'un préjudice a été établie. L'appelant prétend que le traitement de la chaise qu'il a subi après avoir été accusé est un élément important du préjudice. Il allègue également avoir subi un préjudice à cause de sa libération des FC et de la perte de son emploi dans un centre d'appels, à Bathurst (Nouveau-Brunswick), en décembre 2006, quand il a dû retourner à la BFC de Borden pour son procès.

[70] With regards to the latter allegation of prejudice, involving the loss of employment at the call center, the appellant has not persuaded me that any prejudice here can be attributed to the delay. The appellant's testimony is that he had only been working at the call center for 2½ weeks. Moreover, the evidence establishes that he did not tell the employer about the court martial; instead, he stated that "I had matters that were unfinished business with the military." There is no evidence to link the employer's decision to release the appellant to pending charges or to any delay in setting down a trial date.

[71] As to his release from the CF, there is no evidence that this was a result of the delay. Rather, the release was in large part based on the history of problems the appellant had during his years of service with the CF. The merits of the challenge to his being released under the particular QR&O provision will be settled in a different forum than this. In my view, there is no prejudice resulting from the appellant's release from the CF that can be ascribed to the delay before the trial.

[72] Finally, the evidence does not support the appellant's contention that the prejudice that resulted from the chair treatment he was required to endure is linked to the delay in bringing the case to trial. The evidence establishes that the appellant was given meaningful work upon submitting a written request nearly 11 months prior to the trial. Consequently, the chair treatment is in no way related to the post-charge delay.

[73] There is insufficient evidence here to find that the chair treatment was punishment for the two offences for which the appellant was charged. However, the timing of the impugned treatment certainly raises concerns relating to pre-trial punishment. The evidence establishes that the treatment was imposed shortly after the laying of the charges and not for medically related reasons. Had it been established in the evidence that the chair treatment was tantamount to pre-trial punishment, then the appellant's right to be presumed innocent of the charges would have been undermined.

[70] Concernant la dernière allégation de préjudice relativement à la perte d'emploi au centre d'appels, l'appelant ne m'a pas convaincu que le préjudice ait été causé par le délai. L'appelant a témoigné qu'il ne travaillait que depuis 2 semaines et demie au centre d'appels. En outre, la preuve établit qu'il n'a pas avisé son employeur qu'il allait comparaître devant la cour martiale. Il a plutôt dit : [TRADUCTION] « J'ai des choses à régler avec l'armée. » Aucune preuve ne permet d'établir un lien entre la décision de l'employeur de renvoyer l'appelant et les accusations en instance ou un délai quelconque dans la détermination de la date du procès.

[71] En ce qui a trait à la libération des FC, rien ne prouve qu'elle soit le résultat du délai. Au contraire, la libération était en grande partie fondée sur les divers problèmes que l'appelant a eus pendant ses années de service dans les FC. Il sera statué sur le bien-fondé de sa contestation de sa libération en vertu d'une disposition des ORFC par une autre instance que la présente. Selon moi, aucun préjudice découlant de la libération de l'appelant des FC n'est attribuable au délai avant la tenue du procès.

[72] Enfin, la preuve n'étaye pas la prétention de l'appelant selon laquelle le préjudice découlant du traitement de la chaise qu'il a été forcé d'endurer est lié au délai avant la tenue du procès. La preuve établit que l'appelant a obtenu un travail utile après avoir déposé une demande écrite, près de 11 mois avant le procès. Par conséquent, le traitement de la chaise n'est aucunement lié au délai qui a suivi les accusations.

[73] Il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve en l'espèce pour conclure que le traitement de la chaise était une punition pour les deux infractions dont l'appelant avait été accusé. Toutefois, le moment où le traitement a eu lieu soulève très certainement des questions quant à la possibilité qu'on ait voulu punir l'accusé avant même son procès. La preuve établit que le traitement a été imposé peu après que les accusations aient été portées et qu'il n'était pas lié à des raisons d'ordre médical. Si la preuve avait établi que le traitement de la chaise était l'équivalent d'une punition avant jugement, le droit de l'appelant d'être présumé innocent des accusations portées contre lui aurait été violé.

[74] On the whole of the evidence, I find that the military judge did not err in finding that the appellant's treatment prior to his release was a punishment or was exacerbated by any delay in proceeding to trial. I also find that it was open to the military judge to conclude that the appellant did not suffer any prejudice caused by the delay, beyond the ordinary stress and anxiety that must be endured by any accused facing serious criminal charges.

E. *Conclusion on the appeal of the motion for a stay*

[75] Upon considering and balancing the *Morin* factors in the circumstances of this case, and upon taking into account the interests which paragraph 11(b) of the Charter is designed to protect, I am of the view that the military judge did not err in concluding that the 15-month post-charge delay leading to trial, although warranting scrutiny, was not unreasonable in the circumstances. The military judge committed no palpable and overriding error in dismissing the application for a stay of proceedings. It follows that this Court's intervention is not warranted with respect to the first ground of appeal raised by the appellant.

IV. Was the verdict unreasonable?

A. *Facts relating to the verdict*

[76] Evidence supporting the charge was established mainly through the testimony of the undercover operative, Sergeant MacLeod. For the purposes of this appeal, the appellant has conceded that the drug transactions did take place as described by Sergeant MacLeod, and thus there is no dispute as it relates to the judge accepting his evidence and basing his factual findings thereon.

[77] Sergeant MacLeod was a military policeman who took part in an investigation of drug activity at CFB Borden. He played the role of a new member of the appellant's unit and met the appellant through another target of the investigation. On April 8, 2005, Sergeant MacLeod asked the appellant if he could get him "some stuff," the appellant asked what he wanted, and Sergeant MacLeod replied that he wanted an "8-ball" of cocaine. Sergeant

[74] Compte tenu de l'ensemble de la preuve, je conclus que le juge militaire n'a commis aucune erreur en concluant que le traitement subi par l'appelant avant sa libération constituait une punition ou qu'il ait été exacerbé par le délai avant la tenue du procès. J'estime également qu'il était loisible au juge militaire de conclure que l'appelant n'avait subi aucun préjudice à cause du délai, hormis le stress et l'angoisse que vivent tous les accusés qui font face à des accusations criminelles graves.

E. *Conclusion concernant l'appel relatif à requête en suspension d'instance*

[75] Après avoir examiné et pondéré les facteurs *Morin* eu égard aux circonstances de l'espèce et tenu compte des droits que l'alinéa 11b) de la Charte doit protéger, je suis d'avis que le juge militaire n'a pas commis d'erreur en concluant que le délai de 15 mois entre les accusations et le procès n'était pas déraisonnable dans les circonstances, même si un examen était justifié. Le juge militaire n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en rejetant la requête en suspension d'instance. L'intervention de la Cour n'est donc pas justifiée relativement au premier motif d'appel soulevé par l'appelant.

IV. Le verdict était-il déraisonnable?

A. *Faits liés au verdict*

[76] La preuve produite au soutien de l'accusation a été principalement le témoignage de l'agent d'infiltration, le Sergent MacLeod. Aux fins du présent appel, l'appelant a reconnu que les transactions de drogues avaient eu lieu de la façon décrite par le Sergent MacLeod, et il n'y a donc aucun litige en ce qui a trait à l'acceptation de cette preuve par le juge et au fait qu'il ait fondé ses conclusions de fait sur ce témoignage.

[77] Le Sergent MacLeod était un policier militaire qui avait participé à une enquête sur des activités de drogues à la BFC de Borden. Il a prétendu être un nouveau membre de l'unité de l'appelant et a rencontré ce dernier par l'entremise d'une autre personne visée par l'enquête. Le 8 avril 2005, le Sergent MacLeod a demandé à l'appelant s'il pouvait lui procurer de la drogue. L'appelant lui a demandé ce qu'il voulait et le Sergent MacLeod a

MacLeod then drove the appellant into Angus, a small town near the base. During the drive, the appellant made a call on his cell phone and stated words to the effect that the deal was to go ahead and the price would be \$200.

[78] They picked up the supplier at a bar in Angus and drove to an apartment building. The appellant left the vehicle and then returned and told Sergeant MacLeod that the price was now \$220 as it was apparently the last of “the guy’s stuff.” Sergeant MacLeod gave the appellant another \$20 thereby paying the requested amount in full. The appellant left and returned a few minutes later and handed Sergeant MacLeod a bag, which contained approximately three grams of cocaine.

[79] On April 11, 2005, Sergeant MacLeod told the appellant he was looking for cocaine and Ecstasy pills. The appellant stated that he could “hook him up.” Sergeant MacLeod again drove the appellant to the same apartment building in Angus the next day after work. This time they picked up another soldier who also wanted drugs. The appellant went in, came back out, and gave Sergeant MacLeod two “flaps” of paper containing a total of approximately one gram of cocaine. Sergeant MacLeod gave the appellant \$80 for the cocaine. Appellant gave the other soldier three “flaps” of paper.

#### B. *The military judge’s finding relating to the verdict*

[80] The military judge began by setting out the defence theory that the appellant’s actions do not amount to trafficking because he was only acting as an agent for the purchaser of drugs. He then instructed himself on the principles relating to the burden of proof, the presumption of innocence, and reasonable doubt.

[81] He accepted the evidence of Sergeant MacLeod as it related to his dealings with the appellant in April 2005. He discussed the defence theory in light of the Supreme Court’s decision in *R. v. Greyeyes*, [1997] 2 S.C.R. 825 but found on the facts of the case that the appellant did

répondu qu’il voulait une dose de cocaïne. Le Sergent MacLeod a ensuite conduit l’appellant à Angus, une petite ville située près de la base. Pendant le trajet, l’appellant a fait un appel sur son téléphone cellulaire et a dit quelque chose qui signifiait que la transaction pouvait avoir lieu et que le prix serait de 200 \$.

[78] Ils sont allés chercher le fournisseur dans un bar, à Angus, et se sont rendus en voiture à un immeuble d’habitation. L’appellant est sorti du véhicule puis il est revenu et a dit au Sergent MacLeod que le prix était de 220 \$ puisque c’était apparemment la dernière [TRADUCTION] « dose du gars ». Le Sergent MacLeod a remis un autre 20 \$ à l’appellant et a donc payé toute la somme demandée. L’appellant est parti, il est revenu quelques minutes plus tard et a remis un sac contenant environ trois grammes de cocaïne au Sergent MacLeod.

[79] Le 11 avril 2005, le Sergent MacLeod a dit à l’appellant qu’il cherchait de la cocaïne et des pilules d’ecstasy. L’appellant a déclaré qu’il pouvait faire les démarches avec quelqu’un. Le lendemain, après le travail, le Sergent MacLeod a de nouveau conduit l’appellant au même immeuble, à Angus. Cette fois, ils ont pris avec eux un autre soldat qui voulait lui aussi de la drogue. L’appellant est entré, est ressorti et a remis deux « morceaux de papier plié » contenant environ un gramme de cocaïne en tout au Sergent MacLeod. Le Sergent MacLeod a remis 80 \$ à l’appellant pour la cocaïne. L’appellant a remis les trois autres « morceaux de papier plié » à l’autre soldat.

#### B. *Conclusion du juge militaire relativement au verdict*

[80] Le juge militaire a commencé par décrire la théorie de la défense selon laquelle les actes de l’appellant ne constituaient pas du trafic parce qu’il n’était qu’un simple intermédiaire pour l’acheteur. Il a ensuite rappelé les principes liés au fardeau de la preuve, à la présomption d’innocence et au doute raisonnable.

[81] Il a accepté la preuve du Sergent MacLeod concernant ses rapports avec l’appellant en avril 2005. Il a analysé la théorie de la défense à la lumière de l’arrêt de la Cour suprême *R. c. Greyeyes*, [1997] 2 R.C.S. 825 mais il a conclu, compte tenu des faits en cause, que l’appellant

far more than act for the purchaser. The military judge noted that it was the appellant who, on both occasions located a source of the supply of the cocaine, made some unspecified arrangements with a supplier of the drugs, set the price to be paid, took the purchase money from Sergeant MacLeod, obtained the drugs from someone in the apartment building, and delivered the drugs to Sergeant MacLeod.

[82] The military judge dismissed the appellant's argument that he merely assisted the purchaser to obtain cocaine from an unidentified supplier in the apartment building. He held that even if there was in fact a third party in the apartment, the appellant's actions had the effect of maintaining his anonymity. In doing so, the appellant assisted the supplier in effecting the sale and was therefore liable as a party to the offence of trafficking.

### *C. Position of the appellant on the verdict*

[83] The appellant argues that he should not be found guilty of trafficking as he only assisted the purchaser. He bases this proposition on *Greyeyes*, above, where Justice L'Heureux-Dubé stated that "where the evidence reveals no more than incidental assistance of the sale through aiding the purchaser, a person so involved should not be treated as a trafficker, but as a purchaser."

[84] The appellant argues that the military judge erred in concluding that he "demonstrated a concerted effort to effect the transfer of narcotics." In particular, the appellant asserts that:

- (i) the military judge seems to have ignored the fact that it was MacLeod who approached the appellant about drugs and was eager in getting the drugs, as shown by his offers to drive the appellant to town;
- (ii) the appellant was not in possession of narcotics; and
- (iii) the judge seems to have misconstrued the evidence as he concluded that it was the appellant who set the price of the drugs.

n'avait pas qu'agi pour le compte de l'acheteur. Le juge militaire a mentionné que c'était l'appelant qui, à deux reprises, avait trouvé la source d'approvisionnement en cocaïne, avait convenu d'un certain arrangement avec le fournisseur de drogues, avait indiqué le prix à payer, pris l'argent du Sergent MacLeod, obtenu la drogue d'une personne qui se trouvait dans l'immeuble d'habitation et l'avait remise au Sergent MacLeod.

[82] Le juge militaire a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel il s'était contenté d'aider l'acheteur à obtenir de la cocaïne d'un fournisseur inconnu de l'immeuble d'habitation. Il a conclu que même s'il y avait réellement une tierce partie dans l'appartement, les actes de l'appelant lui avaient permis de conserver l'anonymat. Ce faisant, l'appelant avait aidé le fournisseur à conclure la vente et il était donc responsable en tant que partie à l'infraction de trafic de drogues.

### *C. Position de l'appelant relativement au verdict*

[83] L'appelant prétend qu'il ne doit pas être déclaré coupable de trafic puisqu'il n'a fait qu'aider l'acheteur. Il fonde sa position sur *Greyeyes*, précité, où la juge L'Heureux-Dubé a dit que « [d]ans les situations où il ressort des faits que l'aide fournie à l'acheteur n'a été rien de plus qu'une aide accessoire à la vente, le bon sens exige que ces personnes soient traitées comme des acheteurs et non comme des trafiquants ».

[84] L'appelant soutient que le juge militaire a commis une erreur en concluant qu'il y avait eu « un effort concerté de réaliser le transfert de stupéfiants ». En particulier, l'appelant soutient que :

- (i) le juge militaire semble ne pas avoir tenu compte du fait que c'était MacLeod qui avait abordé l'appelant au sujet de drogues et qui voulait obtenir de la drogue, comme le révèle son offre de conduire l'appelant à la ville;
- (ii) l'appelant n'était pas en possession de stupéfiants; et
- (iii) le juge semble avoir mal interprété la preuve puisqu'il a conclu que c'était l'appelant qui avait fixé le prix de la drogue.

[85] The appellant also contends that the judge committed a fatal error by speculating that “it is possible ... that the supply of cocaine was simply stored by the accused somewhere in the apartment building and that he was merely pretending to obtain the drugs from someone else.” It is argued that such a statement indicates that the judge was attaching less weight to the appellant’s statement about the unidentified seller when there was no evidence to contradict this assertion of fact. Also, the judge’s conclusion that the appellant assisted the seller by maintaining the anonymity of the seller should not have been made without having evidence on the *modus operandi* of the drug traffickers; in the alternative, this conclusion would not, in and of itself, be determinative of guilt.

[86] It is argued that that this case is similar to *R. v. Ahamad*, 181 C.C.C. (3d) 56, 2003 CanLII 4875 (ON SC) in which the accused was acquitted of a trafficking charge in a situation where he was approached by a man in a wheelchair about obtaining cocaine. The appellant argues that the factors leading to the Court’s conclusion in *Ahamad* that the accused was acting as an agent for the purchaser — that the undercover officer initiated the drug transaction, that the accused acted out of sympathy, and that the accused received no remuneration for his actions — are present in this case. On the totality of the evidence, the military judge should have found that he acted for the purchaser, not as a trafficker.

#### D. Position of the respondent on the verdict

[87] With respect to the military judge’s speculative finding about the possibility there was no other seller in the apartment building, the respondent submits that the judge was merely expressing a concern in the impugned passage about the appropriate weight to attach to the self-serving statements of a person engaged in a drug transaction. The respondent points out that the judge’s comments immediately following the above passage demonstrate that his decision to reject the theory of the defence did not hinge on this speculation: “... but even on the theory of the defence, that the supplier of the cocaine was an unknown person in [the] apartment building, the actions of the accused had the effect of maintaining the anonymity of the supplier from [Sargent

[85] L’appelant prétend également que le juge a commis une erreur fatale en supposant qu’il « est possible [...] que la cocaïne ait été tout simplement entreposée par l’accusé quelque part dans l’immeuble d’habitation et qu’il n’ait fait que prétendre obtenir la drogue de quelqu’un d’autre ». Il allègue qu’une telle observation indique que le juge accordait peu de poids à la déclaration de l’appelant concernant le vendeur anonyme alors qu’il n’y avait aucune preuve contredisant cette affirmation de fait. En outre, le juge n’aurait pas dû conclure que l’appelant avait aidé le vendeur à préserver l’anonymat sans avoir une preuve concernant le *modus operandi* des trafiquants de drogues; subsidiairement, cette conclusion ne serait pas, en soi, déterminante en ce qui concerne la culpabilité de l’appelant.

[86] On fait valoir que la présente affaire est semblable à *R. c. Ahamad*, 181 C.C.C. (3d) 56, 2003 CanLII 4875 (ON SC) où l’accusé a été acquitté d’une accusation de trafic de drogues dans des circonstances où il avait été abordé par un homme en fauteuil roulant qui voulait obtenir de la cocaïne. L’appelant prétend que les facteurs qui ont amené la cour à conclure, dans *Ahamad*, que l’accusé avait agi comme mandataire de l’acheteur, savoir que l’agent d’infiltration avait pris l’initiative relativement à la transaction, que l’accusé avait agi par pitié et qu’il n’avait pas été rémunéré pour ce qu’il avait fait, sont présents en l’espèce. Compte tenu de l’ensemble de la preuve, le juge militaire aurait dû conclure que l’appelant avait agi pour le compte de l’acheteur et non comme trafiquant.

#### D. Position de l’intimée relativement au verdict

[87] En ce qui concerne la conclusion de nature spéculative tirée par le juge militaire selon laquelle il n’y avait aucun autre vendeur dans l’immeuble d’habitation, l’intimée prétend que, dans cette partie de ses motifs, le juge exprimait tout simplement un doute au sujet du poids qu’il fallait accorder à des déclarations intéressées provenant d’une personne qui participait à une transaction de drogues. L’intimée fait valoir que les observations du juge qui suivent immédiatement le passage ci-dessus démontrent que sa décision de rejeter la théorie de la défense ne se fondait pas sur cette supposition : « [...] mais même selon la théorie de la défense selon laquelle le fournisseur de cocaïne était une personne inconnue vivant dans l’immeuble d’habitation, les actes



MacLeod].” This comment shows that the judge found the appellant guilty as a party to the offence committed by the unknown seller and therefore he could not have relied on the speculation that there was actually no seller in the building.

[88] In terms of requiring evidence about the *modus operandi* of drug traffickers, the respondent argues that it is a matter of common sense that all persons engaged in illegal activity such as drug dealing have an interest in maintaining their anonymity. It was unnecessary for the judge to receive evidence about *modus operandi* to find that the appellant was liable as a party to the offence by assisting the seller to maintain his/her anonymity.

[89] The respondent denies that this case is similar to *Ahamad*, above, because the undercover police officer in that case had pretended to be confined to a wheelchair and, unlike here, there was evidence about the accused’s motivation: “... he agreed to participate in criminal activity to help the purchaser, because he believed him to be disabled, in pain and vulnerable to being victimized by people he knew to be of unsavoury character.” See *Ahamad*, above at paragraph 27.

[90] Finally, the respondent maintains that the judge’s finding that the appellant did far more than act as a purchaser was correct in fact and law. The finding was based on the undisputed testimony of Sergeant MacLeod, which the judge accepted as a whole. The respondent contends that the judge did not disregard or misconstrue any evidence, as alleged by the appellant. The decision is consistent with *Greyeyes*, above, and other cases that have applied the analysis of the “agent for the purchaser” defence. The respondent submits that there was sufficient evidence before the judge to support the guilty verdicts on both charges.

#### E. Analysis

[91] The appellant’s case rests on the “agent for purchaser” defence described by the Supreme Court in

de l’accusé ont eu pour effet de maintenir l’anonymat de cette personne par rapport [au Sergent MacLeod] ». Cette observation indique que le juge a conclu que l’appelant était coupable comme partie à l’infraction perpétrée par le vendeur inconnu et qu’il ne s’était par conséquent pas fondé sur la supposition qu’il n’y avait pas réellement de vendeur dans l’édifice.

[88] Quant à l’exigence d’une preuve concernant le *modus operandi* des trafiquants de drogues, l’intimée prétend que le bon sens exige que toutes les personnes qui s’adonnent à une activité illégale, comme le trafic de drogues, ont intérêt à conserver l’anonymat. Il n’était pas nécessaire que le juge soit saisi d’une preuve concernant le *modus operandi* pour conclure que l’appelant était responsable comme partie à l’infraction du fait qu’il avait aidé le vendeur à demeurer anonyme.

[89] L’intimée nie que la présente affaire soit semblable à *Ahamad*, précité, parce que, dans cette affaire, le policier banalisé avait fait semblant d’être cloué à un fauteuil roulant et, contrairement à la présente affaire, il y avait une preuve relative à la motivation de l’accusé : [TRA-DUCTION] « [...] il a accepté de participer à une activité criminelle pour aider l’acheteur, parce qu’il croyait qu’il était handicapé, qu’il souffrait et qu’il pouvait facilement être victime de personnes qu’il savait être louches. » Voir *Ahamad*, précité, au paragraphe 27.

[90] Enfin, l’intimée soutient que la conclusion du juge selon laquelle l’appelant n’avait pas seulement agi comme acheteur était fondée en fait et en droit. La conclusion était fondée sur le témoignage non contesté du Sergent MacLeod que le juge a accepté dans sa totalité. L’intimée prétend que le juge n’a ni rejeté ni mal interprété des éléments de preuve, comme l’allègue l’appelant. La décision est compatible avec *Greyeyes*, précité, et avec d’autres décisions dans lesquelles a été effectuée l’analyse du moyen de défense du « mandataire de l’acheteur ». L’intimée soutient que la preuve dont le juge était saisi était suffisante pour confirmer les verdicts de culpabilité relativement aux deux accusations.

#### E. Analyse

[91] L’argumentation de l’appelant repose sur la défense du « mandataire de l’acheteur » décrite par la Cour

*Greyeyes*, above. In that case, the accused assisted an undercover police officer both to find a source of cocaine and to buy a quantity of it, and the officer paid him for his help. The issue before the Court was whether someone either acting as an agent for a purchaser of narcotics or assisting a purchaser to buy narcotics can be found to be a party to the offence of trafficking under subsection 21(1) of the *Criminal Code* by aiding or abetting in the sale of narcotics. Justice L'Heureux-Dubé, writing for the majority, held that Parliament had specifically excluded purchasers from the offence of trafficking and intended to extend that immunity to persons solely assisting the purchase. At paragraph 8, she states: "In situations where the facts reveal no more than incidental assistance of the sale through rendering aid to the purchaser, it stands to reason that these persons should be treated as purchasers, and not as traffickers." However, in the circumstances of the case, she found that the accused did far more than act as a purchaser:

The appellant located the seller, brought the buyer to the site and introduced the parties. It is clear that without this assistance, the purchase would never have taken place. Moreover, he acted as a spokesperson, negotiated the price of the drugs, and passed the money over to the seller. He also accepted money for having facilitated the deal. As my colleague points out, without the appellant's assistance, the buyer would never have been able to enter the apartment building and contact the seller. These are not the acts of a mere purchaser, and as a result it is clear that the appellant aided the traffic of narcotics.

[92] In my view the military judge did not disregard the undisputed evidence of Sergeant MacLeod. He expressly stated in his reasons: "I accept the evidence of the undercover operator, Sergeant MacLeod as to his dealings with the accused in April of 2005". I am of the opinion that the evidence of Sergeant MacLeod provides the factual foundation to support the military judge's finding that the appellant did more than act as a purchaser. His testimony clearly indicates that the appellant determined what the buyer wanted, located the seller, brought the buyer to the site and acted as an intermediary between the parties. Moreover, the appellant acted as a spokesperson, passed the money from the buyer to the seller, and passed the

suprême du Canada dans l'arrêt *Greyeyes*, précité. Dans cette affaire, l'accusé avait aidé un agent d'infiltration à trouver de la cocaïne et à en acheter une certaine quantité et l'agent avait payé l'accusé pour son aide. La Cour devait trancher la question de savoir si une personne qui agit comme mandataire d'un acheteur de stupéfiants ou qui aide une autre personne à acheter des stupéfiants a participé à l'infraction de s'être livré au trafic de drogues en vertu du paragraphe 21(1) du *Code criminel* pour avoir aidé ou encouragé la vente de stupéfiants. La juge L'Heureux-Dubé, qui a rédigé les motifs majoritaires, a statué que le législateur avait précisément exclu les acheteurs de l'infraction de trafic et comptait conférer cette immunité aux personnes qui n'avaient fait que faciliter l'achat. Au paragraphe 8 de l'arrêt, elle dit : « Dans les situations où il ressort des faits que l'aide fournie à l'acheteur n'a été rien de plus qu'une aide accessoire à la vente, le bon sens exige que ces personnes soient traitées comme des acheteurs et non comme des trafiquants ». Toutefois, dans les circonstances en cause, elle a conclu que l'accusé avait fait bien plus qu'agir comme acheteur :

L'appelant a trouvé le vendeur, amené l'acheteur sur les lieux et présenté les parties l'une à l'autre. Il est clair que, sans son aide, l'achat n'aurait jamais eu lieu. En outre, il a agi comme porte-parole, négocié le prix de la drogue et transmis l'argent au vendeur. Il a aussi accepté de l'argent pour avoir facilité la conclusion du marché. Comme mon collègue le fait remarquer, sans l'aide de l'appelant, l'acheteur n'aurait jamais été capable d'entrer dans l'immeuble d'appartements et de communiquer avec le vendeur. Ces actes ne sont pas ceux d'un simple acheteur et, par conséquent, il est clair que l'appelant a aidé au trafic de stupéfiants.

[92] Selon moi, le juge militaire n'a pas écarté le témoignage non contesté du Sergeant MacLeod. Il a dit expressément dans ses motifs : « J'accepte le témoignage de l'agent d'infiltration, le Sergeant MacLeod, au sujet de ses transactions avec l'accusé en avril 2005 ». Je suis d'avis que la preuve produite par le Sergeant MacLeod constitue le fondement factuel de la conclusion du juge militaire selon laquelle l'appelant a été bien plus qu'un simple acheteur. Selon son témoignage, il est clair que l'appelant avait déterminé ce que l'acheteur voulait, qu'il avait trouvé le vendeur, amené l'acheteur sur les lieux et agi comme intermédiaire entre les parties. En outre, l'appelant a joué le rôle de porte-parole, a remis l'argent de

narcotics from the seller to the buyer. Without the appellant's assistance, the transactions would not have taken place. Additionally, the judge recognized the evidence that indicated that MacLeod initiated the transaction and drove the appellant to get the drugs. In light of the above, it is my view that the judge's findings were supported by the evidence.

[93] With respect to the speculative assertion made by the judge to the effect that there was no supplier involved, I agree with the respondent that the military judge subsequently found that there was indeed a supplier and that the appellant had aided in maintaining his anonymity. The speculative assertion by the military judge was, therefore, of no consequence to the verdict.

[94] There was, in my view, sufficient evidence before the military judge to support his conclusion that the appellant aided in the transactions and was thus a party to trafficking. The verdict is supported in the evidence and is one that a properly instructed trier of fact, acting judicially, could reasonably have rendered: *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60 at paragraphs 51 and 88.

#### V. Disposition of the Appeal

[95] For the above reasons, I would dismiss the appeal.

GOODWIN J.A.: I agree.

PHELAN J.A.: I agree.

#### Annex

*Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O)*

#### **107.02 — AUTHORITY TO LAY CHARGES**

The following persons may lay charges under the Code of Service Discipline:

(a) a commanding officer;

l'acheteur au vendeur et a pris la drogue du vendeur pour la remettre à l'acheteur. Sans l'aide de l'appelant, les transactions n'auraient pas eu lieu. Le juge a de plus reconnu que, selon la preuve, c'était le Sergent MacLeod qui avait initié la transaction et qui avait conduit l'appelant là où se trouvait la drogue. Pour ces motifs, je suis d'avis que les conclusions du juge étaient étayées par la preuve.

[93] Quant à la supposition formulée par le juge selon laquelle il n'y avait pas de fournisseur, je reconnais, comme l'a fait l'intimée, que le juge militaire a conclu, par la suite, qu'il y avait bien un fournisseur et que l'appelant avait contribué au fait qu'il soit demeuré anonyme. La supposition formulée par le juge militaire n'a donc eu aucune incidence sur le verdict.

[94] Selon moi, le juge militaire disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour étayer sa conclusion selon laquelle l'appelant avait aidé les transactions et qu'il avait donc été partie au trafic. Le verdict est étayé par la preuve et il s'agit d'un verdict que pouvait raisonnablement rendre, dans l'exercice de sa compétence, un juge des faits s'instruisant correctement et agissant d'une manière judiciaire : *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60, aux paragraphes 51 et 88.

#### V. Dispositif

[95] Pour les motifs susmentionnés, je rejeterais l'appel.

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

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

#### Annexe

*Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC)*

#### **107.02 – POUVOIR DE PORTER DES ACCUSATIONS**

Les personnes suivantes peuvent porter des accusations sous le régime du code de discipline militaire :

a) un commandant;

- |   |  |
|---|--|
| <p>(b) an officer or non-commissioned member authorized by a commanding officer to lay charges; and</p> <p>(c) an officer or non-commissioned member of the Military Police assigned to investigative duties with the Canadian Forces National Investigation Service.</p> | <p>b) un officier ou militaire du rang autorisé par un commandant à porter des accusations;</p> <p>c) un officier ou militaire du rang de la Police militaire à qui on a assigné une fonction d'enquêteur au sein du Service national d'enquêtes des Forces canadiennes.</p> |
|---|--|

**107.03 — REQUIREMENT TO OBTAIN ADVICE FROM LEGAL OFFICER — CHARGES TO BE LAID**

(1) An officer or a non-commissioned member having authority to lay charges shall obtain advice from a legal officer before laying a charge in respect of an offence that:

- (a) is not authorized to be tried by summary trial under article 108.07 (Jurisdiction — Offences);
- (b) is alleged to have been committed by an officer or a non-commissioned member above the rank of sergeant; or
- (c) if a charge were laid, would give rise to a right to elect to be tried by court martial (see article 108.17 — Election to be tried by Court Martial).

(2) The officer or non-commissioned member shall obtain legal advice concerning the sufficiency of the evidence, whether or not in the circumstances a charge should be laid and, where a charge should be laid, the appropriate charge.

**107.09 — REFERRAL AND PRE-TRIAL DISPOSAL OF CHARGE**

(1) An officer or non-commissioned member who lays a charge shall:

- (a) refer the charge to:
- (i) the commanding officer of the accused;
- (ii) the commanding officer of the base, unit or element in which the accused was present when the charge was laid; or

**107.03 – OBLIGATION D’OBTENIR L’AVIS D’UN AVOCAT MILITAIRE – ACCUSATIONS À ÊTRE PORTÉES**

(1) Un officier ou militaire du rang qui a le pouvoir de porter des accusations doit obtenir l’avis d’un avocat militaire avant de porter une accusation à l’égard d’une infraction qui, selon le cas :

- a) n’est pas autorisée à être instruite sommairement en vertu de l’article 108.07 (Compétence – infractions);
- b) a été présumément commise par un officier ou un militaire du rang d’un grade supérieur à celui de sergent;
- c) donnerait droit à être jugé devant une cour martiale, si une accusation était portée (voir l’article 108.17 – Demande de procès devant une cour martiale).

(2) L’officier ou le militaire du rang doit obtenir un avis juridique portant sur la suffisance des éléments de preuve, sur la question de savoir si une accusation devrait ou non être portée dans les circonstances, et lorsqu’il faudrait porter une accusation, sur le choix de l’accusation appropriée.

**107.09 – RENVOI ET MESURES PRÉLIMINAIRES AU PROCÈS**

(1) L’officier ou le militaire du rang qui porte une accusation doit :

- a) d’une part, en saisir l’un des officiers suivants :
- (i) le commandant de l’accusé;
- (ii) le commandant de la base, l’unité ou l’élément où se trouvait l’accusé au moment où l’accusation a été portée;

- |   |   |
|---|---|
| <p>(iii) an officer to whom the commanding officer referred to in subparagraph (i) or (ii) has delegated powers of trial and punishment pursuant to article 108.10 (Delegation of a Commanding Officer's Powers); and</p> | <p>(iii) un officier à qui le commandant visé par les sous-sous-alinéas (i) ou (ii) a délégué des pouvoirs de juger et de punir en vertu de l'article 108.10 (Délégation des pouvoirs du commandant).</p> |
| <p>(b) cause a copy of the Record of Disciplinary Proceedings to be provided to the accused.</p>  | <p>b) d'autre part, faire remettre une copie du procès-verbal de procédure disciplinaire à l'accusé.</p>  |
| <p>(2) A delegated officer to whom a charge has been referred shall:</p>  | <p>(2) Un officier délégué qui a été saisi d'une accusation doit :</p>  |
| <p>(a) cause the charge to be proceeded with in accordance with Chapter 108 (Summary Proceedings); or</p>   | <p>a) soit voir à ce que l'on instruisse le procès en conformité avec le chapitre 108 (Procédure sommaire);</p>   |
| <p>(b) refer the charge to the commanding officer with a recommendation that the charge not be proceeded with if, in the delegated officer's opinion, the charge should not be proceeded with.</p>                        | <p>b) soit renvoyer l'accusation au commandant en lui recommandant de ne pas donner suite à l'accusation, s'il juge qu'on ne doit pas y donner suite.</p>   |
| <p>(3) A commanding officer or superior commander to whom a charge has been referred shall:</p>   | <p>(3) Un commandant ou un commandant supérieur qui a été saisi d'une accusation doit :</p>   |
| <p>(a) cause the charge to be proceeded with in accordance with Chapter 108 (Summary Proceedings); or</p>   | <p>a) soit voir à ce que l'on instruisse le procès en conformité avec le chapitre 108 (Procédure sommaire);</p>   |
| <p>(b) not proceed with the charge if, in the opinion of the commanding officer or superior commander, the charge should not be proceeded with.</p>   | <p>b) soit, ne pas donner suite à l'accusation, s'il juge qu'on ne doit pas y donner suite.</p>   |

**107.11 — REQUIREMENT TO OBTAIN ADVICE FROM UNIT LEGAL ADVISER — DISPOSAL OF CHARGES**

- (1) A delegated officer, commanding officer or superior commander to whom a charge has been referred shall, prior to making a decision under paragraph (2) or (3) of article 107.09 (Referral and Pre-Trial Disposal of Charge), obtain advice from the unit legal adviser if the charge relates to an offence that
- (a) is not authorized to be tried by summary trial under article 108.07 (Jurisdiction — Offences);
- (b) is alleged to have been committed by an officer or a non-commissioned member above the rank of sergeant; or

**107.11 – OBLIGATION D'OBTENIR L'AVIS DE L'AVOCAT MILITAIRE DE L'UNITÉ – MESURES À PRENDRE RELATIVES AUX ACCUSATIONS**

- (1) Un officier délégué, commandant ou commandant supérieur qui a été saisi d'une accusation doit, avant de prendre une décision aux termes des alinéas (2) ou (3) de l'article 107.09 (Renvoi et mesures préliminaires au procès), obtenir l'avis de l'avocat militaire de l'unité si l'accusation porte sur une infraction qui, selon le cas :
- (a) n'est pas autorisée à être instruite sommairement en vertu de l'article 108.07 (Compétence – infractions);
- (b) a été présumément commise par un officier ou un militaire du rang d'un grade supérieur à celui de sergent;

- |   |   |
|---|---|
| <p>(c) would give rise to a right to elect to be tried by court martial (see article 108.17 — Election to be tried by Court Martial).</p> <p>(2) A delegated officer, commanding officer or superior commander who decides not to act on the advice provided by the unit legal adviser shall, within 30 days of receiving the advice:</p> <p>(a) state his or her decision and the reasons for the decision, in writing; and</p> <p>(b) provide a copy of the decision and the reasons to the officer to whom he or she is responsible in matters of discipline and to the legal officer.</p> <p>(G) (P.C. 1999-1305 of 8 July 1999 effective 1 September 1999)</p> | <p>c) donnerait droit à être jugé devant une cour martiale (voir l'article 108.17 – Demande de procès devant une cour martiale)</p> <p>(2) L'officier délégué, le commandant ou le commandant supérieur qui décide de ne pas suivre les recommandations de l'avocat militaire de l'unité doit dans les 30 jours qui suit l'avis :</p> <p>a) énoncer sa décision et les motifs de celle-ci par écrit;</p> <p>b) remettre une copie de sa décision et des motifs de celle-ci à l'avocat militaire et à l'officier envers qui il est responsable pour les questions de discipline.</p> <p>(G) (C.P. 1999-1305 du 8 juillet 1999 en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1999)</p> |
|---|---|

**107.12 — DECISION NOT TO PROCEED —  
CHARGES LAID BY NATIONAL  
INVESTIGATION SERVICE**

- (1) A commanding officer or superior commander who decides not to proceed with a charge laid by an officer or non-commissioned member of the Military Police assigned to investigative duties with the Canadian Forces National Investigation Service (see paragraph (c) of article 107.02 — Authority to Lay Charges), shall communicate the decision in writing along with the reasons for the decision to the officer or non-commissioned member of the National Investigation Service who laid the charge or the officer or non-commissioned member under whose supervision the investigation was conducted.
- (2) A copy of the decision and reasons shall be provided to the officer to whom the commanding officer or superior commander is responsible in matters of discipline.
- (3) If after reviewing the reasons given for not proceeding with the charge, the officer or non-commissioned member of the National Investigation Service considers the charge should be proceeded with, the officer or non-commissioned member may refer the charge directly to a referral authority in accordance with article 109.03 (Application to Referral Authority for Disposal of a Charge).

**107.12 – DÉCISION DE NE PAS DONNER SUITE  
À L'ACCUSATION – ACCUSATIONS PORTÉES  
PAR LE SERVICE NATIONAL D'ENQUÊTES**

- (1) Un commandant ou un commandant supérieur qui décide de ne pas donner suite à une accusation portée par un officier ou militaire du rang de la Police militaire à qui il a été assigné une fonction d'enquêteur au sein du Service national d'enquêtes des Forces canadiennes (voir l'alinéa c) de l'article 107.02 – Pouvoir de porter des accusations) communique par écrit sa décision motivée à l'officier ou au militaire du rang du Service national d'enquêtes qui a porté l'accusation ou à l'officier ou au militaire du rang sous le contrôle duquel l'enquête a été conduite ou supervisée.
- (2) Une copie de la décision motivée est communiquée à l'officier envers qui le commandant ou le commandant supérieur est responsable pour les questions de discipline.
- (3) L'officier ou le militaire du rang du Service national d'enquêtes qui estime, après révision des motifs à l'appui de la décision de ne pas donner suite à l'accusation, que l'on devrait quand même y donner suite, peut saisir l'autorité de renvoi de l'accusation conformément à l'article 109.03 (Demande à l'autorité de renvoi de connaître d'une accusation).