

R. v. Trépanier, 2008 CMAC 3

CMAC 498

**J.S.K. Trépanier**

*Appellant,*

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent,*

and

**Ex-Corporal D.D. Beek**

*Intervener.*

Heard: Ottawa, Ontario, March 28, 2008.

Judgment: Ottawa, Ontario, April 24, 2008.

Present: Létourneau, S. Noël and de Montigny JJ.A.

On appeal from the legality of the conviction of a Standing Court Martial (2007 CM 1002) held at Canadian Forces Base Kingston, Ontario, on January 26, 2007.

*Procedure — Right to choose trier of facts — Appeal challenging constitutionality of National Defence Act, ss. 165.14, 165.19(1), Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, art. 111.02(1), seeking declaration provisions invalid, inoperative — Director of Military Prosecutions electing to proceed by Standing Court Martial in sexual assault case — Impugned provisions violating Charter, ss. 7, 11(d) — Giving choice of trier of facts to prosecution unjustifiably violating or compromising accused's constitutional right to full answer, defence, right to control defence.*

*Constitutional Law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d) — Constitutionality of National Defence Act, ss. 165.14, 165.19(1), Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, art. 111.02(1) — Director of Military Prosecutions electing to proceed by Standing Court Martial in sexual assault case — Impugned provisions violating Charter, ss. 7, 11(d) — Right at play herein right of accused to make full answer, defence, to control conduct of defence — Impugned provisions not saved by Charter, s. 1.*

R. c. Trépanier, 2008 CACM 3

CMAC 498

**J.S.K. Trépanier**

*Appelant,*

c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée,*

et

**Ex-caporal D.D. Beek**

*Intervenant.*

Audience : Ottawa (Ontario), le 28 mars 2008.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 24 avril 2008.

Devant : les juges Létourneau, S. Noël et de Montigny, J.C.A.

Appel de la légalité de la déclaration de culpabilité rendue par la cour martiale permanente (2007 CM 1002), tenue à la Base des Forces canadiennes Kingston (Ontario), le 26 janvier 2007.

*Procédure — Droit de choisir le juge des faits — Appel contestant la constitutionnalité de la Loi sur la défense nationale, art. 165.14, 165.19(1), Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes, art. 111.02(1), en vue d'obtenir une déclaration selon laquelle les dispositions sont invalides et inopérantes — Directeur des poursuites militaires décidant de procéder par la cour martiale permanente dans le cas d'agression sexuelle — Dispositions contestées contrevenant à la Charte, art. 7, 11d) — Conférer le droit de choisir le juge des faits au poursuivant enfreint ou compromet de manière injustifiée le droit constitutionnel d'un accusé de présenter une défense pleine et entière, et d'exercer un contrôle sur la conduite de sa défense.*

*Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d) — Constitutionnalité de la Loi sur la défense nationale, art. 165.14, 165.19(1), Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes, art. 111.02(1) — Directeur des poursuites militaires décidant de procéder par la cour martiale permanente dans le cas d'agression sexuelle — Dispositions contestées contrevenant à la Charte, art 7, 11d) — Droit en jeu en l'espèce, le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière, et d'exercer un contrôle sur la conduite de sa défense — Dispositions contestées ne sont pas justifiées au sens de l'article premier de la Charte.*

*Court Martial — Standing Court Martial — Appellant charged with sexual assault contrary to Criminal Code, s. 271 — Director of Military Prosecutions electing to proceed by Standing Court Martial pursuant to National Defence Act, s. 165.14 — Standing Court Martial lacking jurisdiction to hear matter as Act, ss. 165.14, 165.19 offending Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d) — Giving choice of trier of facts to prosecution unjustifiably violating or compromising accused's constitutional right to full answer, defence, right to control defence.*

This was an appeal challenging the constitutionality of section 165.14 and subsection 165.19(1) of the *National Defence Act* (NDA), and their counterpart, paragraph 111.02(1) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O), and seeking a declaration that these provisions are invalid and inoperative. The appellant was charged with sexual assault contrary to section 271 of the *Criminal Code*. The Director of Military Prosecutions elected to proceed by Standing Court Martial pursuant to section 165.14 of the NDA. The appellant was later found guilty as charged. The appellant submitted that the Standing Court Martial lacked jurisdiction to hear the matter as sections 165.14 and 165.19 of the NDA offend section 7 and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) by conferring an exclusive power on the prosecution, i.e. the Director, to unilaterally choose the court martial before which a trial will take place. The appellant and the intervener argued that this power constitutes an unjustifiable breach of the accused's right to present a full answer and defence and to control the conduct of his defence. The intervener also invoked the common-law right given to an accused, wherever a choice is available, to choose his or her mode of trier of facts.

The main issue was whether section 165.14 and subsection 165.19(1) of the NDA and paragraph 111.02(1) of the QR&O violate section 7 and paragraph 11(d) of the Charter.

*Held:* Appeal allowed in part.

The impugned provisions are unconstitutional as they violate section 7 and paragraph 11(d) of the Charter. The present case was distinguished from *R. v. Lunn*, on which the Chief Military Judge relied upon in the decision under appeal. In *Lunn*, the Court held that “the existence and exercise of discretion by a convening authority to order a particular mode of court martial do not engage rights of the accused protected under sections 7, 11(d) or 15(1) of the *Charter*”. However, the issue in *Lunn* was the independence and impartiality of the court martial. It was not a challenge based on the right to

*Cour martiale — Cour martiale permanente — Appellant accusé d'agression sexuelle en vertu du Code criminel, art. 271 — Décision du directeur des poursuites militaires de procéder par la cour martiale permanente conformément à la Loi sur la défense nationale, art. 165.14 — Cour martiale permanente n'ayant pas compétence pour entendre l'affaire, car la Loi, art. 165.14, 165.19, contrevient à la Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d) — Conférer le droit de choisir le juge des faits au poursuivant enfreint ou compromet de manière injustifiée le droit constitutionnel d'un accusé de présenter une défense pleine et entière, et d'exercer un contrôle sur la conduite de sa défense.*

Il s'agissait d'un appel contestant la constitutionnalité de l'article 165.14 et du paragraphe 165.19(1) de la *Loi sur la défense nationale* (LDN), et de leur pendant, le paragraphe 111.02(1) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC), et visant l'obtention d'une déclaration selon laquelle ces dispositions sont invalides et inopérantes. L'appellant a été accusé d'agression sexuelle en vertu de l'article 271 du *Code criminel*. Le directeur des poursuites militaires a décidé de procéder par la cour martiale permanente, conformément à la LDN, article 165.14. L'appellant a ensuite été reconnu coupable des actes qui lui étaient reprochés. L'appellant a soutenu que la cour martiale permanente n'avait pas compétence pour entendre l'affaire, car les articles 165.14 et 165.19 de la LDN vont à l'encontre de l'article 7 et de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) en conférant un pouvoir exclusif au poursuivant, c'est-à-dire le directeur, de choisir unilatéralement la cour martiale devant laquelle se tiendra un procès. L'appellant et l'intervenant ont soutenu que ce pouvoir constitue une contravention injustifiable du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, et d'exercer un contrôle sur la conduite de sa défense. L'intervenant a également invoqué le droit que la common law confère aux accusés de choisir le type de juge des faits, chaque fois que cette possibilité est offerte.

La principale question consistait à déterminer si l'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) de la LDN et le paragraphe 111.02(1) des ORFC contreviennent à l'article 7 et à l'alinéa 11d) de la Charte.

*Arrêt :* L'appel est accueilli en partie.

Les dispositions contestées sont inconstitutionnelles, car elles contreviennent à l'article 7 et à l'alinéa 11d) de la Charte. La présente affaire se distingue de l'affaire *R. c. Lunn*, sur laquelle le juge militaire en chef s'est fondé dans la décision en appel. Dans *Lunn*, la Cour a établi que « l'existence et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'autorité convoquée de choisir une forme particulière de cour martiale n'ont aucune incidence sur les droits garantis à l'accusé par l'article 7, l'alinéa 11d) et le paragraphe 15(1) de la Charte. » Cependant, la question en cause dans *Lunn* portait

full answer and defence guaranteed by paragraph 11(d) of the Charter. Furthermore, the Court in *Lunn* did not focus on who should be the repository of the right to choose the trier of facts, another issue herein. For the reasons given by the Court in *R v. Nystrom*, at paragraphs 71 to 86, the fact of giving the choice of the trier of facts to the prosecution unjustifiably violates or compromises the accused's constitutional right to full answer and defence and to control that defence which is required by the principles of fundamental justice. These Charter violations could not be saved under section 1 thereof.

sur l'indépendance et l'impartialité de la cour martiale. Il ne s'agissait pas d'une contestation fondée sur le droit à une défense pleine et entière garanti par l'alinéa 11d) de la Charte. De plus, dans *Lunn*, la Cour n'a pas mis l'accent sur la question de savoir qui devrait être le détenteur du droit de choisir le juge des faits, ce que la Cour doit faire maintenant. Conformément aux motifs exposés par la Cour dans *R c. Nystrom*, aux paragraphes 71 à 86, conférer au poursuivant le droit de choisir le du juge des faits enfreint ou compromet de manière injustifiée le droit constitutionnel d'un accusé de présenter une défense pleine et entière, et d'exercer un contrôle sur la conduite de sa défense, ce que requièrent les principes de justice fondamentale. Ces violations de la Charte ne pouvaient pas se justifier au sens de l'article premier indiqué ci-dessus.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Bill C-45, *An Act to Amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 39th Parl., 2nd Sess., 2008, s. 22, 62.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d), 11(f), 15(1), 24.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 271, 280–283, 468, 469, 471, 536(2), 553, 561(1)(c), 565(1)(c),(2), 568, 569, 577, 730, 731, 732, 742.1, 742.3, 785, 787, Part XXVII (ss. 785–840).
- Magna Carta* (1215).
- National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 2, 15(1), 30, 60, 70, 130, 139, 165.14, 165.19(1), 166, 167, 168, 169, 170(1), 172, 175, 176, 215, 230, 273.
- National Defence Act*, S.C. 1950, c. 43, ss. 2(l) “emergency”, 149(1).
- Order in Council P.C. 3375 (*War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206).
- The Quebec Act, 1774*, 14 Geo. III, c. 83 (U.K.) [R.S.C. 1985, Appendix II, No. 2].
- 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. 108.07, 108.16, 109.03, 111.02(1).
- Regulations for Service Prisoners and Detention Barracks*, P.C. 1967-1703 (*National Defence Act*, R.S.C. 1952, c. 184 [QR&O, Vol. IV, Appendix 1.4]), arts. 3.04, 3.09(1), 4.16, 5.02, 5.05, 5.06, 6.01, 6.11, 6.12.
- War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206.

#### CASES CITED

- Brouillard Also Known As Chatel v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, 16 D.L.R. (4th) 447; *Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433, 120 N.R. 82 (aff'd [1989] 2

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Acte de Québec, 1774*, 14 Geo. III, ch. 83 (R.-U.) [L.R.C. 1985, annexe II, n° 2].
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11d), 11f), 15(1), 24.
- Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 271, 280–283, 468, 469, 471, 536(2), 553, 561(1)c), 565(1)c),(2), 568, 569, 577, 730, 731, 732, 742.1, 742.3, 785, 787, partie XXVII (art. 785–840).
- Décret C.P. 3375 (*Loi des mesures de guerre*, S.R.C. 1927, ch. 206).
- Loi concernant la défense nationale*, S.C. 1950, ch. 43, art. 2l), « état d'urgence », 149(1).
- Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 2, 15(1), 30, 60, 70, 130, 139, 165.14, 165.19(1), 166, 167, 168, 169, 170(1), 172, 175, 176, 215, 230, 273.
- Loi sur les mesures de guerre*, S.R.C. 1927, ch. 206.
- Magna Carta* (1215).
- 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. 108.07, 108.16, 109.03, 111.02(1).
- Projet de loi C-45, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 39<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., 2008, art. 22, 62.
- Règlement applicable aux prisons militaires et aux casernes disciplinaires*, C.P. 1967-1703 (*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1952, ch. 184 [ORFC, vol. IV, appendice 1.4]), art. 3.04, 3.09(1), 4.16, 5.02, 5.05, 5.06, 6.01, 6.11, 6.12.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

- Brouillard Dit Chatel c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, 16 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 447; *Ionson c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 433, 120 N.R. 82 (conf. par [1989] 2 R.C.S. 1073); *Krieger*

S.C.R. 1073); *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, 114 D.L.R. (3d) 393; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, 87 D.L.R. (4th) 449; *R. v. Beek*, 2008 CMAC 9, 7 C.M.A.R. 293; *R. v. Brown*, 5 C.M.A.R. 280, 35 C.R. (4th) 318, [1995] C.M.A.J. No. 1 (QL); *Regina v. Bryant* (1984), 48 O.R. (2d) 732, 15 D.L.R. (4th) 66 (ON CA); *R. v. Chisholm*, 2006 CM 7, 2006 CarswellNat 3502; *R. v. Dixon*, 2005 CMAC 2, 7 C.M.A.R. 4; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, 88 D.L.R. (4th) 110; *R. v. Ingebrigtsen* (1990), 5 C.M.A.R. 87, 76 D.L.R. (4th) 481, [1990] C.M.A.J. No. 2 (QL); *R. v. Krieger*, 2006 SCC 47, [2006] 2 S.C.R. 501; *R. v. Lunn*, 5 C.M.A.R. 157, 19 C.R.R. (2d) 291, [1993] C.M.A.J. No. 7 (QL); *R. v. McGregor* (1999), 43 OR (3d) 455, 118 O.A.C. 385; *R. v. McRae*, 2007 CM 4003; *R. v. Nosworthy*, 169 C.C.C. (3d) 552, 2002 CanLII 6581 (ON SC); *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60; *R. v. Nystrom*, 2004 CM 52; *R. v. Page* (1996), 5 C.M.A.R. 383; *R. v. Pejanovic*, 2006 CM 20; *R. v. Reddick*, 5 C.M.A.R. 485, 112 C.C.C. (3d) 491; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, 120 A.R. 161; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, 63 C.C.C. (3d) 481; *R. v. Trépanier*, 2007 CM 1002; *R. v. Turpin*, 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3d) 289, 1987 CanLII 6768 (aff'd [1989] 1 S.C.R. 1296); *Ryan v. The Queen*, 4 C.M.A.R. 563, 1987 CarswellNat 1634.

*c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, 114 D.L.R. (3<sup>d</sup>) 393; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, 87 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 449; *R. c. Beek*, 2008 CACM 9, 7 C.A.C.M. 293; *R. c. Brown*, 5 C.A.C.M. 280, 35 C.R. (4<sup>th</sup>) 318, [1995] A.C.A.C. n° 1 (QL); *Regina v. Bryant* (1984), 48 O.R. (2<sup>d</sup>) 732, 15 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 66 (ON CA); *R. c. Chisholm*, 2006 CM 7, 2006 CarswellNat 5053; *R. c. Dixon*, 2005 CACM 2, 7 C.A.C.M. 4; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, 88 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 110; *R. c. Ingebrigtsen* (1990), 5 C.A.C.M. 87, 76 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 481, [1990] A.C.A.C. n° 2 (QL); *R. c. Krieger*, 2006 CSC 47, [2006] 2 R.C.S. 501; *R. c. Lunn*, 5 C.A.C.M. 157, 19 C.R.R. (2<sup>d</sup>) 291, [1993] A.C.A.C. n° 7 (QL); *R. c. McGregor* (1999), 43 O.R. (3<sup>d</sup>) 455, 118 O.A.C. 385; *R. c. McRae*, 2007 CM 4003; *R. v. Nosworthy*, 169 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 552, 2002 CanLII 6581 (ON SC); *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60; *R. c. Nystrom*, 2004 CM 52; *R. c. Page* (1996), 5 C.A.C.M. 383; *R. c. Pejanovic*, 2006 CM 20; *R. c. Reddick* (1996), 5 C.A.C.M. 485, 112 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 491; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, 120 A.R. 161; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 63 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 481; *R. c. Trépanier*, 2007 CM 1002; *R. v. Turpin*, 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 289, 1987 CanLII 6768 (conf. par [1989] 1 R.C.S. 1296); *Ryan c. La Reine*, 4 C.A.C.M. 563, 1987 CarswellNat 1635.

## AUTHORS CITED

Canada. Department of National Defence. Director of Military Prosecutions. *Policy Directive No. 016/06*. “Determining the Type of Court Martial to Try an Accused Person”. Ottawa, 5 May 2006.

France. Ministère de la Défense, secrétariat général pour l’administration, Direction des affaires juridiques. *Actes du Colloque Droit Pénal et Défense*, Paris, 2001.

Lamer, Right Honourable Antonio. “The First Independent Review of the provisions and operation of Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998, c. 35”. Submitted to the Minister of National Defence, September 3, 2003 (online: <http://mgerc-ceegm.gc.ca/documents/lamer-eng.pdf>).

Létourneau, Gilles and Michel W. Drapeau. *Canadian Military Law Annotated*, Thompson/Carswell: Toronto, 2006.

## COUNSEL

*Lieutenant-Colonel Denis Couture*, for the appellant.  
*Major Marylène Trudel*, for the respondent.  
*Marvin Bloos, Q.C.*, for the intervener.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Ministère de la Défense nationale. Directeur des poursuites militaires. *Directive de politique n° 016/06*. « Déterminer le type de cour martiale pour juger la personne accusée ». Ottawa, 5 mai 2006.

France. Ministère de la Défense, Secrétariat général pour l’administration, Direction des affaires juridiques. *Actes du Colloque Droit Pénal et Défense*, Paris, 2001.

Lamer, le très honorable Antonio. « Le premier examen indépendant des dispositions et de l’application du projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d’autres lois en conséquence*, conformément à l’article 96 des Lois du Canada 1998, ch. 35. » Présenté au ministre de la Défense nationale, le 3 septembre 2003 (en ligne : <http://mgerc-ceegm.gc.ca/documents/lamer-fra.pdf>).

Létourneau, Gilles et Michel W. Drapeau. *Canadian Military Law Annotated*, Thompson/Carswell, Toronto, 2006.

## AVOCATS

*Lieutenant-colonel Denis Couture*, pour l’appellant.  
*Major Marylène Trudel*, pour l’intimée.  
*Marvin Bloos, c.r.* pour l’intervenant.

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

[1] THE COURT: We include, for reference and for the benefit of the parties, the intervener and the readers, a table of contents of the topics that will be discussed.

Table of Contents

|   | Paragraphs |
|---|------------|
| I. Issues .....   | 2          |
| II. The addition of interveners.....  | 3          |
| III. The source of the alleged unconstitutionality .....  | 4          |
| IV. Facts and proceedings .....   | 10         |
| V. The decision of the Standing Court Martial .....   | 17         |
| VI. The background to the impugned provisions.....  | 20         |
| VII. The consequences and derogations resulting from the transformation of <i>Criminal Code</i> offences into military offences .....                         | 33         |
| VIII. The <i>obiter dictum</i> of this Court in <i>R. v. Nystrom</i> .....  | 59         |
| IX. Analysis of the Chief Military Judge's decision and the parties' and intervener's submissions.....  | 63         |
| X. Whether the Chief Military Judge made an error in applying the decision of this Court in <i>R. v. Lunn</i> ...   | 64         |
| XI. Whether section 165.14 and subsection 165.19(1) of the NDA and paragraph 111.02(1) of the QR&O violate section 7 and paragraph 11(d) of the Charter ..... | 73         |
| A. History and significance of trials by jury in criminal law .....   | 75         |
| B. History of courts martial in the military justice system.....  | 81         |
| C. The right to choose the trier of facts.....  | 88         |

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

[1] LA COUR : Nous incluons, à titre de référence et à l'intention des parties, de l'intervenant et des lecteurs, une table des matières des sujets traités :

Table des matières

|   | Paragraphes |
|---|-------------|
| I. Questions en litige .....  | 2           |
| II. L'ajout d'intervenants.....   | 3           |
| III. La source de l'inconstitutionnalité invoquée .....   | 4           |
| IV. Les faits et les procédures .....   | 10          |
| V. La décision de la cour martiale permanente .....   | 17          |
| VI. Le cadre dans lequel s'inscrivent les dispositions en cause.....  | 20          |
| VII. Les conséquences et les dérogations résultant de la transformation des infractions au Code criminel en infractions militaires.....             | 33          |
| VIII. Les remarques incidentes de la Cour dans l'arrêt <i>R. c. Nystrom</i> .....   | 59          |
| IX. Analyse de la décision du juge militaire en chef et des arguments des parties et de l'intervenant .....   | 63          |
| X. Le juge militaire en chef a-t-il commis une erreur en appliquant la décision de la Cour dans <i>R. c. Lunn</i> .....                             | 64          |
| XI. L'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) de la LDN et l'alinéa 111.02(1) des ORFC violent-ils l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte..... | 73          |
| A. Historique et importance des procès devant jury en droit criminel.....   | 75          |
| B. Historique des cours martiales dans le système de justice militaire .....  | 81          |
| C. Le droit de choisir le juge des faits.....   | 88          |

|  |     |  |     |
|--|-----|--|-----|
| D. Conclusion on the constitutionality of the impugned provisions .....  | 103 | D. Conclusion sur la constitutionnalité des dispositions contestées .....  | 103 |
| XII. Whether section 165.14, subsection 165.19(1) (of the NDA) and paragraph 111.02(1) of the QR&O can be saved by section 1 of the Charter.....   | 104 | XII. L'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) (de la LDN) ainsi que l'alinéa 111.02(1) des ORFC peuvent-ils être sauvegardés par l'article premier de la Charte? .....  | 104 |
| XIII. The remedies .....   | 106 | XIII. Les réparations .....  | 106 |
| XIV. Conclusion.....   | 137 | XIV. Conclusion.....   | 137 |
| I. <u>Issues</u>   |     | I. <u>Questions en litige</u>  |     |
| [2] This appeal involves a challenge to the constitutionality of section 165.14 and subsection 165.19(1) of the <i>National Defence Act</i> , R.S.C. 1985, c. N-5 (NDA) and their counterpart, paragraph 111.02 (1) of the <i>Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces</i> (QR&O). It also seeks a declaration that, as a result of being unconstitutional, these provisions are invalid and inoperative. To put it differently, they are alleged to be of no force or effect. For reasons that follow, we think this appeal should be allowed in part.  |     | [2] Le présent appel porte sur la constitutionnalité de l'article 165.14 et du paragraphe 165.19(1) de la <i>Loi sur la défense nationale</i> , L.R.C. 1985, ch. N-5 (LDN), et leur contrepartie, à savoir le paragraphe 111.02(1) des <i>Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes</i> (ORFC). Il vise aussi à ce que la Cour déclare que, vu leur inconstitutionnalité, ces dispositions sont invalides et inopérantes. Pour les motifs qui suivent, nous pensons qu'il y a lieu d'accueillir le présent appel en partie.  |     |
| II. <u>The addition of interveners</u>   |     | II. <u>L'ajout d'intervenants</u>  |     |
| [3] By order of Chief Justice Blanchard issued on February 15, 2008, appellants McRae and Beek in files <i>McRae v. The Queen</i> , CMAc 499 and <i>R. v. Beek</i> , 2008 CMAc 9, 7 C.M.A.R. 293 were given intervener status in the present instance. Since then, Master Corporal McRae has abandoned his appeal: see notice of abandonment dated March 17, 2008. However, counsel for Mr. Beek has filed written submissions and made oral submissions at the hearing. Both sets of submissions were helpful. With the able submissions of counsel for the appellant and the respondent they have enlightened this important legal debate. |     | [3] Par ordonnance du juge en chef Blanchard, prononcée le 15 février 2008, les appelants McRae et Beek dans les dossiers <i>McRae c. La Reine</i> , CACM 499, et <i>R. c. Beek</i> , 2008 CACM 9, 7 C.A.C.M. 293, ont obtenu le statut d'intervenant dans la présente instance. Depuis, le caporal-chef McRae s'est désisté de son appel : voir l'avis de désistement en date du 17 mars 2008. Toutefois, l'avocat de M. Beek a déposé une argumentation écrite et présenté, à l'audience, une argumentation orale, qui se sont toutes deux avérées utiles. Avec les arguments solides des avocats de l'appellant et de l'intimée, elles ont éclairé ce débat juridique d'importance. |     |
| III. <u>The source of the alleged unconstitutionality</u>  |     | III. <u>La source de l'inconstitutionnalité invoquée</u>   |     |
| [4] According to the appellant and the intervener Ex-Corporal Beek, the impugned provisions are unconstitutional for common law and charter of rights reasons. There allegedly is a violation of section 7 and paragraph 11(d) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> (Charter).  |     | [4] Selon l'appellant et l'intervenant ex-caporal Beek, les dispositions en cause sont inconstitutionnelles pour des motifs fondés sur la common law et sur la Charte des droits. Il y a censément violation de l'article 7 et de l'alinéa 11(d) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>   |     |

The violation, it is argued, originates from the fact that the provisions under attack give an exclusive power to the prosecution, i.e. the Director of Military Prosecutions (Director), to unilaterally choose the court martial before which a trial will take place. Paragraph 111.02(1) of the QR&O is merely a re-statement of subsection 165.19(1) of the NDA.

[5] As we understand the position of the appellant and the intervener, this power constitutes an unjustifiable breach of the accused's right to present a full answer and defence and to control the conduct of his defence. This right is one which is required by the principles of fundamental justice as the Supreme Court of Canada found in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pages 972 and 1025. Thus, the accused is deprived of his right to liberty and security under section 7 in a manner which is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[6] In addition, the intervener invokes the common-law right given to an accused, wherever a choice is available, to choose his or her mode of trier of facts. This right, the intervener submits, is both a constitutional protection from the *Magna Carta* (1215) and a benefit as found in the *Swain* case. It has now been enshrined in section 7 and paragraph 11(d) of the Charter.

[7] The relevant provisions read:

**Charter**

Life, liberty and security of person

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

...

Proceedings in criminal and penal matters

11. Any person charged with an offence has the right

...

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

(la Charte). On soutient que la violation tient au fait que les dispositions attaquées confèrent à la poursuite, c'est-à-dire au directeur des poursuites militaires (le directeur), le pouvoir exclusif de choisir unilatéralement la cour martiale devant laquelle le procès sera tenu. Le paragraphe 111.02(1) des ORFC est quant à lui tout au plus une reproduction du paragraphe 165.19(1) de la LDN.

[5] Selon ce que nous comprenons de la position de l'appelant et de l'intervenant, ce pouvoir constitue une atteinte injustifiable au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et de contrôler la conduite de sa défense. Ce droit découle des principes de justice fondamentale comme l'a statué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pages 972 et 1025. Ainsi on porte atteinte aux droits de l'inculpé à la liberté et à la sécurité que garantit l'article 7 et ce, d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

[6] De plus, l'intervenant invoque le droit conféré à l'accusé par la common law, lorsque le choix est possible, de choisir son type de juge des faits. D'après l'intervenant, ce droit constitue à la fois une protection constitutionnelle depuis la *Magna Carta* (1215) et un avantage selon l'arrêt *Swain*. Il est maintenant enclâssé à l'article 7 et à l'alinéa 11d) de la Charte.

[7] Les dispositions pertinentes sont ainsi rédigées :

**Charte**

Vie, liberté et sécurité

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[...]

Affaires criminelles et pénales

11. Tout inculpé a le droit :

[...]

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable.

**NDA**

Director to determine type of court martial

**165.14** When the Director of Military Prosecutions prefers a charge, the Director of Military Prosecutions shall also determine the type of court martial that is to try the accused person and inform the Court Martial Administrator of that determination.

...

Duties and functions

**165.19 (1)** When a charge is preferred, the Court Martial Administrator shall convene a court martial in accordance with the determination of the Director of Military Prosecutions under section 165.14 and, in the case of a General Court Martial or a Disciplinary Court Martial, shall appoint its members.

Other duties

(2) The Court Martial Administrator performs such other duties as may be specified by this Act or prescribed by the Governor in Council in regulations.

Relationship to Chief Military Judge

(3) The Court Martial Administrator acts under the general supervision of the Chief Military Judge.

**QR&O****111.02 – CONVENING OF COURTS MARTIAL**

(1) Subsection 165.19(1) of the National Defence Act provides:

“165.19 (1) When a charge is preferred, the Court Martial Administrator shall convene a court martial in accordance with the determination of the Director of Military Prosecutions under section 165.14 and, in the case of a General Court Martial or a Disciplinary Court Martial, shall appoint its members.”

[8] Since the decision of this Court in *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.C. 60, there has been five challenges to these provisions before the court martial: *R. v. Chisholm*, 2006 CM 7; *R. v. Pejanovic*, 2006 CM 20; *R. v. McRae*, 2007 CM 4003; *R. v. Beek*, 2008 CMAC 9,

**LDN**

Type de cour martiale

**165.14** Dans la mise en accusation, le directeur des poursuites militaires détermine le type de cour martiale devant juger l'accusé. Il informe l'administrateur de la cour martiale de sa décision.

[...]

Fonctions

**165.19 (1)** L'administrateur de la cour martiale, conformément à la décision du directeur des poursuites militaires prise aux termes de l'article 165.14, convoque la cour martiale sélectionnée et, dans le cas d'une cour martiale générale ou d'une cour martiale disciplinaire, en nomme les membres.

Fonctions additionnelles

(2) Il exerce toute autre fonction qui lui est conférée par la présente loi ou que lui confie par règlement le gouverneur en conseil.

Subordination

(3) Il exerce ses fonctions sous la direction générale du juge militaire en chef.

**ORFC****111.02 — CONVOCATION DES COURS MARTIALES**

(1) Le paragraphe 165.19(1) de la *Loi sur la défense nationale* prescrit :

« 165.19 (1) L'administrateur de la cour martiale, conformément à la décision du directeur des poursuites militaires prise aux termes de l'article 165.14, convoque la cour martiale sélectionnée et, dans le cas d'une cour martiale générale ou d'une cour martiale disciplinaire, en nomme les membres. »

[8] Depuis la décision de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60, il y a eu cinq contestations de ces dispositions devant la cour martiale : *R. c. Chisholm*, 2006 CM 7; *R. c. Pejanovic*, 2006 CM 20; *R. c. McRae*, 2007 CM 4003; *R. c. Beek*, 2008 CACM



7 C.M.A.C. 293, and the present appeal, *R. v. Trépanier*, 2007 CM 1002.

[9] In *Nystrom*, above, our Court declined to deal with the issue because the appeal could be decided on the question of the legality of the court martial's verdict. However, it unanimously expressed serious concerns about the fairness of the impugned provisions. The time has now come to address the constitutional challenge.

#### IV. Facts and proceedings

[10] The appellant was charged with a service offence pursuant to section 130 of the NDA, to wit a sexual assault contrary to section 271 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, of Canada. The offence, if prosecuted as an indictable offence under the *Criminal Code*, carries a maximum penalty of ten years of imprisonment. If punishable on summary conviction, the accused is liable to a term of imprisonment not exceeding 18 months.

[11] The charge was laid on February 6, 2006 for an act allegedly committed on or about July 24, 2005 on the Canadian Forces Base in Borden, Ontario.

[12] In view of the nature of the alleged offence, the commander or his delegated officer did not have jurisdiction to try the charge summarily: see article 108.07 of the QR&O. Consequently, a demand was made to the referral authority that the accused be tried by a court martial: QR&O, articles 108.16 and 109.03.

[13] The charge was then transmitted by the referral authority to the Director who decided to prefer the charge previously mentioned. Pursuant to section 165.14 of the NDA, he chose a Standing Court Martial as the court before which the trial would proceed.

[14] Once the court martial convened pursuant to section 165.19 of the NDA, counsel for the appellant filed a preliminary motion challenging the constitutionality of the provisions under attack. His motion was dismissed on January 26, 2007. Thereafter, the trial proceeded on a number of admissions of fact regarding the event.

9, 7 C.A.C.M. 293, et le présent appel, *R. c. Trépanier*, 2007 CM 1002.

[9] Dans l'arrêt *Nystrom*, précité, notre Cour a refusé de traiter de la question parce qu'il suffisait, pour trancher l'appel, de se prononcer sur la question de la légalité du verdict de la cour martiale. Toutefois, elle a, à l'unanimité, exprimé de sérieuses préoccupations quant à l'équité des dispositions en cause. Le moment est venu de se pencher sur la contestation constitutionnelle.

#### IV. Les faits et les procédures

[10] L'appellant a été accusé d'une infraction d'ordre militaire en vertu de l'article 130 de la LDN, soit une agression sexuelle contrairement à l'article 271 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, du Canada. Si l'affaire est instruite par voie de mise en accusation sous le régime du *Code criminel*, elle peut donner lieu à un emprisonnement maximal de dix ans. Si l'affaire est instruite par procédure sommaire, l'accusé est passible d'un emprisonnement maximal de 18 mois.

[11] L'accusation a été portée le 6 février 2006 pour l'acte qui aurait été commis le ou vers le 24 juillet 2005 à la base des Forces canadiennes de Borden, en Ontario.

[12] Compte tenu de la nature de l'infraction reprochée, le commandant ou son officier délégué n'avaient pas compétence pour juger sommairement l'accusation : voir l'article 108.07 des ORFC. En conséquence, une demande a été présentée à l'autorité de renvoi pour que l'accusé soit jugé par une cour martiale : ORFC, articles 108.16 et 109.03.

[13] L'accusation a ensuite été transmise par l'autorité de renvoi au directeur qui a décidé de prononcer la mise en accusation formelle. En vertu de l'article 165.14 de la LDN, il a choisi la cour martiale permanente comme tribunal devant lequel le procès serait instruit.

[14] Après convocation de la cour martiale en vertu de l'article 165.19 de la LDN, l'avocat de l'appellant a déposé une requête préliminaire contestant la constitutionnalité des dispositions attaquées. Sa requête a été rejetée le 26 janvier 2007. Par la suite, le procès s'est instruit sur la base d'un certain nombre d'admissions de fait relatives à l'incident.

[15] On January 29, 2007, the appellant was found guilty as charged on the basis of the admissions. Two days later, the Chief Military Judge, who tried the accused, imposed as sentence a reprimand and a fine of \$2,000.

[16] Pursuant to section 230 of the NDA, the appellant appeals against the legality of the guilty finding on the basis that, for the constitutional grounds previously mentioned, the Standing Court Martial did not have jurisdiction to try him.

#### V. The decision of the Standing Court Martial

[17] In the course of analysing the arguments submitted by the parties, the Chief Military Judge made a number of statements that need to be addressed. We will do that later in part when stating the background to the impugned provisions and in part when analysing his decision.

[18] Suffice it to say that the Chief Military Judge was confronted with the *obiter* of this Court in *Nystrom* and an earlier decision of this Court in *R. v. Lunn* (1993), 5 C.M.A.R. 157. He was of the view that the two decisions were irreconcilable. Applying the *stare decisis* rule, he followed the *Lunn* decision which he believed could not be distinguished.

[19] The Chief Military Judge understood the decision in *Lunn* to mean that the discretionary power to choose a particular type of court martial, given to a person other than the accused, as well as the exercise of that power do not affect the rights of an accused guaranteed by section 7, paragraph 11(d) and subsection 15(1) of the Charter. Such power, however, is subject to review if it has been used for improper motives, in which case a remedy under section 24 of the Charter could be granted. This is in essence the rationale for his dismissal of the appellant's motion: see page 133 of the Appeal Book.

#### VI. The background to the impugned provisions

[20] Before analysing the decision of the Standing Court Martial and the submissions of the parties and

[15] Le 29 janvier 2007, l'appellant a été reconnu coupable de l'accusation sur le fondement des admissions. Deux jours plus tard, le juge militaire en chef, qui avait jugé l'accusé, a infligé comme peine une réprimande et une amende de 2 000 \$.

[16] En vertu de l'article 230 de la LDN, l'appellant interjette de la légalité de la déclaration de culpabilité en faisant valoir que, pour les motifs constitutionnels déjà mentionnés, la cour martiale permanente n'avait pas compétence pour le juger.

#### V. La décision de la cour martiale permanente

[17] Dans son analyse des arguments soumis par les parties, le juge militaire en chef a fait un certain nombre de déclarations qu'il y a lieu d'examiner. Nous le ferons en partie lorsque nous établirons le cadre dans lequel s'inscrivent les dispositions en cause et en partie lorsque nous analyserons sa décision.

[18] Il suffit de dire que le juge militaire en chef s'est heurté aux remarques incidentes de notre Cour dans l'arrêt *Nystrom* et à notre décision antérieure dans *R. c. Lunn* (1993), 5 C.A.C.M. 157. Il était d'avis que les deux décisions étaient inconciliables. Appliquant la règle du *stare decisis*, il a suivi l'arrêt *Lunn* qu'il estimait ne pouvoir distinguer de la présente affaire.

[19] L'arrêt *Lunn* signifiait, selon le juge militaire en chef, que le pouvoir discrétionnaire de choisir un type particulier de cour martiale, conféré à une personne autre que l'accusé, de même que l'exercice de ce pouvoir n'ont pas d'incidence sur les droits de l'inculpé garantis par l'article 7, l'alinéa 11d) et le paragraphe 15(1) de la Charte. Toutefois, un tel pouvoir est susceptible de contrôle s'il a été utilisé pour des motifs inappropriés, auquel cas une répartition en vertu de l'article 24 de la Charte pourrait être accordée. Cela explique essentiellement son rejet de la requête de l'appellant : voir page 133 du dossier d'appel.

#### VI. Le cadre dans lequel s'inscrivent les dispositions en cause

[20] Avant d'analyser la décision de la cour martiale permanente et les arguments des parties et de l'intervenant,

the intervener, we believe it is appropriate to give some background information as to the legal system in which sections 165.14 and 165.19 find themselves.

[21] French Emperor Napoléon Bonaparte also known for his epic wars believed in an equal and unified justice for French citizens. He is quoted as saying (see Pierre Huguéney, “Traité théorique et pratique de droit pénal et de procédures pénales militaires”, cited in *Actes du Colloque Droit Pénal et Défense*, Ministère de la Défense, secrétariat général pour l’administration, Direction des affaires juridiques, Paris, 2001, at page 5):

[TRANSLATION] There is one justice in France: one is a French citizen before being a soldier. If a soldier kills another one in France, he has no doubt committed a military offence, but he has also committed a civilian crime. All crimes must first be dealt with by the civilian courts each time such court is available.

[22] Based on the French constitution which states that every citizen is equal before the law and the derogatory nature of the military justice system, the French authorities have abolished the military courts in time of peace. They have kept them in time of war and for crimes committed abroad. The following excerpts from Solange Apik in “L’histoire de la justice militaire”, published in *Actes du Colloque Droit pénal et Défense* (above) at pages 32 and 33 illustrate the evolution which occurred and the rationale for it:

La loi du 29 décembre 1966 induit enfin la disparition du corps des magistrats militaires. Les fonctions judiciaires sont exercées concurremment par des magistrats civils en détachement, les magistrats militaires ne l’étant plus qu’à titre provisoire jusqu’à l’extinction du corps.

L’égalité de traitement entre civils et personnels militaires demeure pourtant encore imparfaite. Au début des années 1980, les revendications se font plus précises et remettent en cause le dogme même de la justice militaire en se fondant sur deux principes. Il ne saurait exister qu’une seule justice aux yeux de la nation. Par ailleurs, la teneur des affaires traitées par la justice militaire ne justifie guère l’existence d’un tel système dérogatoire, nombre des affaires pouvant être traitées par la justice civile.

Ces arguments sous-tendent la loi adoptée le 21 juillet 1982 qui supprime en temps de paix les tribunaux

nous croyons qu’il est approprié de donner quelques renseignements contextuels sur le régime juridique dans lequel s’inscrivent les articles 165.14 et 165.19.

[21] L’empereur Napoléon Bonaparte aussi connu pour ses guerres épiques croyait en une justice égalitaire et unifiée pour les citoyens français. On lui attribue les propos suivants : (Pierre Huguéney, « Traité théorique et pratique de droit pénal et de procédures pénales militaires », cités dans *Actes du Colloque Droit Pénal et Défense*, Ministère de la Défense, secrétariat général pour l’administration, Direction des affaires juridiques, Paris, 2001, à la page 5) :

La justice est une en France : on est citoyen français avant d’être soldat; si dans l’intérieur, un soldat en assassine un autre, il a aussi sans doute commis un crime militaire; mais il a aussi commis un crime civil; il faut donc que tous les délits soient soumis d’abord à la juridiction commune, toutes les fois qu’elle est présente.

[22] Se fondant sur la constitution française, qui établit l’égalité devant la loi de tout citoyen et la nature dérogatoire du système de justice militaire, les autorités françaises ont aboli les cours martiales en temps de paix. Elles les ont gardées en temps de guerre et pour des crimes commis à l’étranger. Les passages suivants de Solange Apik dans « L’histoire de la justice militaire », publiée dans *Actes du Colloque Droit pénal et Défense* (précités), aux pages 32 et 33, illustrent l’évolution suivie et sa justification :

La loi du 29 décembre 1966 induit enfin la disparition du corps des magistrats militaires. Les fonctions judiciaires sont exercées concurremment par des magistrats civils en détachement, les magistrats militaires ne l’étant plus qu’à titre provisoire jusqu’à l’extinction du corps.

L’égalité de traitement entre civils et personnels militaires demeure pourtant encore imparfaite. Au début des années 1980, les revendications se font plus précises et remettent en cause le dogme même de la justice militaire en se fondant sur deux principes. Il ne saurait exister qu’une seule justice aux yeux de la nation. Par ailleurs, la teneur des affaires traitées par la justice militaire ne justifie guère l’existence d’un tel système dérogatoire, nombre des affaires pouvant être traitées par la justice civile.

Ces arguments sous-tendent la loi adoptée le 21 juillet 1982 qui supprime en temps de paix les tribunaux

permanents des forces armées. 37 juridictions de droit commun sont désormais compétentes, toutefois dans le cadre d'une chambre spécialisée en matière militaire. Les tribunaux permanents des forces armées sont supprimés. La spécificité demeure mais dans le cadre des chambres spécialisées des tribunaux de droit commun. Le militaire bénéficie de tous les droits de la défense y compris l'appel. Deux tribunaux militaires (Paris et Landau) demeurent liés à la présence des armées en dehors du territoire national.

En 1992, une réforme législative donne quelques droits à la partie civile, résidant dans la possibilité de déclencher des poursuites pénales contre un militaire mais uniquement en cas de mort, de mutilation ou d'infirmité permanente.

Enfin la loi du 4 janvier 1993 étend les droits de la défense et de la partie civile pour tous les justiciables civils.

Nous parvenons à la dernière réforme importante. Il s'agit d'une réforme essentielle, celle du 10 novembre 1999. Elle assure l'égalité des justiciables devant la justice pénale en préservant les intérêts des armées. Cette loi a un triple objectif :

- l'alignement des procédures : le militaire dispose des mêmes droits que le civil notamment dans le régime ordinaire de garde à vue, de détention provisoire, l'assistance d'avocat et le jury populaire;
- le regroupement devant une seule juridiction (le tribunal aux armées de Paris) des procédures relatives aux infractions en dehors du territoire national;
- le respect de la spécificité militaire : le ministre de la défense donne toujours son avis avant l'ouverture de poursuites pénales. [Emphasis added]

[23] The military justice system in Canada has taken the opposite direction and expanded over time. First, notwithstanding its derogatory nature and the right of every individual to equality before and under the law pursuant to section 15 of the Charter, its constitutional legitimacy and validity have been affirmed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259.

[24] Second, even the Charter recognized the existence of the courts martial by denying in paragraph 11(f) the right to a jury trial to an accused tried before a military tribunal for an offence under military law.

permanents des forces armées. 37 juridictions de droit commun sont désormais compétentes, toutefois dans le cadre d'une chambre spécialisée en matière militaire. Les tribunaux permanents des forces armées sont supprimés. La spécificité demeure mais dans le cadre des chambres spécialisées des tribunaux de droit commun. Le militaire bénéficie de tous les droits de la défense y compris l'appel. Deux tribunaux militaires (Paris et Landau) demeurent liés à la présence des armées en dehors du territoire national.

En 1992, une réforme législative donne quelques droits à la partie civile, résidant dans la possibilité de déclencher des poursuites pénales contre un militaire mais uniquement en cas de mort, de mutilation ou d'infirmité permanente.

Enfin la loi du 4 janvier 1993 étend les droits de la défense et de la partie civile pour tous les justiciables civils.

Nous parvenons à la dernière réforme importante. Il s'agit d'une réforme essentielle, celle du 10 novembre 1999. Elle assure l'égalité des justiciables devant la justice pénale en préservant les intérêts des armées. Cette loi a un triple objectif :

- l'alignement des procédures : le militaire dispose des mêmes droits que le civil notamment dans le régime ordinaire de garde à vue, de détention provisoire, l'assistance d'avocat et le jury populaire;
- le regroupement devant une seule juridiction (le tribunal aux armées de Paris) des procédures relatives aux infractions en dehors du territoire national;
- le respect de la spécificité militaire : le ministre de la défense donne toujours son avis avant l'ouverture de poursuites pénales [Je souligne.]

[23] Le système de justice militaire au Canada a pris l'orientation opposée et s'est développé au fil des ans. Premièrement, sans égard à sa nature dérogoire et au droit de toute personne à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi suivant l'article 15 de la Charte, sa légitimité constitutionnelle et sa validité ont été confirmées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259.

[24] Deuxièmement, même la Charte a reconnu l'existence des cours martiales dès lors que, à l'alinéa 11f), elle refusait à l'accusé jugé devant un tribunal militaire pour une infraction de droit militaire le droit à un procès devant jury.

[25] Third, at one time the jurisdiction of the courts martial was clearly conditional on the existence of a military nexus. In other words, the offence had to be “so connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service”: see for example *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, at page 410; *Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433 (aff’d [1989] 2 S.C.R. 1073); and *Ryan v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 563. Indeed, in *R. v. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280, at page 287, the Court Martial Appeal Court unanimously reasserted as a matter now “well settled that the exception to the guarantee of the right to a jury trial in paragraph 11(f) is triggered by the existence of a military nexus with the crime charged.”

[26] In the following year, however, our Court ruled in *R. v. Reddick* (1996), 5 C.M.A.R. 485, at pages 498 to 506, that the notion of military nexus has no place when the debated issue is one of division of constitutional powers. In that context, the Court found that the concept was misleading and distracted from the issue. Finally, in *R. v. Nystrom*, above, our Court narrowed the scope of the ruling in the *Reddick* case and left for another time the determination of the need for a military nexus which, according to the *Brown* case, appears to be a prerequisite under paragraph 11(f) of the Charter. We hasten to add that the existence of a military nexus is not in dispute in the present instance.

[27] Yet, irrespective of its nature and the circumstances of its commission, section 130 of the NDA transforms into a military offence triable by military tribunals every violation of the *Criminal Code* of Canada, except the offences of murder and manslaughter when committed in Canada and those found in sections 280 to 283 of the *Criminal Code* relating to the abduction of children: see section 70 of the NDA.

[28] Until amendments brought to section 70 of the NDA, the military tribunals did not have jurisdiction to hear and decide charges of sexual assault, aggravated sexual assault, and sexual assault with a weapon or with threats or causing bodily harm when these offences were

[25] Troisièmement, à un certain moment, la compétence des cours martiales dépendait clairement du caractère militaire de l’instance. En d’autres mots, l’infraction devait être « par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu’elle serait susceptible d’influer sur le niveau général de discipline et d’efficacité des forces armées » : voir par exemple *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, à la page 410; *Ionson c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 433 (conf. par [1989] 2 R.C.S. 1073); et *Ryan c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 563. De fait, dans l’arrêt *R. c. Brown* (1995), 5 C.A.C.M. 280, à la page 287, la Cour d’appel de la cour martiale a confirmé à l’unanimité qu’il était maintenant bien établi « que l’exception à la garantie d’un procès devant jury de l’alinéa 11f) est déclenchée par le caractère militaire, le cas échéant, du crime imputé ».

[26] Toutefois, l’année suivante, la Cour a statué, dans l’arrêt *R. c. Reddick* (1996), 5 C.M.A.R. 485, aux pages 498 à 506, que la notion de caractère militaire est inutile lorsque la question débattue touche la séparation des pouvoirs constitutionnels. Dans ce contexte, la Cour a conclu que la notion était trompeuse et détournait l’attention de la question en litige. Enfin, dans l’arrêt *R. c. Nystrom*, précité, la Cour a limité la portée de l’arrêt *Reddick*, et a reporté à plus tard la détermination de la nécessité d’un caractère militaire qui, selon l’affaire *Brown*, semble être un prérequis pour l’application de l’alinéa 11f) de la Charte. Nous nous empressons d’ajouter que l’existence du caractère militaire n’est pas contestée en l’espèce.

[27] Néanmoins, sans égard à la nature et aux circonstances de perpétration de l’infraction, l’article 130 de la LDN transforme en infraction militaire pouvant être jugée devant les tribunaux militaires toute violation au *Code criminel* du Canada, exception faite des infractions de meurtre et d’homicide involontaire coupable, lorsqu’elles ont été commises au Canada, et des infractions qu’on retrouve aux articles 280 à 283 du *Code criminel*, qui sont liées à l’enlèvement d’enfants : voir l’article 70 de la LDN.

[28] Jusqu’aux modifications apportées à l’article 70 de la LDN, les tribunaux militaires n’avaient pas compétence pour trancher les accusations d’agression sexuelle, d’agression sexuelle grave, et d’agression sexuelle armée ou avec menaces ou avec infraction de lésions corporelles

perpetrated in Canada. In other words, prior to the 1998 amendments which expanded in this respect the jurisdiction of the military tribunals, the appellant in this case would have been tried by the civilian courts for a *Criminal Code* offence, charged as a criminal law offence, not a service offence. It is not disputed that if he had been so charged under section 271 of the *Criminal Code* and the charge prosecuted as an indictable offence, he would have had the right to elect and choose the court before which he would have wanted his trial to be held.

[29] As stated by the Chief Military Judge, prior to the 1998 amendments, the choice of the court martial before which a trial would be held was made by the convening authority which was part of the chain of command and acted on behalf of the prosecution and the executive. The learned Chief Military Judge saw an improvement in the fact that, as a result of the amendments, the choice is now made by the Director who is independent from the chain of command: see his reasons for judgment on the motion, at pages 128 and 131 of the Appeal Book (at paragraphs 17 and 18). While we agree that it is better now than it was before, it does not mean for all that that it is right. Two wrongs do not make a right if the choice of the trier of fact does not constitutionally belong to the prosecution in the first place, whether the prosecution is independent or not from the chain of command.

[30] The scope of application of the military justice system is very broad with respect to offences (jurisdiction *rationae materiae*) and the place of their commission (jurisdiction *rationae loci*). While more limited as regards offenders (jurisdiction *rationae personae*), the scope remains important. The military justice system exercises its jurisdiction *rationae personae* over:

- (a) members of the regular forces composed of non-commissioned members and officers (subsection 15(1));
- (b) officers and non-commissioned members who are part of the special force; and
- (c) officers and non-commissioned members who are in the reserve when, for example, they are on duty, in

lorsque ces infractions avaient été perpétrées au Canada. En d'autres mots, avant les modifications de 1998, qui ont élargi à cet égard la compétence des tribunaux militaires, l'appelant en l'espèce aurait été jugé par les tribunaux civils pour une infraction au *Code criminel*, et aurait été inculpé d'une infraction criminelle et non d'une infraction d'ordre militaire. Il n'est pas contesté que s'il avait été accusé ainsi en vertu de l'article 271 du *Code criminel*, et que l'affaire avait été instruite par voie de mise en accusation, il aurait eu le droit d'être jugé par le tribunal de son choix.

[29] Comme l'a dit le juge militaire en chef, avant les modifications de 1998, le choix de la cour martiale devant laquelle le procès devait se tenir était fait par l'autorité convocatrice faisant partie de la chaîne de commandement et agissant au nom de la poursuite et de l'exécutif. Le juge militaire en chef a vu une amélioration dans le fait que, par suite des modifications, le choix relève maintenant du directeur qui est indépendant de la chaîne de commandement : voir ses motifs de jugement sur la requête, aux pages 128 et 131 du dossier d'appel (aux paragraphes 17 et 18). Bien que nous convenions que cette situation est préférable à celle qui existait auparavant, cela ne signifie pas pour autant que cela soit juste. On ne répare pas une injustice par une autre si le choix du juge des faits n'appartient pas constitutionnellement, dès le départ, à la poursuite et ce, que la poursuite soit indépendante ou non de la chaîne de commandement.

[30] Le champ d'application du système de justice militaire est très large quant aux types d'infractions (compétence *rationae materiae*) et quant au lieu de leur perpétration (compétence *rationae loci*). Bien que plus limité à l'égard des contrevenants (compétence *rationae personae*), son champ d'application demeure important. Le système de justice militaire exerce sa compétence *rationae personae* sur :

- a) les militaires du rang de la force régulière constitués d'officiers et de militaires du rang (paragraphe 15(1));
- b) les officiers et les militaires du rang de la force spéciale;
- c) les officiers et les militaires du rang de la force de réserve lorsque, par exemple, ils sont de service,

practice, on training sessions, in uniform or called upon to assist civilian authorities (section 60).

en pratique, en séances de formation, en uniforme ou appelés pour seconder les autorités civiles (article 60).

[31] Indeed, all the persons enumerated in section 60 of the NDA are subject to the Code of Service Discipline. The section reads:

[31] De fait, toutes les personnes énumérées à l'article 60 de la LDN sont assujetties au Code de discipline militaire. L'article est ainsi rédigé :

Persons subject to Code of Service Discipline

Personnes assujetties au code de discipline militaire

**60.** (1) The following persons are subject to the Code of Service Discipline:

**60.** (1) Sont seuls justiciables du code de discipline militaire :

(a) an officer or non-commissioned member of the regular force;

a) les officiers ou militaires du rang de la force régulière;

(b) an officer or non-commissioned member of the special force;

b) les officiers ou militaires du rang de la force spéciale;

(c) an officer or non-commissioned member of the reserve force when the officer or non-commissioned member is

c) les officiers ou militaires du rang de la force de réserve se trouvant dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

(i) undergoing drill or training, whether in uniform or not,

(i) en période d'exercice ou d'instruction, qu'ils soient en uniforme ou non,

(ii) in uniform,

(ii) en uniforme,

(iii) on duty,

(iii) de service,

(iv) [Repealed, 1998, c. 35, s. 19]

(iv) [Abrogé, 1998, ch. 35, art. 19]

(v) called out under Part VI in aid of the civil power,

(v) appelés, dans le cadre de la partie VI, pour prêter main-forte au pouvoir civil,

(vi) called out on service,

(vi) appelés en service,

(vii) placed on active service,

(vii) en service actif,

(viii) in or on any vessel, vehicle or aircraft of the Canadian Forces or in or on any defence establishment or work for defence,

(viii) à bord d'un navire, véhicule ou aéronef des Forces canadiennes ou dans — ou sur — tout établissement de défense ou ouvrage pour la défense,

(ix) serving with any unit or other element of the regular force or the special force, or

(ix) en service dans une unité ou un autre élément de la force régulière ou de la force spéciale,

(x) present, whether in uniform or not, at any drill or training of a unit or other element of the Canadian Forces;

(x) présents, en uniforme ou non, à l'exercice ou l'instruction d'une unité ou d'un autre élément des Forces canadiennes;

(d) subject to such exceptions, adaptations and modifications as the Governor in Council may by regulations prescribe, a person who, pursuant to law or pursuant to an agreement between Canada and the state in whose armed forces the person is serving, is attached or seconded as an officer or non-commissioned member to the Canadian Forces;

(e) a person, not otherwise subject to the Code of Service Discipline, who is serving in the position of an officer or non-commissioned member of any force raised and maintained outside Canada by Her Majesty in right of Canada and commanded by an officer of the Canadian Forces;

(f) a person, not otherwise subject to the Code of Service Discipline, who accompanies any unit or other element of the Canadian Forces that is on service or active service in any place;

(g) subject to such exceptions, adaptations and modifications as the Governor in Council may by regulations prescribe, a person attending an institution established under section 47;

(h) an alleged spy for the enemy;

(i) a person, not otherwise subject to the Code of Service Discipline, who, in respect of any service offence committed or alleged to have been committed by the person, is in civil custody or in service custody; and

(j) a person, not otherwise subject to the Code of Service Discipline, while serving with the Canadian Forces under an engagement with the Minister whereby the person agreed to be subject to that Code.

#### Continuing liability

(2) Every person subject to the Code of Service Discipline under subsection (1) at the time of the alleged commission by the person of a service offence continues to be liable to be charged, dealt with and tried in respect of that offence under the Code of Service Discipline notwithstanding that the person may have, since the commission of that offence, ceased to be a person described in subsection (1).

#### Retention of status and rank

(3) Every person who, since allegedly committing a service offence, has ceased to be a person described in subsection (1), shall for the purposes of the Code of Service Discipline be deemed, for the period during which

d) sous réserve des exceptions, adaptations et modifications que le gouverneur en conseil peut prévoir par règlement, les personnes qui, d'après la loi ou un accord entre le Canada et l'État dans les forces armées duquel elles servent, sont affectées comme officiers ou militaires du rang aux Forces canadiennes ou détachées auprès de celles-ci;

e) les personnes qui, normalement non assujetties au code de discipline militaire, servent comme officiers ou militaires du rang dans toute force levée et entretenue à l'étranger par Sa Majesté du chef du Canada et commandée par un officier des Forces canadiennes;

f) les personnes qui, normalement non assujetties au code de discipline militaire, accompagnent quelque unité ou autre élément des Forces canadiennes en service, actif ou non, dans un lieu quelconque;

g) sous réserve des exceptions, adaptations et modifications que le gouverneur en conseil peut prévoir par règlement, les personnes fréquentant un établissement créé aux termes de l'article 47;

h) les présumés espions pour le compte de l'ennemi;

i) les personnes qui, normalement non assujetties au code de discipline militaire, sont sous garde civile ou militaire pour quelque infraction d'ordre militaire qu'elles ont — ou auraient — commise;

j) les personnes qui, normalement non assujetties au code de discipline militaire, servent auprès des Forces canadiennes aux termes d'un engagement passé avec le ministre par lequel elles consentent à relever de ce code.

#### Maintien du statut de justiciable

(2) Quiconque était justiciable du code de discipline militaire au moment où il aurait commis une infraction d'ordre militaire peut être accusé, poursuivi et jugé pour cette infraction sous le régime du code de discipline militaire, même s'il a cessé, depuis que l'infraction a été commise, d'appartenir à l'une des catégories énumérées au paragraphe (1).

#### Rétention des statut et grade

(3) Quiconque a cessé, depuis la présumée perpétration d'une infraction d'ordre militaire, d'appartenir à l'une des catégories énumérées au paragraphe (1) est réputé, pour l'application du code de discipline militaire, avoir le statut



under that Code he is liable to be charged, dealt with and tried, to have the same status and rank that he held immediately before so ceasing to be a person described in subsection (1). [Emphasis added.]

[32] “The reach of the Code extends to civilians, who normally would not be subject to the military regime, but who become so because they accompany a unit or another element of the Canadian Forces that is on service or active service in any place”: see Létourneau and Drapeau, *Canadian Military Law Annotated*, Thomson/Carswell: Toronto, 2006, at page 294.

VII. The consequences and derogations resulting from the transformation of *Criminal Code* offences into military offences

[33] The transformation of *Criminal Code* offences into military offences by making them service offences through sections 2 and 130 of the NDA is not without consequences for a person accused before a military tribunal. A number of derogations and loss of rights and benefits ensues.

[34] For example, a great many offences under the *Criminal Code* are hybrid offences, that is to say, that they can be prosecuted either by indictment or summary conviction. In enacting hybrid offences, Parliament recognized that there may be instances where the circumstances surrounding the commission of the offence are such that a more serious prosecution by way of indictment is not warranted.

[35] In addition, in case of a prosecution by way of summary conviction, unless otherwise provided, the penalty that a summary conviction court can impose is limited to a maximum period of imprisonment of six months or to a fine of not more than \$2,000 or to both: see section 787 of the *Criminal Code*. Moreover, a prosecution by way of summary conviction carries a much lighter stigma than a prosecution by way of indictment. In the military justice system, hybrid offences lose that characteristic so that the accused cannot enjoy these benefits: see *R. v. Dixon*, 2005 CMAc 2, 7 C.M.A.R. 4. A court martial is not a summary conviction court within

et le grade qu’il détenait immédiatement avant de ne plus en relever, et ce tant qu’il peut, aux termes de ce code, être accusé, poursuivi et jugé. [Je souligne.]

[32] [TRADUCTION] « La portée du Code s’étend aux civils, qui normalement ne sont pas assujettis au régime militaire, mais qui le deviennent parce qu’ils accompagnent une unité ou un autre élément des Forces canadiennes qui est en service ou en service actif où que ce soit » : voir Létourneau et Drapeau, *Canadian Military Law Annotated*, Thomson/Carswell, Toronto, 2006, à la page 294.

VII. Les conséquences et les dérogaions résultant de la transformation des infractions au *Code criminel* en infractions militaires

[33] La transformation des infractions au *Code criminel* en infractions d’ordre militaire, par le biais des articles 2 et 130 de la LDN, n’est pas sans conséquences pour la personne accusée devant un tribunal militaire. Un certain nombre de dérogaions et de pertes de droits et d’avantages en résultent.

[34] Par exemple, bon nombre d’infractions au *Code criminel* sont des infractions hybrides, c’est-à-dire qu’elles sont punissables soit par voie d’acte d’accusation soit par voie de déclaration de culpabilité par procédure sommaire. En édictant des infractions hybrides, le législateur a reconnu qu’il pouvait y avoir des cas où les circonstances entourant la perpétration de l’infraction sont telles qu’une poursuite plus grave sur acte d’accusation n’est pas justifiée.

[35] De plus, dans le cas d’une poursuite par procédure sommaire, sauf disposition contraire, la peine que la cour de poursuites sommaires peut imposer est limitée à un emprisonnement maximal de six mois et à une amende maximale de 2 000 \$, ou l’une de ces peines : voir l’article 787 du *Code criminel*. En outre, une poursuite par procédure sommaire emporte un caractère bien moins honteux qu’une poursuite sur acte d’accusation. Dans le système de justice militaire, les infractions hybrides perdent cette caractéristique de sorte que l’accusé ne peut pas bénéficier de ces avantages : voir *R. c. Dixon*, 2005 CACM 2, 7 C.A.C.M. 4. Une cour martiale

the meaning of section 785 of the *Criminal Code*: see *R. v. Page* (1996), 5 C.M.A.R. 383.

[36] An accused convicted by a court martial for *Criminal Code* offences is also deprived of a variety of sentences which would be available to him if he or she were tried before a civilian court. Absolute discharge (section 730 of the *Criminal Code*), conditional discharge (section 730 of the *Criminal Code*), conditional sentences whereby the sentence of imprisonment is served in the community (section 742.1 of the *Criminal Code*), conditional sentence order (section 742.3 of the *Criminal Code*), intermittent sentence (section 732 of the *Criminal Code*) and suspended sentence with probation (section 731 of the *Criminal Code*) are not part of the range of sentences that a court martial can impose pursuant to section 139 of the NDA: see *R. v. Dixon*, above, at paragraphs 21 and 22.

[37] We are aware that Bill C-45 amending the NDA (*An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 39th Parl., 2nd Sess.) was tabled on March 3, 2008 and, if assented to in its actual form, would eventually provide for the possibility of granting an absolute discharge and an intermittent sentence for a period of imprisonment or detention limited to 14 days or less as opposed to 90 days or less under the *Criminal Code*: see clauses 22 and 62 of the Bill introducing sections 148 and 203.9 in the NDA. This, however, is the extent of the improvement and it falls short of giving the accused the benefits that he could get before a civilian court.

[38] We should add for the sake of clarity that the suspended sentence referred to in section 731 of the *Criminal Code* must not be confused with the power to suspend given to a military tribunal by section 215 of the NDA. Section 731 of the *Criminal Code* refers to a suspension of the passing of sentence while section 215 of the NDA refers to a suspension of the execution of a sentence of imprisonment or detention already imposed.

[39] As we are referring to sentences, we should mention another very significant derogation to the process that a soldier would be subject to if he or she were sentenced by a civilian court.

n'est pas une cour des poursuites sommaires au sens de l'article 785 du *Code criminel* : voir *R. c. Page* (1996), 5 C.A.C.M. 383.

[36] L'accusé déclaré coupable par une cour martiale d'infractions au *Code criminel* est aussi privé d'une série de peines qui lui seraient ouvertes s'il était jugé devant un tribunal civil. L'absolution inconditionnelle (article 730 du *Code criminel*), l'absolution sous conditions (article 730 du *Code criminel*), l'octroi d'un sursis par lequel la peine est purgée dans la collectivité (article 742.1 du *Code criminel*), l'ordonnance de sursis (article 742.3 du *Code criminel*), la peine discontinuée (article 732 du *Code criminel*) et la peine suspendue avec probation (article 731 du *Code criminel*) ne font en effet pas partie de l'échelle des peines qu'une cour martiale peut imposer en vertu de l'article 139 de la LDN : voir *R. c. Dixon*, précité, aux paragraphes 21 et 22.

[37] Nous savons que le projet de loi C-45 modifiant la LDN (*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 39<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess.) a été déposé le 3 mars 2008 et que, s'il reçoit la sanction royale dans sa forme actuelle, il donnerait, le moment venu, la possibilité d'octroyer une absolution inconditionnelle et une peine discontinuée pour une période d'emprisonnement ou de détention limitée à 14 jours ou moins par opposition à 90 jours ou moins sous le régime du *Code criminel* : voir les articles 22 et 62 du projet de loi introduisant les articles 148 et 203.9 dans la LDN. Toutefois, là s'arrête l'amélioration : l'accusé ne bénéficie pas des avantages qu'il pourrait obtenir devant le tribunal civil.

[38] Nous ajouterons, pour plus de clarté, qu'il ne faut pas confondre la peine suspendue à laquelle renvoie l'article 731 du *Code criminel* avec le pouvoir de suspendre, qui est conféré au tribunal militaire à l'article 215 de la LDN. L'article 731 du *Code criminel* traite du sursis au prononcé de la peine alors que l'article 215 de la LDN traite de la suspension de l'exécution de la peine d'emprisonnement ou de la détention déjà imposée.

[39] Puisque nous traitons des peines, nous devons mentionner une autre dérogation très importante au processus auquel un soldat serait assujéti s'il était condamné par un tribunal civil.

[40] The conditions of detention in a barrack or imprisonment in a service prison are harsh for a detainee. They bear little comparison with those which prevail for detainees in civilian prisons.

[41] The focus on detention in military detention barracks or in imprisonment in service prisons is put on discipline. Hence, follow a severe daily routine, a strict diet in case of misbehaviour with bread and water as a regular component, no communication and smoking periods and no visits other than official visitors such as his defending counsel, members of the legal profession, police forces and Canadian Forces: see the *Regulations for service prisons and detention barracks*, P.C. 1967-1703 (*National Defence Act*, R.S.C. 1952, c. 184 [QR&O, Vol. IV, Appendix 1.4]) (Regulations), articles 4.16 and 5.05.

[42] We need not go into details. Suffice it to say that a detention or imprisonment punishment is served in two stages. The first stage lasts until the inmate earns by his good conduct his promotion to the second stage. The length of that first stage cannot be less than 14 days: see Regulations, article 5.05.

[43] The second stage of punishment marks the restoration of privileges to the detainee as well as the possibility of earning remission of punishment. Among the privileges, one finds:

- (a) the right of the inmate to communicate with other inmates for a maximum period of 30 minutes each day at the times and under the conditions prescribed by the commandant;
- (b) the right to smoke cigarettes under similar conditions and provided the aggregate smoking time in any one day does not exceed 30 minutes;
- (c) the right to use the library; and
- (d) the right to receive visitors: see Regulations, article 5.06.

[40] Les conditions de détention dans une caserne ou dans une prison militaire sont difficiles pour un détenu. On peut difficilement les comparer à celles qui prévalent pour les détenus dans les prisons civiles.

[41] Dans des casernes de détention militaires ou dans des prisons militaires, l'accent est mis sur la discipline. Il s'ensuit une routine quotidienne sévère, une diète stricte au pain et à l'eau sur une base régulière en cas de mauvaise conduite, aucune période de communication ni période pour fumer et aucune visite à part les visiteurs officiels comme l'avocat qui défend le détenu, les avocats, les membres de corps de police, les officiers ou les militaires du rang des Forces canadiennes : voir le *Règlement des prisons militaires et des casernes de détention*, C.P. 1967-1703 (*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1952, ch. 184 [ORFC, vol. IV, appendice 1.4]) (le Règlement), articles 4.16 et 5.05.

[42] Nous n'avons pas besoin d'entrer dans les détails. Il suffit de dire qu'une peine de détention ou d'emprisonnement est purgée en deux stades. Le premier stade dure jusqu'à ce que le détenu soit promu au second stade pour bonne conduite. La durée de ce premier stade ne peut être inférieure à 14 jours : voir l'article 5.05 du Règlement.

[43] Le second stade de peine est caractérisé par la restauration des privilèges du détenu et par la possibilité de mériter une remise de peine. Parmi les privilèges, on retrouve :

- a) le droit de communiquer avec d'autres détenus pendant une période d'au plus 30 minutes par jour, aux heures et aux conditions prescrites par le commandant;
- b) le droit de fumer des cigarettes aux heures et aux conditions prescrites par le commandant (toutefois, la période globale durant laquelle il lui est permis de fumer, au cours d'une journée, ne doit pas dépasser 30 minutes);
- c) le droit de fréquenter la bibliothèque;
- d) le droit de recevoir des visiteurs : voir l'article 5.06 [du Règlement].

[44] The daily routine is a strict one and unfolds as follows:

- wake up at 06:00;
- shave, scrub rooms and barracks, clean equipment and layout from 06:00 to 07:30;
- breakfast 07:30 to 08:00;
- training period 08:00 to 11:50;
- wash up, dinner 12:00 to 13:00;
- training period 13:00 to 16:50;
- wash up, supper 17:00 to 18:00;
- shower 18:00 to 18:30;
- wash clothes, scrub equipment and perform general tasks 18:30 to 19:45;
- incidental parades and letter writing 19:45 to 20:45;
- make up beds 20:45 to 21:00; and
- lights out 21:00: see Regulations, article 5.02.

[45] The Sunday routine closely resembles the daily routine, except that time is allocated for Divine Service and a period for privileges, when and if applicable.

[46] The service prison or detention barrack is inspected once each day by the commanding officer and frequently by the senior non-commissioned member of a service prison or detention barrack: see Regulations, articles 3.04 and 3.09(1).

[47] The concept of misbehaviour is very stringent. A detainee can easily find himself or herself in breach of the Regulations.

[48] The Regulations contain a list of offences against good order and discipline that amount to misbehaviour: disrespect, idleness, negligence, refusal to work, use of blasphemous words or other improper language,

[44] La routine quotidienne est stricte et se déroule comme suit :

- 6 h – Réveil;
- 6 h à 7 h 30 – Rasage, nettoyage des chambres et de la caserne en général, nettoyage de l'équipement et exposition du fourniment;
- 7 h 30 à 8 h – Déjeuner;
- 8 h à 11 h 50 – Période d'instruction;
- Midi à 13 h – Ablutions, dîner;
- 13 h à 16 h 50 – Période d'instruction;
- 17 h à 18 h – Ablutions, souper;
- 18 h à 18 h 30 – Douche;
- 18 h 30 à 19 h 45 – Lavage du linge, nettoyage de l'équipement et exécution de tâches diverses;
- 19 h 45 à 20 h 45 – Rassemblements imprévus et correspondance;
- 20 h 45 à 21 h – Préparation des lits; et
- 21 h – Coucher [voir l'article 5.02 du Règlement].

[45] La routine du dimanche ressemble de près à la routine quotidienne, sauf que du temps est alloué à l'office religieux et à la période de privilèges, le cas échéant.

[46] La prison militaire ou la caserne de détention est inspectée une fois par jour par le commandant et fréquemment par le militaire du rang le plus ancien de la prison militaire ou de la caserne de détention : voir l'article 3.04 et le paragraphe 3.09(1) du Règlement.

[47] La notion de mauvaise conduite est très rigoureuse. Un détenu peut facilement contrevenir au Règlement.

[48] Le Règlement contient une liste d'infractions à l'encontre du bon ordre et de la discipline qui sont assimilables à de l'inconduite : manque de respect, oisiveté, négligence, refus de travailler, usage d'un langage

communication with another inmate, singing, whistling, etc.: see Regulations, article 6.01.

[49] An inmate found guilty of misbehaviour can be subject to the following corrective measures:

- (a) close confinement;
- (b) no. 1 Diet;
- (c) no. 2 Diet;
- (d) loss of privileges; and
- (e) forfeiture of marks earned for remission: see Regulations, article 6.11.

[50] Close confinement means confinement in the room, deprivation of all privileges, allocation of two periods of 30 minutes each day for exercise and no entitlement to marks for conduct: see Regulations, article 6.12.

[51] When the No. 1 Diet punishment is applied for three days or less, it consists of only 14 ounces of bread a day and unrestricted quantities of water. When the No. 1 Diet is applied for more than three days, the inmate will receive 14 ounces of bread a day and unrestricted quantities of water for the first three days. Then for the next three days, he will be put on the normal ration scale. This process will be repeated until the end of the period. Of course, while on No. 1 Diet, the inmate cannot be subjected to parades or required to perform drill or work tasks. He is not entitled to marks for conduct and he cannot leave his room, except for two exercise periods of not less than 30 minutes each day. Finally, he is deprived of privileges.

[52] The pattern for No. 2 Diet is the same as for No. 1 Diet except that the lengths of the diet periods are 21 days or less, and more than 21 days.

[53] When the period for No. 2 Diet is 21 days or less, the inmate will have:

for breakfast: seven ounces of bread and unrestricted quantities of water;

blasphématoire ou inconvenant, communication avec d'autres détenus, chants, sifflements, etc. : voir l'article 6.01 du Règlement.

[49] Voici les mesures punitives dont peut être frappé le détenu qui s'est mal conduit :

- a) isolement cellulaire;
- b) régime alimentaire de punition n° 1;
- c) régime alimentaire de punition n° 2;
- d) perte de privilèges; et
- e) perte de points mérités en vue de la remise de peine : voir l'article 6.11 [du Règlement].

[50] L'isolement signifie l'incarcération dans la chambre ou la cellule réservée à cette fin, la privation de tous les privilèges, l'autorisation de prendre de l'exercice pendant deux périodes de 30 minutes chaque jour et la privation de tous points pour bonne conduite : voir l'article 6.12 du Règlement.

[51] Lorsque le régime alimentaire n° 1 est imposé pour une période de trois jours ou moins, il prévoit 14 onces de pain par jour et de l'eau en quantité illimitée. Si le régime n° 1 est imposé pour plus de trois jours, le détenu recevra pour les premiers trois jours 14 onces de pain et de l'eau en quantité illimitée. Pour les trois jours qui suivent, il recevra les rations ordinaires. Ce processus se répétera jusqu'à la fin de la période. Bien entendu, pendant qu'il est soumis au régime n° 1, le détenu ne peut pas être contraint d'assister aux rassemblements ni d'exécuter d'exercices militaires ou des corvées. Il ne peut obtenir des points pour bonne conduite et quitter sa chambre, sauf pour deux périodes d'exercice d'au moins 30 minutes chaque jour. Enfin, il n'a pas droit aux privilèges.

[52] La structure du régime n° 2 est la même que celle du régime n° 1 sauf que la durée des périodes de régime est soit d'au plus 21 jours, soit de plus de 21 jours.

[53] Lorsqu'il est imposé pour une période d'au plus 21 jours, le régime n° 2 comprend :

au déjeuner : sept onces de pain et une quantité illimitée d'eau;

for dinner: porridge containing two ounces of oatmeal, two ounces of peas or beans, eight ounces of potatoes, the normal flavouring of salt and unrestricted quantities of water; and

for supper: seven ounces of bread and unrestricted quantities of water.

If the No. 2 Diet is for more than 21 days, the inmate will be placed on normal ration for a period of seven days before reverting to the No. 2 Diet again.

[54] In *Mackay v. The Queen*, above, at pages 408 and 409, McIntyre J., supported by Dickson J. (as he then was) expressed concerns about the consequences of the extension of the jurisdiction of the courts martial as a result of the important derogations that they entail from the ordinary criminal law applicable to civilians and from the principle of equality before and under the law. They wrote:

It must not however be forgotten that, since the principle of equality before the law is to be maintained, departures should be countenanced only where necessary for the attainment of desirable social objectives, and then only to the extent necessary in the circumstances to make possible the attainment of such objectives. The needs of the military must be met but the departure from the concept of equality before the law must not be greater than is necessary for those needs. The principle which should be maintained is that the rights of the serviceman at civil law should be affected as little as possible considering the requirements of military discipline and the efficiency of the service...

Section 2 of the *National Defence Act* defines a service offence as “an offence under this Act, the *Criminal Code*, or any other Act of the Parliament of Canada, committed by a person while subject to the Code of Service Discipline”. The Act also provides that such offences will be triable and punishable under military law. If we are to apply the definition of service offence literally, then all prosecutions of servicemen for any offences under any penal statute of Canada could be conducted in military courts. In a country with a well-established judicial system serving all parts of the country in which the prosecution of criminal offences and the constitution of courts of criminal jurisdiction is the responsibility of the provincial governments, I find it impossible to accept the proposition that the legitimate needs of the military extend so far. It is not necessary

au dîner : un gruau contenant deux onces de farine d’avoine, deux onces de pois ou de haricots, huit onces de pommes de terre, du sel pour assaisonnement normal, et de l’eau en quantité illimitée; et

au souper : sept onces de pain et de l’eau en quantité illimitée.

Lorsque le régime n° 2 est imposé pour une période dépassant 21 jours, on doit, après 21 jours de ce régime, remettre le détenu aux rations ordinaires pendant au moins sept jours consécutifs avant de lui imposer de nouveau le régime n° 2.

[54] Dans l’arrêt *Mackay c. La Reine*, précité, aux pages 408 et 409, le juge McIntyre, avec l’appui du juge Dickson (tel était alors son titre), s’est dit préoccupé par les conséquences de l’élargissement de la compétence des cours martiales vu les importantes dérogaions que ces cours apportent au droit criminel ordinaire applicable aux civils et au principe de l’égalité devant la loi et dans l’application de loi. Voici ce qu’ils ont écrit :

Il ne faut cependant pas oublier que, puisqu’on doit respecter le principe de l’égalité devant la loi, on ne peut y déroger que lorsque cela est nécessaire pour accomplir des objectifs socialement souhaitables et, dans ce cas, seulement dans la mesure nécessaire pour y parvenir dans les circonstances. Il faut répondre aux besoins des forces armées, mais l’on ne doit pas déroger au principe de l’égalité devant la loi plus que cela n’est nécessaire. Le principe à respecter est celui de l’intervention la plus minime possible dans les droits d’un soldat en vertu du droit commun compte tenu des exigences de la discipline militaire et de l’efficacité des forces armées [...]

L’article 2 de la *Loi sur la défense nationale* définit une infraction militaire comme « une infraction visée par la présente loi, par le *Code criminel* ou par toute autre loi du Parlement du Canada, et commise par une personne pendant son assujettissement au Code de discipline militaire ». La Loi porte également que ces infractions pourront faire l’objet de poursuites et de sanctions conformément au droit militaire. Si nous appliquons littéralement la définition d’infraction militaire, toutes poursuites contre des militaires pour toute infraction à toute loi pénale canadienne pourraient être menées devant des tribunaux militaires. Dans un pays doté d’un système judiciaire bien établi desservant toutes les régions du pays et où la poursuite des infractions criminelles et la constitution des tribunaux de juridiction criminelle incombent aux gouvernements

for the attainment of any socially desirable objective connected with the military service to extend the reach of the military courts to that extent. It may well be said that the military courts will not, as a matter of practice, seek to extend their jurisdiction over the whole field of criminal law as it affects the members of the armed services. This may well be so, but we are not concerned here with the actual conduct of military courts. Our problem is one of defining the limits of their jurisdiction and in my view it would offend against the principle of equality before the law to construe the provisions of the *National Defence Act* so as to give this literal meaning to the definition of a service offence. The all-embracing reach of the questioned provisions of the *National Defence Act* goes far beyond any reasonable or required limit. The serviceman charged with a criminal offence is deprived of the benefit of a preliminary hearing or the right to a jury trial. He is subject to a military code which differs in some particulars from the civil law, to differing rules of evidence ... [Emphasis added.]

[55] Finally, the vast majority of indictable offences under the *Criminal Code* give the accused the right to elect the court before which his or her trial will be held. Minor offences are legislatively excluded from this right to elect. They fall under the absolute jurisdiction of provincial court judges and are tried summarily: see section 553 and Part XXVII of the *Criminal Code*. In the same vein, Parliament has chosen to give superior courts of criminal jurisdiction exclusive jurisdiction to try a limited number of the most serious indictable offences: see sections 468 and 469 of the *Criminal Code*. The rest of the offences are subject to an election and the choice is given to the accused: see subsection 536(2) of the *Criminal Code*.

[56] The military justice system has a complex system of four courts martial: the General Court Martial, the Disciplinary Court Martial, the Standing Court Martial and the Special General Court Martial. We will say a word later on this system when we will consider the available remedies in this case.

[57] At this time, for the purpose of stating the background relevant to the debate before us, we should say that the General Court Martial and the Disciplinary Court Martial are courts composed of a judge and a panel of

provinciaux, il m'est impossible d'accepter la thèse que les besoins légitimes des forces armées aillent aussi loin. Pour atteindre un objectif socialement souhaitable relié à la vie militaire, il n'est pas nécessaire d'étendre autant la compétence des tribunaux militaires. On peut bien dire qu'en pratique, les tribunaux militaires ne chercheront pas à étendu leur compétence au champ entier du droit pénal applicable aux membres des forces armées. C'est peut-être bien le cas, mais nous n'avons pas à examiner la conduite des tribunaux militaires dans les faits. Notre problème consiste à définir les limites de leur compétence et, à mon avis, ce serait contrevenir au principe de l'égalité devant la loi que d'interpréter les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* de façon à donner ce sens littéral à la définition d'infraction militaire. La portée exhaustive des dispositions en cause de la *Loi sur la défense nationale* dépasse toute limite raisonnable ou nécessaire. Le soldat inculpé d'une infraction criminelle est privé du bénéfice d'une enquête préliminaire ou du droit à un procès devant jury. Il est soumis à un code militaire qui diffère à certains égards du droit commun, à des règles de preuve différentes [...] [Je souligne.]

[55] Enfin, la grande majorité des actes criminels sous l'empire du *Code criminel* donnent à l'accusé le droit de choisir le tribunal devant lequel il subira son procès. Le législateur a exclu le droit de choisir pour les infractions mineures. Celles-ci tombent sous la compétence absolue des juges de la cour provinciale et sont jugées sommairement : voir l'article 553 et la partie XXVII du *Code criminel*. Dans la même veine, le législateur a choisi de donner aux tribunaux supérieurs de juridiction criminelle la compétence exclusive de juger un nombre limité d'actes criminels parmi les plus graves : voir les articles 468 et 469 du *Code criminel*. Le reste des infractions donne le choix au prévenu : voir le paragraphe 536(2) du *Code criminel*.

[56] Le système de justice militaire est complexe; il est composé de quatre cours martiales : la cour martiale générale, la cour martiale disciplinaire, la cour martiale permanente et la cour martiale générale spéciale. Nous aborderons ultérieurement ce système lorsque nous considérerons les réparations disponibles en l'espèce.

[57] À ce stade, afin de brosser le contexte dans lequel s'inscrit le débat qui nous occupe, nous dirons que la cour martiale générale et la cour martiale disciplinaire sont des tribunaux composés d'un juge et d'un comité

military members. While there are five members on the panel in the case of the General Court Martial, the panel is composed of only three members when the court is the Disciplinary Court Martial. By contrast, the Standing Court Martial is presided over by a judge alone. I am leaving aside the Special General Court Martial because it is not relevant to the issue before us as it does not have jurisdiction over non-commissioned members or officers: see section 176 of the NDA.

[58] Non-commissioned members and officers may be tried by one of the above three courts. However, the choice of the trier of facts is not theirs as a result of section 165.14 of the NDA. It belongs to the prosecution. This is another derogation to the ordinary criminal law prosecution of *Criminal Code* offences when these offences are committed by a person subject to the Code of Service Discipline. It is the object of the constitutional challenge.

#### VIII. The obiter dictum of this Court in *R. v. Nystrom*

[59] For a better understanding of these reasons and those of the Chief Military Judge in this case, we need to summarize the *obiter dictum* of this Court in *R. v. Nystrom*, above.

[60] As previously mentioned, in a unanimous *obiter*, this Court expressed deep concerns about the fairness and validity of the impugned provisions. While it recognized the need for prosecutorial discretion in the prosecution of criminal law offences and, therefore, service offences, it expressed the view that the decision relating to the choice of the trier of facts is not one regarding the nature and extent of the prosecution and the Director's participation in it. It is not one which partakes of prosecutorial discretion. Rather, it is one which "partakes of a benefit, an element of strategy or a tactical advantage associated with the right of an accused to present full answer and defence and control the conduct of his or her defence": see *R. v. Nystrom*, at paragraph 78. In coming to that conclusion, the Court relied upon the decisions of the Supreme Court of Canada in *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at paragraphs 44 to 46; *R. v. Swain*, above; and *R. v. Turpin*, 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3d) 289, 1987 CanLII 6768,

de militaires. Alors que, dans le cas de la cour martiale générale le comité est formé de cinq militaires, il n'est constitué que de trois militaires lorsqu'il s'agit de la cour martiale disciplinaire. Par contre, la cour martiale permanente est présidée par un juge seul. Je laisse de côté la cour martiale générale spéciale, qui n'est pas pertinente quant à la question en litige puisqu'elle n'a pas compétence sur les officiers ou les militaires du rang : voir l'article 176 de la LDN.

[58] Les officiers et les militaires du rang peuvent être jugés par l'une des trois cours susmentionnées. Toutefois, le choix du juge des faits n'est pas le leur vu l'article 165.14 de la LDN. Il revient à la poursuite. Il s'agit là d'une autre dérogation à la procédure régulière de poursuite des infractions prévues au *Code criminel* lorsque ces infractions sont commises par une personne assujettie au Code de discipline militaire. Voilà ce qui fait l'objet de la contestation constitutionnelle.

#### VIII. Les remarques incidentes de la Cour dans l'arrêt *R. c. Nystrom*

[59] Pour mieux comprendre les présents motifs et ceux du juge militaire en chef en l'espèce, nous devons résumer les remarques incidentes de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Nystrom*, précité.

[60] Comme nous l'avons mentionné précédemment, dans des remarques incidentes unanimes, notre Cour s'est dite grandement préoccupée par l'équité et la validité des dispositions en cause. Tout en reconnaissant la nécessité d'un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite d'infractions criminelles et donc en matière d'infractions d'ordre militaire, la Cour était d'avis que la décision relative au choix du juge des faits ne concerne pas la nature et l'étendue de la poursuite et la participation du directeur à cet égard. La décision ne participe pas d'un droit discrétionnaire de poursuite. Plutôt, elle « participe d'un bénéfice, d'un élément de stratégie ou d'un avantage tactique associé au droit d'un accusé de contrôler la conduite de sa défense et d'exercer son droit à une défense pleine et entière » : voir *R. c. Nystrom*, au paragraphe 78. Pour conclure comme elle l'a fait, la Cour s'est appuyée sur les décisions de la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, aux paragraphes 44



affirmed by the Supreme Court of Canada in [1989] 1 S.C.R. 1296.

[61] In addition, the Court found, at paragraph 84 of its reasons for judgment, that the statistics on the use of the prosecution's discretion to choose the trier of facts "point to the virtually inescapable conclusion that the power under section 165.14 is being abused."

[62] For the sake of convenience since we will later endorse the reasoning of the Court, we reproduce paragraphs 71 to 86 of the reasons for judgment in the *Nystrom* case which include a strong criticism of section 165.14 of the NDA by retired Chief Justice Lamer in his Report on "The First Independent Review of the provisions and operation of Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998, c. 35" (Submitted to the Minister of National Defence, September 3, 2003) (Report):

Exercising the power conferred by section 165.14 of the Act includes exercising the discretion regarding the court before which the trial will take place. It is undeniable that a prosecutor, exercising his or her right to prosecution, must have and does have broad discretionary authority. As La Forest J. said in *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387, at page 410, "Discretion is an essential feature of the criminal justice system"; see also *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601. He added [at page 410]:

A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of indictment or summary conviction, launch an appeal and so on.

But this discretionary authority is not absolute and cannot be exercised in an incongruous or improper manner: *R. v. Cook*, above, at page 1124.

à 46; *R. c. Swain*, précité; et *R. v. Turpin*, 22 O.A.C. 261, 36 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 289, 1987 CanLII 6768, confirmé par la Cour suprême du Canada dans [1989] 1 R.C.S. 1296.

[61] De plus, la Cour a conclu, au paragraphe 84 de ses motifs de jugement, que les statistiques, portant sur le pouvoir discrétionnaire de la poursuite de choisir le juge des faits, « rendent presque inéluctable une conclusion d'un usage abusif du pouvoir de l'article 165.14 ».

[62] Pour plus de commodité, puisque nous endosserons plus tard le raisonnement de la Cour, nous reproduisons les paragraphes 71 à 86 des motifs de jugement dans l'affaire *Nystrom*, qui comprennent une dure critique de l'article 165.14 de la LDN, critique élaborée par le juge en chef Lamer, aujourd'hui à la retraite, dans son rapport intitulé « Le premier examen indépendant des dispositions et de l'application du projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, conformément à l'article 96 des Lois du Canada 1998, ch. 35 » (Présenté au ministre de la Défense nationale, le 3 septembre 2003) (le rapport) :

L'exercice du pouvoir conféré par l'article 165.14 de la Loi emporte l'exercice d'une discrétion quant au tribunal devant qui l'instruction de la poursuite aura lieu. Il est indubitable qu'un poursuivant, dans l'exercice de son droit de poursuite, doit pouvoir disposer et dispose d'un large pouvoir discrétionnaire. Comme le disait le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la page 410, « [l]e pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle » : voir aussi *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601. Il ajoutait [à la page 410] :

Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces policières exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer une accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d'acte d'accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc.

Mais ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu et ne peut être exercé d'une façon irrégulière ou impropre : *R. c. Cook*, précité, à la page 1124.

These decisions are relevant to the laying of the complaint, the choice of charge, and the prosecution's option to proceed by indictment or by summary conviction depending on the seriousness of the actions and the circumstances.

In *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at paragraphs 44–46, the Supreme Court of Canada provides a non-exhaustive list of the elements included in prosecutorial discretion. On the following paragraph, it defines what is common to the various elements:

Significantly, what is common to the various elements of prosecutorial discretion is that they involve the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for. Put differently, prosecutorial discretion refers to decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. [Emphasis in original.]

However, decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the Court do not fall within the scope of prosecutorial discretion. The Supreme Court of Canada addresses this necessary distinction as follows [at paragraph 47]:

... Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution, i.e., the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, do not fall within the scope of prosecutorial discretion. Rather, such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum. [Emphasis added.]

The respondent's counsel submits that the power under section 165.14 of the Act to choose the mode of trial is a discretionary prosecutorial power similar to the power that exists in the civilian courts to choose between proceeding by indictment and proceeding by way of summary conviction. I am unable to accept that argument.

I agree that the prosecutor's option to proceed by one mode of prosecution rather than another (indictment or summary proceeding) is an element of prosecutorial discretion. In the words of the Supreme Court of Canada [at paragraph 47], it is a decision concerning "the nature and extent of the prosecution".

Ces décisions se rapportent au dépôt de la plainte, au choix de l'accusation, et à l'option du poursuivant de procéder par acte d'accusation plutôt que par voie sommaire compte tenu de la gravité des gestes et des circonstances.

Dans l'affaire *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, aux paragraphes 44 à 46, la Cour suprême du Canada énumère d'une manière non exhaustive les éléments que comprend le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Au paragraphe suivant, elle définit ainsi le point commun entre ces divers éléments :

Fait important, le point commun entre les divers éléments du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est le fait qu'ils comportent la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites vise les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. [Souligné dans l'original.]

Cependant, les décisions qui ont trait à la stratégie de poursuite ou à la conduite du procureur devant le tribunal ne font pas partie du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. La Cour suprême du Canada s'exprime ainsi sur cette distinction à apporter [au paragraphe 47] :

Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, c'est-à-dire celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui. [Je souligne.]

La procureure de l'intimée soumet que le pouvoir de l'article 165.14 de la Loi de choisir le mode de procès est un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites semblable à celui qui existe devant les tribunaux civils de choisir de procéder par acte d'accusation plutôt que par voie sommaire. Je ne peux accepter cette prétention.

Je suis d'accord que l'option du poursuivant de procéder par un mode de poursuite plutôt que par l'autre (acte d'accusation c. voie sommaire) est un élément du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Pour reprendre les termes employés par la Cour suprême du Canada [au paragraphe 47], il s'agit d'une décision concernant « la nature et l'étendue des poursuites ».

However, with due respect for those who hold a different view, I am of the opinion that the choice of mode of trial partakes of a benefit, an element of strategy or a tactical advantage associated with the right of an accused to present full answer and defence and control the conduct of his or her defence. This right is recognized as a principle of fundamental justice: see *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 972. The right to elect the mode of trial is, before the civilian courts, a right extended to an accused who makes use of it according to and for the purpose of his defence. In *R. v. Turpin, Siddiqi and Clauzel* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, the Ontario Court of Appeal held that it was an advantage conferred by law. At pages 299–300, the Court writes:

What we are faced with in this case is not so much whether one form of trial is more advantageous than another, *i.e.* whether a person charged with murder is better protected by a judge and jury trial or by a trial by judge alone. Rather, the question is whether having that choice is an advantage in the sense of a benefit of the law. Mr. Gold, on behalf of the respondents in this case, suggested that it is the having of the option, “the ability to elect one’s mode of trial”, that was a benefit which accused persons charged with murder in Alberta had over accused persons charged with murder elsewhere in Canada. We have to agree with that submission. A choice as to having or not having a jury trial (even though limited by the overriding determination by the trial judge), based upon the advantages of one mode of trial over the other because of a wide range of factors, such as the nature and circumstances of the killing, the amount of publicity, the reaction in the community, the size of the community from which the jury is being drawn, and even the preference of defence counsel with respect to trying to convince a jury or a judge of the defence version of the facts (or leave them with a reasonable doubt), indicates that having that choice must be considered a benefit. The absence of that benefit in Ontario must be considered a disadvantage. [My underlining.]

There is no doubt in my mind that the choice of mode of trial conferred by section 165.14 is an advantage conferred on the prosecution that could be abused. Cory J. states in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pages 103 and 104: “Unfortunately it would seem that whenever the Crown is granted statutory power that can be used abusively then, on occasion, it will indeed be used abusively.”

In the case at bar, the circumstances surrounding the exercise of the power under section 165.14 of the Act and the statistics on its use are disturbing.

Toutefois, avec respect pour l’opinion contraire, je crois que le choix du mode de procès participe d’un bénéfice, d’un élément de stratégie ou d’un avantage tactique associé au droit d’un accusé de contrôler la conduite de sa défense et d’exercer son droit à une défense pleine et entière : sur le droit d’un accusé d’exercer un contrôle sur la conduite de sa défense en tant que principe de justice fondamentale, voir *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 972. C’est certes le cas devant les tribunaux civils où le choix est octroyé à l’accusé qui l’exerce en fonction et à des fins de défense. Dans l’affaire *R. v. Turpin, Siddiqi and Clauzel* (1987), 36 C.C.C. (3d) 289, la Cour d’appel de l’Ontario a reconnu qu’il s’agissait d’un avantage conféré par la loi. Aux pages 299 et 300, elle écrit :

[TRADUCTION] Dans cette affaire, ce n’est pas tant de savoir si une forme de procès est plus avantageuse qu’une autre, c’est-à-dire si une personne accusée de meurtre est mieux protégée par un procès devant juge et jury ou par un procès devant juge seul. Plutôt, la question est de savoir si avoir ce choix est un avantage au sens d’un bénéfice de la loi. M. Gold, au nom des intimés dans la présente affaire, a avancé que c’est le fait d’avoir le choix, « La possibilité de choisir son mode de procès », qui constituait le bénéfice dont les personnes accusées de meurtre en Alberta avait par rapport aux personnes accusées de meurtre ailleurs au Canada. Nous ne pouvons qu’être en accord avec cet argument. Le choix d’avoir ou non un procès devant jury (bien que limité par l’appréciation prédominante du juge du procès), fondé sur l’avantage d’un mode de procès par rapport à l’autre en raison d’une vaste série de facteurs, comme la nature et les circonstances du meurtre, la quantité de publicité, la réaction dans la communauté, l’importance de la communauté dont est issue le jury, et même la préférence de l’avocat de la défense pour tenter de convaincre le jury ou le juge de la version des faits de la défense (ou pour soulever un doute raisonnable), indique qu’avoir ce choix doit être considéré comme un bénéfice. L’absence de ce bénéfice en Ontario doit être considérée comme un désavantage. [Souligné dans l’original.]

Il n’y a aucun doute dans mon esprit que le choix du mode de procès conféré par l’article 165.14 est un avantage conféré au poursuivant qui est susceptible d’abus. Et comme le rappelle le juge Cory dans l’affaire *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, aux pages 103 et 104, « [m]alheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l’occasion. »

Dans le cas qui nous occupe, les circonstances entourant l’exercice du pouvoir conféré par l’article 165.14 de la Loi et les statistiques de son utilisation sont troublantes.

First, as the respondent's counsel concedes, there is no policy, nor any criteria governing the exercise of the discretion under section 165.14.

Second, the statistics regarding the use of the power indicate either a discretion that is fettered in advance or a refusal to exercise it. In the period from September 1, 1999, to March 31, 2003, only 4 of the 220 trials were assigned to a panel assisted by a judge, as indicated in the following table taken from the report to Parliament by the Right Honourable Antonio Lamer, former Chief Justice of the Supreme Court of Canada [at page 40]:

| Reporting Period       | GCM Judge & Panel | DCM Judge & Panel | SCM Judge alone | SGCM Judge alone | Total CM   |
|------------------------|-------------------|-------------------|-----------------|------------------|------------|
| 01 Sept 99 – 31 Mar 00 | 0                 | 0                 | 27              | 0                | 27         |
| 01 Apr 00 – 31 Mar 01  | 0                 | 1                 | 62              | 0                | 63         |
| 1 Apr 01 – 31 Mar 02   | 0                 | 1                 | 62              | 0                | 63         |
| 1 Apr 02 – 31 Mar 03   | 1                 | 1                 | 65              | 0                | 67         |
| <b>TOTAL</b>           | <b>1</b>          | <b>3</b>          | <b>216</b>      | <b>0</b>         | <b>220</b> |

This report, entitled *The First Independent Review of the provisions and operation of Bill C-25, An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, September 3, 2003, was prepared in response to an obligation imposed by Parliament to review the operation of the Act. Regarding section 165.14 and the fact that it gives the choice of mode of trial to the prosecution, former Chief Justice Lamer writes, at page 40 of the Report:

I have been unable to find a military justification for disallowing an accused charged with a serious offence the opportunity to choose between a military judge alone and a military judge and panel, other than expediency. When it comes to a choice between expediency on the one hand and the safety of the verdict and fairness to the accused on the other, the factors favouring the accused must prevail. The only possible exception warranting a change to this default position might be during times of war, insurrection or civil strife.

It is my belief that an accused charged with a serious offence should be granted the option to choose between trial by military judge alone or military judge and panel prior to the convening of a court martial. [My underlining.]

Premièrement, de l'admission même de la procureure de l'intimée, il n'existe aucune politique de même qu'aucun critère régissant l'exercice de la discrétion octroyée par l'article 165.14.

Deuxièmement, les statistiques quant à l'utilisation du pouvoir témoignent soit d'une discrétion liée à l'avance, soit d'un refus de l'exercer. Pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 1999 au 31 mars 2003, seulement 4 des 220 procès furent assignés à une formation assistée d'un juge comme en fait foi le tableau suivant tiré du rapport fait au Parlement par le Très Honorable Antonio Lamer, juge en chef à la retraite [à la page 41] :

| Période visée                                 | CMG Juge et comité | CMD Juge et comité | CMP Juge seul | CMGS Juge seul | Total CM   |
|---|--------------------|--------------------|---------------|----------------|------------|
| Du 1 <sup>er</sup> sept. 1999 au 31 mars 2000 | 0                  | 0                  | 27            | 0              | 27         |
| Du 1 <sup>er</sup> avril 2000 au 31 mars 2001 | 0                  | 1                  | 62            | 0              | 63         |
| Du 1 <sup>er</sup> avril 2001 au 31 mars 2002 | 0                  | 1                  | 62            | 0              | 63         |
| Du 1 <sup>er</sup> avril 2002 au 31 mars 2003 | 1                  | 1                  | 65            | 0              | 67         |
| <b>TOTAL</b>                                  | <b>1</b>           | <b>3</b>           | <b>216</b>    | <b>0</b>       | <b>220</b> |

Ce rapport, intitulé : *Le premier examen indépendant des dispositions et de l'application du projet de loi C-25, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 3 septembre 2003, fait suite à une obligation de révision du fonctionnement de la Loi imposée par le législateur. Au sujet de l'article 165.14 et du fait qu'il attribue le choix du mode de procès au poursuivant, le retraité Juge en chef Lamer écrit à la page 41 du Rapport :

J'ai été incapable de trouver une raison d'ordre militaire expliquant pourquoi une personne accusée d'une infraction grave n'aurait pas le droit de choisir entre un procès devant un juge militaire seul et un procès devant un juge militaire et un comité, autre que la commodité. Or, lorsqu'il faut choisir entre, d'une part, la commodité et, d'autre part, la sûreté du verdict et le traitement équitable de l'accusé, ce sont les facteurs favorables à l'accusé qui doivent prévaloir, sauf peut-être en cas de guerre, d'insurrection ou de conflit civil.

J'estime qu'une personne accusée d'une infraction grave devrait avoir le droit de choisir d'être jugée par un juge militaire seul ou par un juge militaire et un comité avant que la cour martiale ne soit convoquée. [Je souligne.]

And this observation leads him to recommend that the Act be amended to give the accused the option as to mode of trial.

From 2003 to date, there were between 120 and 125 trials before courts martial. None of these trials have taken place before a panel of members of the military assisted by a military judge. These figures, on top of the preceding statistics, point to the virtually inescapable conclusion that the power under section 165.14 is being abused.

The respondent's counsel argued that giving the prosecution the power under section 165.14 was justified by the fact that the various courts martial (General Court Martial, Disciplinary Court Martial, Standing Court Martial and Special General Court Martial) have different limits as to the sentences that they can impose, some being more severe than others. I confess that I have some difficulty grasping the merit of this justification, especially since the power under section 165.14 to choose the court and consequently the scale of the sentences to be imposed provides the prosecutor with an additional advantage, open to abuse, that is detrimental to the accused.

Be that as it may, this justification does not stand since the Disciplinary Court Martial (composed of a panel of three members assisted by a military judge) and the Standing Court Martial (composed of a judge alone)—which is the option almost always favoured by the prosecution—have the same powers and the same limitations in terms of sentencing: both can impose a dismissal with disgrace from Her Majesty's service as the maximum punishment (sections 172 and 175). Yet, the accused can never elect between these two modes of trial because of section 165.14 of the Act. He therefore loses the benefit of the advantage offered by a hearing before a panel of three members assisted by a military judge.

We should add that the excerpt quoted in paragraph 78 of the *Nystrom* decision was cited with approval by the Supreme Court of Canada at pages 1329 and 1330 of its decision in *Turpin* (above).

IX. Analysis of the Chief Military Judge's decision and the parties' and intervenor's submissions

[63] After this long but necessary digression to explain the context surrounding the use and impact of section 165.14 of the NDA, it is now time to analyze the decision of the Chief Military Judge.

Et ce constat débouche sur une recommandation de sa part que la Loi soit modifiée afin que le choix du mode de procès soit confié à l'accusé.

Depuis 2003 à ce jour, il y eut entre 120 et 125 procès devant les cours martiales. Or aucun de ces procès ne s'est déroulé devant une formation de militaires assistée d'un juge militaire. Ces chiffres s'ajoutent aux statistiques précédentes et rendent presque inéluctable une conclusion d'un usage abusif du pouvoir de l'article 165.14.

La procureure de l'intimée a soutenu que l'octroi au poursuivant du pouvoir de l'article 165.14 trouvait sa justification dans le fait que les différentes cours martiales (cour martiale générale, cour martiale disciplinaire, cour martiale permanente et cour martiale générale spéciale) ont des limites différentes quant aux peines qu'elles peuvent respectivement imposer, certaines pouvant être plus sévères que d'autres. J'avoue avoir de la difficulté à saisir le bien-fondé de cette justification d'autant plus que le pouvoir de l'article 165.14 de choisir la cour et, par conséquent, l'échelle des sentences à être imposées offre ainsi au poursuivant un avantage additionnel, susceptible d'abus, et ce au détriment de l'accusé.

Quoiqu'il en soit, cette justification ne tient pas puisque la cour martiale disciplinaire (composée d'un comité de trois membres assisté d'un juge militaire) et la cour martiale permanente (formée d'un juge seul), qui est l'option presque toujours privilégiée par le poursuivant, possèdent les mêmes pouvoirs et les mêmes limites au niveau de l'imposition d'une sentence : les deux peuvent infliger comme peine maximale une destitution ignominieuse du service de sa Majesté (articles 172 et 175). Or l'accusé ne peut jamais choisir entre ces deux modes de procès à cause de l'article 165.14 de la Loi. Il perd donc le bénéfice de l'avantage qu'offre une audition devant un comité de trois membres assisté d'un juge militaire.

Ajoutons que l'extrait cité au paragraphe 78 de l'arrêt *Nystrom* a également été cité et approuvé par la Cour suprême du Canada aux pages 1329 et 1330 de l'arrêt *Turpin* (précité).

IX. Analyse de la décision du juge militaire en chef et des arguments des parties et de l'intervenant

[63] Après cette longue mais nécessaire digression pour expliquer le contexte entourant l'utilisation et les répercussions de l'article 165.14 de la LDN, le moment est venu d'analyser la décision du juge militaire en chef.

X. Whether the Chief Military Judge made an error in applying the decision of this Court in *R. v. Lunn*

[64] In *R. v. Lunn*, previously cited, Chief Justice Mahoney ruled that “the existence and exercise of discretion by a convening authority to order a particular mode of court martial do not engage rights of the accused protected under sections 7, 11(d) or 15(1) of the *Charter*”: see page 165 of the reasons of that decision.

[65] However, he found that the convening authority’s decision can be reviewed and a section 24 *Charter* remedy devised if “the discretion has been exercised for an improper purpose or motive”: *R. v. Lunn*, at pages 165 and 166.

[66] Counsel for the respondent relies upon the Court’s finding in *Lunn* as did the Chief Military Judge who felt bound by it. Counsel for the appellant and the intervenor submit that that case is distinguishable and ought to be distinguished. We agree with them for the following reasons.

[67] In *R. v. Nystrom*, 2004 CM 52, at paragraph 37, Colonel Carter, who was then the Chief Military Judge, concluded that this Court in the *Lunn* case:

... did not deal directly with the issue of whether it was a principle of fundamental justice that an accused person have the right not to have the type of court martial selected by, what the Court would describe, as the prosecuting authority. Rather, in relation to section 7 of the *Charter*, it took the view that a pretrial action by a prosecuting authority could not engage the accused’s life, liberty, or security or persons rights, it was only the court martial itself which could deprive the accused of life, liberty or security of the person, and therefore, s. 7 rights were not invoked in that case.

[68] We agree with her. In addition, the issue before this Court in the *Lunn* case was the independence and impartiality of the court martial because of the convening authority’s power to select the court martial for trial. The appellant’s claim was that this power given to the

X. Le juge militaire en chef a-t-il commis une erreur en appliquant la décision de la Cour dans *R. c. Lunn*

[64] Dans l’arrêt *R. c. Lunn*, précité, le juge en chef Mahoney a statué que « l’existence et l’exercice du pouvoir discrétionnaire de l’autorité convocatrice de choisir une forme particulière de cour martiale n’ont aucune incidence sur les droits garantis à l’accusé par l’article 7, l’alinéa 11d) et le paragraphe 15(1) de la *Charte*. » : voir page 165 des motifs de cette décision.

[65] Toutefois, il a conclu que la décision de l’autorité convocatrice est susceptible de révision et que le recours prévu à l’article 24 de la *Charte* est disponible si « ce pouvoir discrétionnaire a été exercé à des fins ou pour des motifs irréguliers » : *R. c. Lunn*, à la page 166.

[66] Les avocats de l’intimée s’appuient sur la conclusion de la Cour dans l’arrêt *Lunn* tout comme l’a fait le juge militaire en chef, qui s’est senti lié par celle-ci. Les avocats de l’appelant et de l’intervenant soutiennent que cette affaire peut être distinguée de l’arrêt *Lunn*. Nous sommes d’accord avec ces derniers pour les motifs suivants.

[67] Dans la décision *R. c. Nystrom*, 2004 CM 52, au paragraphe 37, la colonel Carter, qui était alors juge militaire en chef, a conclu que notre Cour dans l’affaire *Lunn* :

[TRADUCTION] [...] n’a pas directement traité de la question de savoir si c’était un principe de justice fondamentale que l’inculpé ait le droit à ce que le choix du type de cour martiale ne soit pas fait par celui que la Cour décrirait comme le poursuivant. Plutôt, en liaison avec l’article 7 de la *Charte*, elle était d’avis qu’une action avant procès par le poursuivant ne pouvait mettre en jeu la vie, la liberté et la sécurité de l’inculpé ou les droits de la personne, c’était seulement la cour martiale elle-même qui pouvait porter atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne et donc les droits prévus à l’article 7 n’étaient pas en jeu dans cette affaire.

[68] Nous sommes d’accord avec elle. De plus, la question en litige dans l’affaire *Lunn* portait sur l’indépendance et l’impartialité de la cour martiale vu le pouvoir de l’autorité convocatrice de choisir un procès devant la cour martiale. L’appelant soutenait que ce pouvoir

convening authority, and thus to the chain of command, violated the constitutional guarantee of a trial by an independent and impartial tribunal afforded by paragraph 11(d) of the Charter. It was not, as in this case, a challenge based on the right to full answer and defence guaranteed by paragraph 11(d), which includes the right for an accused to control the conduct of his or her defence: see *R. v. Swain*, above, at pages 972 and 1025.

[69] There is, in our view, a third reason for distinguishing the *Lunn* case from the present instance. This Court in *Lunn* also focussed on the proper exercise of prosecutorial discretion by the prosecution and the convening authority in laying and prosecuting charges. This is apparent from the following excerpts from pages 165 and 166 of Chief Justice Mahoney's decision:

It is not the convening authority, who decides on the mode of court martial and appoints the prosecutor, that may deprive an accused of life, liberty and security of the person: the court martial itself may do that. It is likewise the court martial itself, not the convening authority, that must conduct a fair and public hearing and be independent and impartial. Persons making decisions relative to the laying and prosecution of charges must act according to the law but the law does not require their independence or impartiality. What is required of them is that they [do] not act in a manner that may be seen, by a reasonable and informed person, as drawing the administration of justice into disrepute.

... Should, in a particular case, it be established that the discretion has been exercised for an improper purpose or motive, no doubt a remedy under section 24 can be devised. [Emphasis added; footnote omitted.]

[70] This Court did not focus, as we are now required to do, on who should be the repository of the right to choose the trier of facts. In their submissions, the appellant and the intervener referred to the Director's abuse of the power to choose the trier of facts as an additional argument to show why the power cannot and should not reside in the Director's hands. To put it in different and perhaps simpler words, the challenge in the present instance is not about how the impugned power should be exercised, rather it is about who should exercise it.

conféré à l'autorité convocatrice, et donc à la chaîne de commandement, violait la garantie constitutionnelle de l'alinéa 11d) de la Charte d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Ce n'était pas, comme en l'espèce, une contestation fondée sur le droit à une défense pleine et entière garanti par l'alinéa 11d), lequel emporte le droit de l'accusé de contrôler la conduite de sa défense : voir *R. c. Swain*, précité, aux pages 972 et 1025.

[69] À notre avis, il y a un troisième motif pour distinguer l'affaire *Lunn* de la présente instance. Notre Cour, dans l'arrêt *Lunn*, a aussi mis l'accent sur l'exercice adéquat du pouvoir discrétionnaire de poursuivre qu'ont la poursuite et l'autorité convocatrice lorsqu'elles portent des accusations et engagent une poursuite. C'est ce qui appert des extraits suivants des pages 165 et 166 de l'arrêt du juge en chef Mahoney :

Ce n'est pas l'autorité convocatrice, qui décide du mode de procès et nomme le procureur de la poursuite, qui peut porter atteinte au droit de l'accusé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; c'est la cour martiale même qui peut le faire. C'est aussi la cour martiale, plutôt que l'autorité convocatrice, qui a l'obligation de tenir un procès public et équitable et d'agir comme un tribunal indépendant et impartial. Les personnes qui décident de porter des accusations et d'engager des poursuites doivent agir en conformité avec la loi, mais elles ne sont pas tenues en droit à l'indépendance et à l'impartialité. Ce qu'on attend d'elles, c'est qu'elles agissent d'une manière qui ne soit pas susceptible de discréditer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable et bien informée.

[...] Si, dans un cas particulier, il était établi que ce pouvoir discrétionnaire a été exercé à des fins ou pour des motifs irréguliers, il serait certainement possible d'accorder réparation à l'accusé en vertu de l'article 24. [Je souligne; note en bas de page omise.]

[70] Notre Cour n'a pas mis l'accent, comme nous devons maintenant le faire, sur la question de savoir qui devrait être le dépositaire du droit de choisir le juge des faits. Dans leurs observations, comme argument additionnel visant à démontrer pourquoi le pouvoir ne peut ni ne doit être entre les mains du directeur, l'appelant et l'intervenant ont évoqué l'abus de pouvoir du directeur lorsqu'il choisit le juge des faits. Autrement dit, et peut-être plus simplement, la contestation en l'espèce n'est pas de savoir comment le pouvoir en cause devrait être exercé, mais plutôt de savoir qui devrait l'exercer.

[71] In following the decision in *Lunn* and discarding the *obiter* in *Nystrom*, the Chief Military Judge found comfort in the fact that the *Lunn* decision was rendered shortly after the decisions of the Supreme Court of Canada in the cases of *Bain* (*R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91) and *Swain* relied upon by this Court in *Nystrom*: see his reasons for judgment on the motion at pages 132 and 133 of the Appeal Book.

[72] This Court in *Lunn* did not at all refer to the *Bain* and the *Swain* cases. This, we believe, is another clear indication that the claim under paragraph 11(d) of the Charter in *Lunn* was one relating and limited to the independence and impartiality of the tribunal, not one pertaining to the right to full answer and defence. Had it been a debate about the latter, there is no doubt that the *Bain* and *Swain* decisions rendered respectively in 1992 and 1991, would have been at the core of the discussions before this Court in *Lunn* in 1993 as they were in the *Nystrom* case in 2005, especially as the Supreme Court decisions were more contemporaneous to *Lunn* than to *Nystrom*.

XI. Whether section 165.14, subsection 165.19(1) of the NDA and paragraph 111.02(1) of the QR&O violate section 7 and paragraph 11(d) of the Charter

[73] On this issue, counsel for the intervener drew a useful comparison with jury trials before civilian courts. We want to make it clear that this Court has decided a number of times that trials by General or Disciplinary courts martial sitting with panels are not jury trials: see *R. v. Nystrom*, above; *R. v. Brown*, above. In *Lunn*, above, Chief Justice Mahoney, while acknowledging that a Disciplinary Court Martial shares some of the characteristics of a civilian criminal jury trial, pointed out as substantial differences the fact that the members of a panel can take judicial notice of matters peculiar to their community to an extent not permitted jurors, acquit or convict by majority vote and are not peers in the usual sense because they are servicemen, mostly officers.

[74] That being said, as we shall see, the comparison between jury trials and courts martial with a panel

[71] Suivant l'arrêt *Lunn* et en écartant les remarques incidentes dans l'arrêt *Nystrom*, le juge militaire en chef a trouvé appui dans le fait que l'arrêt *Lunn* a été rendu peu après les arrêts de la Cour suprême du Canada *Bain* (*R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91) et *Swain*, sur lesquels notre Cour s'était appuyée dans l'arrêt *Nystrom* : voir ses motifs de jugement sur la requête aux pages 132 et 133 du dossier d'appel.

[72] Dans l'arrêt *Lunn*, notre Cour n'a pas du tout renvoyé aux affaires *Bain* et *Swain*. Nous croyons que cela constitue une autre indication claire que la revendication suivant l'alinéa 11d) de la Charte portait, dans l'arrêt *Lunn*, sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal et s'y limitait; elle ne touchait pas au droit à une défense pleine et entière. Si le débat avait porté sur ce dernier point, il n'y a pas de doute que les arrêts *Bain* et *Swain*, rendus respectivement en 1992 et 1991, auraient été au cœur des discussions devant notre Cour dans l'arrêt *Lunn* en 1993 comme elles l'ont été dans l'affaire *Nystrom* en 2005, vu, tout particulièrement, que les arrêts de la Cour suprême sont plus contemporains de l'arrêt *Lunn* que de l'arrêt *Nystrom*.

XI. L'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) de la LDN et l'alinéa 111.02(1) des ORFC violent-ils l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte

[73] Sur ce point, l'avocat de l'intervenant a fait une comparaison utile avec les procès avec jury devant les tribunaux civils. Précisons que notre Cour a statué à maintes reprises que les procès devant les cours martiales disciplinaires ou générales, qui siègent en comité, ne sont pas des procès avec jury : voir *R. c. Nystrom*, précité; *R. c. Brown*, précité. Dans l'arrêt *Lunn*, précité, bien que le juge en chef Mahoney ait reconnu que la cour martiale disciplinaire partage certaines des caractéristiques d'un procès criminel civil devant jury, il a indiqué les différences substantielles suivantes : contrairement aux jurés, les membres d'un comité peuvent prendre connaissance d'office des affaires propres à leur communauté, acquitter ou condamner par un vote majoritaire, et ils ne sont pas des pairs au sens usuel du terme parce qu'ils sont des militaires, pour la plupart des officiers.

[74] Cela étant dit, comme nous le verrons, la comparaison entre les procès devant jury et les cours martiales



remains quite useful both from a historical perspective and an understanding of the objectives sought by the legislator. We will start first with a short history of jury trials in criminal law.

*A. History and significance of trials by jury in criminal law*

[75] We think it is fair to say that the emphasis has been put in criminal law on jury trials as a mean of counterbalancing the broad powers of the King and later the State. According to Blair J.A. in *Regina v. Bryant* (1984), 48 O.R. (2d) 732, 15 D.L.R. (4th) 66 (ON CA), historically jury trials in England can be traced more than 900 years to the time of William the Conqueror. At page 743 of his reasons for judgment, he relates the evolution of jury trials in criminal cases in England and their constitutional importance. He also underlines the constitutional significance of the jury in modern times. He writes:

The evolution of trial by jury in criminal cases in England proceeded concurrently with the development of democratic parliamentary institutions and came to be regarded as a basic right essential to the operation of a free political system. The constitutional importance of the jury was described by Blackstone as follows:

Our law has therefore wisely placed this strong and twofold barrier, of a presentment and a trial by jury, between the liberties of the people and the prerogative of the crown. It was necessary, for preserving the admirable balance of our constitution, to vest the executive power of the laws in the prince; and yet this power might be dangerous and destructive to that very constitution, if exerted without check or control by justices of *oyer* and *terminer* occasionally named by the crown; who might then, as in France or Turkey, imprison, despatch, or exile any man that was obnoxious to the government, by an instant declaration that such is their will and pleasure. But the founders of the English law have with excellent forecast contrived that ... the truth of every accusation, whether preferred in the shape of indictment, information, or appeal, should afterwards be confirmed by the unanimous suffrage of twelve of his equals and neighbours, indifferently chosen and superior to all suspicion.

(*Blackstone's Commentaries on the Laws of England* (1902), Book 4, W. D. Lewis ed., p. 1735.) In modern

siégeant en comité demeure fort utile tant historiquement que pour comprendre les objectifs recherchés par le législateur. Nous débiterons par un bref historique des procès devant jury en droit criminel.

*A. Historique et importance des procès devant jury en droit criminel*

[75] Nous croyons qu'il est juste de dire que l'accent a été mis en droit criminel sur les procès devant jury afin de contrebalancer les pouvoirs étendus du Roi et par la suite de l'État. Selon le juge Blair, dans l'arrêt *Regina v. Bryant* (1984), 48 O.R. (2<sup>d</sup>) 732, 15 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 66 (ON CA), historiquement les procès devant jury en Angleterre remontent à plus de 900 ans, au temps de Guillaume le Conquérant. À la page 743 de ses motifs de jugement, il relate l'évolution des procès devant jury en matière criminelle en Angleterre, et il souligne leur importance constitutionnelle. Il souligne aussi l'importance constitutionnelle du jury à l'époque moderne. Il écrit :

[TRADUCTION] L'évolution du procès devant jury en matière criminelle en Angleterre s'est faite parallèlement au développement des institutions parlementaires démocratiques, et ce type de procès est devenu un droit fondamental essentiel au fonctionnement d'un système politique libre. L'importance constitutionnelle du jury a été ainsi décrite par Blackstone :

Notre droit a donc sagement érigé cette solide et double barrière — la présentation d'un acte d'accusation et le procès devant jury — entre les libertés du peuple et la prérogative royale. Il était nécessaire, pour préserver l'équilibre admirable de notre constitution, d'investir le Prince du pouvoir de faire exécuter les lois; néanmoins, ce pouvoir peut être dangereux et destructeur à l'égard même de cette constitution, s'il est exercé sans le contrôle des commissions d'*oyer* et *terminer*, occasionnellement nommées par la couronne, lesquelles peuvent alors, comme en France ou en Turquie, emprisonner, renvoyer ou exiler, sur le champ, selon leur bon plaisir, tout homme qui a déplu au gouvernement. Mais les fondateurs du droit anglais ont, avec excellente anticipation, imaginé [...] de faire ensuite confirmer la véracité de toute accusation, qu'elle soit présentée sous forme d'acte d'accusation, de dénonciation ou d'appel, par le suffrage unanime de douze pairs choisis de manière impartiale et au-dessus de tout soupçon.

(*Blackstone's Commentaries on the Laws of England* (1902), Book 4, W. D. Lewis ed., p. 1735.) Dans les temps

times, the constitutional significance of the jury continues to be recognized as illustrated by Lord Devlin's description of it as the "lamp of freedom" in *Trial by Jury, supra*, at p. 164:

Each jury is a little parliament. The jury sense is the parliamentary sense. I cannot see the one dying and the other surviving. The first object of any tyrant in Whitehall would be to make Parliament utterly subservient to his will; and the next to overthrow or diminish trial by jury, for no tyrant could afford to leave a subject's freedom in the hands of twelve of his countrymen. So that trial by jury is more than an instrument of justice and more than one wheel of the constitution: it is the lamp that shows that freedom lives.

[76] Blair J.A. goes on to stress in strong language the importance of trial by jury in the English colonies in America. Indeed, as he puts it at page 744 of his reasons for judgment, "[o]ne of the grievances against England listed in the Declaration of Independence of 1776 was that the people had been deprived 'in many cases, of the benefits of trial by jury'."

[77] Of course, the history of criminal law in Canada also shows the significance attached to jury trials before and after Confederation: see page 746 of Blair J.A.'s reasons for judgment. One of the objections of the loyalists who came to Canada after the American Revolution was directed to the fact that *The Quebec Act, 1774* (14 Geo. III, c. 83 (U.K.)) was withdrawing the right of a jury trial in civil matters. This objection reinforces the importance given to jury trials, especially in the criminal context.

[78] The *Criminal Code* of Canada evidences Parliament's intention in cases of prosecution by way of indictment to privilege trials by jury. Section 471 of the *Criminal Code* states that, unless otherwise specifically provided by law, all indictable offences must be tried by a jury.

[79] In addition, paragraph 565(1)(c) of the said Code stipulates that an accused is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and a jury if he does not elect his mode of trial when called upon to do so.

modernes, l'importance constitutionnelle du jury continue d'être reconnue ainsi que l'illustre l'image de lord Devlin, dans *Trial by Jury, supra*, à la page 164, lorsqu'il parle du procès devant jury comme de la « lampe de la liberté » :

Chaque jury est un petit parlement. La notion de jury s'apparente à celle de parlement. Je ne peux entrevoir que l'un meurt et que l'autre survive. Le premier objectif de tout tyran à Whitehall serait de faire en sorte que la législature soit totalement asservie à sa volonté, et le second serait d'abolir ou de restreindre le procès devant jury parce qu'aucun tyran ne saurait tolérer d'abandonner la liberté d'un de ses sujets entre les mains de douze de ses pairs. Ainsi, le procès devant jury est plus qu'un instrument de justice et plus qu'une roue motrice de la constitution : c'est la lampe qui révèle que la liberté est bien vivante.

[76] Le juge Blair insiste ensuite sur l'importance du procès devant jury dans les colonies anglaises en Amérique. De fait, comme il l'écrit à la page 744 de ses motifs de jugement, [TRADUCTION] « un des griefs contre l'Angleterre formulés dans la Déclaration d'indépendance de 1776 était que le peuple était privé "dans bien des cas, des avantages d'un procès devant jury" ».

[77] Évidemment, l'histoire du droit criminel au Canada démontre aussi l'importance attachée aux procès devant jury avant et après la Confédération : voir la page 746 des motifs du jugement du juge Blair. Une des objections des Loyalistes venus au Canada après la Révolution américaine concernait le fait que l'*Acte de Québec de 1774* (14 Geo. III, c. 83 (R.-U.)) supprimait le droit à un procès devant jury dans les affaires civiles. Cette objection renforce l'importance donnée aux procès devant jury, tout particulièrement dans le contexte criminel.

[78] Le *Code criminel* du Canada atteste l'intention du législateur de privilégier les procès devant jury dans les cas de poursuites par voie d'acte d'accusation. L'article 471 du *Code criminel* énonce que, sauf disposition expressément contraire de la Loi, tout acte criminel doit être jugé devant jury.

[79] De plus, l'alinéa 565(1)c) dudit Code prévoit que le prévenu est réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury s'il n'a pas fait de choix lorsqu'il a été appelé à le faire.

[80] Where the Attorney General has been given by Parliament in the public interest the special power to impose a court on the accused, Parliament has required that that court be one with a jury: see sections 568, 569 and 577 of the *Criminal Code*. This now brings us to say a word about the history of courts martial within the military justice system. Then the table will be set for a discussion of the constitutional issue.

*B. History of courts martial in the military justice system*

[81] A good starting point for a review of the history of courts martial in the military justice system is the decision of this Court in *R. v. Ingebrigtsen* (1990), 5 C.M.A.R. 87. In that case, the Court addressed the issue of the constitutionality of the Standing Court Martial.

[82] Chief Justice Mahoney reasserted the fact that the General and the Disciplinary Court Martial “are the traditional types of courts martial which evolved in the British Army over centuries”: see page 91 of the decision. These two courts, it will be recalled, are courts composed of a military judge and a panel of five and three members respectively: see subsection 167(1) and 170(1) of the NDA. In other words, offenders were not tried by a member alone having legal qualifications until the creation of the Standing Court Martial on May 5, 1944 by Order in Council P.C. 3375 issued under the authority of the *War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206.

[83] The Minister of National Defence was given the power at any time and from time to time to limit the powers, jurisdiction, duties, and functions vested in and exercised by that Court: see paragraph 17 of that Order in Council, above. In this respect, Chief Justice Mahoney writes, at page 92:

Pursuant to paragraph 17, on May 8, 1944, by General Order 269, the Minister excluded the trial of officers and warrant officers, and of all charges except desertion, absence without leave and losing by neglect from the jurisdiction of the Standing Court Martial and further limited its jurisdiction geographically to Canada and its territorial waters. Its jurisdiction did not extend to the Navy or Air Force. By General Order 71, on February 25, 1945, the limitation on the types of charges that might be tried was

[80] Lorsque, dans l’intérêt public, le législateur a conféré au procureur général le pouvoir spécial d’imposer un tribunal au prévenu, il a exigé que ce tribunal comporte un jury : voir les articles 568, 569 et 577 du *Code criminel*. Cela nous amène maintenant à dire un mot sur l’historique des cours martiales dans le système de justice militaire. Ensuite, nous serons prêts à aborder la question constitutionnelle.

*B. Histoire des cours martiales dans le système de justice militaire*

[81] L’arrêt de notre Cour dans *R. c. Ingebrigtsen* (1990), 5 C.A.C.M. 87, constitue un bon point de départ pour l’examen de l’histoire des cours martiales dans le système de justice militaire. Dans cette affaire, la Cour s’est prononcée sur la constitutionnalité de la Cour martiale permanente.

[82] Le juge en chef Mahoney a réaffirmé que la cour martiale générale et la cour martiale disciplinaire « constituent les cours martiales traditionnelles qui ont été établies avec le temps au sein de l’armée britannique » : voir la page 91 de la décision. Ces deux cours, rappelons-le, se composent d’un juge militaire et d’un comité de cinq et de trois membres respectivement : voir les paragraphes 167(1) et 170(1) de la LDN. En d’autres termes, les contrevenants n’ont été jugés par un membre seul possédant une formation juridique qu’à compter de la création de la Cour martiale permanente, le 5 mai 1944, par le décret C.P. 3375 pris sous le régime de la *Loi des mesures de guerre*, S.R.C. 1927, ch. 206.

[83] Le ministre de la Défense nationale a été investi de l’autorité de restreindre les pouvoirs, les compétences, les tâches et les fonctions de la Cour martiale permanente : voir le paragraphe 17 du décret précité. À cet égard, le juge en chef Mahoney écrit, à la page 92 :

Conformément à l’article 17, le Ministre a exclu, le 8 mai 1944, au moyen de l’ordre général 269, les procès mettant en cause un officier ou un adjudant, ou encore se rapportant à une accusation, sauf celles de désertion, d’absence sans permission et de perte par négligence, de la compétence de la cour martiale permanente et a en outre limité la compétence territoriale de celle-ci au Canada et aux eaux territoriales. La compétence de ladite cour martiale ne s’étendait pas à la marine ou à l’aviation. Au

revoked thus restricting the jurisdiction of the Standing Court Martial to the trial of junior non-commissioned officers and private soldiers serving within Canada and its territorial waters.

[84] The 1950 NDA, S.C. 1950, c. 43 provided in subsection 149(1) that the Governor in Council may in an emergency establish Standing Courts Martial consisting of one officer who had been a barrister or advocate for more than three years. Emergency was defined then as it basically still is in the NDA as “war, invasion, riot or insurrection, real or apprehended”.

[85] The exceptional nature of the Standing Court Martial was underlined before a Special Committee of the House of Commons on May 30, 1950 when the Bill was discussed. In his reasons in *Ingebrigtsen* (above), at page 93, Chief Justice Mahoney quotes the following excerpts from the testimonies of Brigadier Lawson, the Judge Advocate General and Major McClemon, an Assistant Judge Advocate General. They were questioned by Lieutenant-Colonel Harkness who later became Minister of National Defence:

Q. There is no provision here apparently for a standing court martial except in time of war or in emergency, as it states here. — A. That is correct.

Q. What is the reason for that? — A. It is a procedure of an unusual nature and it has been felt a general court martial, disciplinary court martial and summary procedure is sufficient to cover all exigencies of peacetime operations, but in war when you have hundreds of officers tied up with a multitude of courts martial you may have to make a special provision, which we have done here.

...

[Q.] I wonder if Brigadier Lawson would tell us whether the army is particularly anxious that they should only have this power in an emergency?

[A.] We do not feel that we need it in peacetime. There are not enough service courts to require it. The advantage of having formal courts martial is that you train officers in

moyen de l'ordre général 71 en date du 25 février 1945, les restrictions apportées aux types d'accusations qui pouvaient faire l'objet d'un procès ont été révoquées, de sorte que la cour martiale permanente était désormais uniquement compétente pour juger les sous-officiers subalternes et les soldats en service au Canada ou dans ses eaux territoriales.

[84] La LDN de 1950, S.C. 1950, ch. 43, prévoyait au paragraphe 149(1) que le gouverneur en conseil pouvait, en temps critique, créer des cours martiales permanentes composées d'un officier qui était ou avait été un avocat inscrit pendant plus de trois ans. L'état d'urgence y était défini pour l'essentiel comme il l'est encore aujourd'hui dans la LDN, à savoir une « guerre, invasion, émeute ou insurrection, réelle ou appréhendée ».

[85] Le caractère d'exception de la Cour martiale permanente a été souligné devant un Comité spécial de la Chambre des communes le 30 mai 1950, au moment de l'examen du projet de loi. Dans les motifs de l'arrêt *Ingebrigtsen* (précité), à la page 93, le juge en chef Mahoney cite les extraits suivants des témoignages du brigadier Lawson, juge-avocat général, et du major McClemon, assistant du juge-avocat général. Ces derniers ont été interrogés par le lieutenant-colonel Harkness, devenu plus tard ministre de la Défense nationale :

D. Il n'y a pas apparemment rien ici qui prévoit des cours martiales permanentes autrement qu'en temps de guerre ou en temps critique? — R. Non.

D. Pourquoi cela? — R. C'est une procédure inhabituelle et l'on a jugé que les cours martiales générales, les cours martiales disciplinaires et les procès par voie sommaire suffisent pour parer à toutes les éventualités en temps de paix; mais, pour le temps de guerre où des centaines d'officiers seraient occupés avec une multitude de cours martiales, il peut être nécessaire de faire une exception et c'est ce qui a été prévu ici.

...

[D.] Le brigadier Lawson pourrait-il nous dire si l'armée tient particulièrement à ce que ce pouvoir ne soit exercé qu'en cas d'urgence?

[R.] Nous estimons qu'on n'en a pas besoin en temps de paix; il n'y a pas assez de procès militaires pour cela. L'avantage des cours martiales réglementaires est

military legal procedure, in addition to giving the accused a fair trial. For another thing, we have not enough lawyers in the service to set up these standing courts in peacetime. [Emphasis added.]

[86] In a 1967 amendment, the requirement of emergency was deleted. In answer to questions about the deletion, Brigadier Lawson stated the following reported by Chief Justice Mahoney in the *Ingebrigtsen* case, at page 94:

Mr. LAWSON: This is an amendment of substance, Mr. Chairman, in that the present section provides that standing courts martial can only be set up in an emergency. We are taking out those words “in an emergency”.

The CHAIRMAN: Are you satisfied with clause 42?

Mr. NUGENT: In respect of standing courts martial, I do not know how much goes on. Is there much need for them?

Mr. LAWSON: Not at the present time, I would not think; but it would be useful occasionally where you have a comparatively minor offence committed by someone, we will say, serving in Cyprus, or in Egypt, where it is difficult to set up a court martial — difficult, and expensive — and if the offence is comparatively minor, it might be very convenient to have him tried by a standing court martial.

Mr. NUGENT: You would fly the court in, if necessary?

Mr. LAWSON: We could now, yes, but this is expensive and it might be a very minor offence of some kind. [Emphasis added.]

[87] We think it is fair to say that the Standing Court Martial was conceived as a court of exception. In Chief Justice Mahoney’s opinion, endorsed by the other two members of the Court, it is most dubious whether Standing Courts Martial “can, as a matter of fact, be characterized as integral to the otherwise ‘long established tradition’ of a separate system of military law and tribunals”: see *Ingebrigtsen*, above. When looking at the

qu’elles permettent aux officiers de se familiariser avec la procédure militaire, sans compter qu’elles sont pour l’accusé une garantie de procès impartial. En outre, nous n’avons pas assez d’avocats dans le service pour établir des cours permanentes en temps de paix. [Je souligne.]

[86] Dans une modification édictée en 1967, l’exigence relative à l’état d’urgence a été abolie. En réponse à des questions concernant l’abolition de cette exigence, le Brigadier Lawson a apporté les explications suivantes, citées par le juge en chef Mahoney dans l’arrêt *Ingebrigtsen*, à la page 94 :

[TRADUCTION]

M. LAWSON : Voici un amendement d’importance, M. le Président, en ce que le présent article prévoit que les cours martiales permanentes ne peuvent être établies que dans un cas d’urgence. Nous enlevons ces mots : « en cas d’urgence ».

Le PRÉSIDENT : Êtes-vous satisfait de l’article 42?

M. NUGENT : En ce qui concerne les cours martiales permanentes, je ne sais qu’en penser. En avons-nous vraiment besoin?

M. LAWSON : Pas actuellement, je ne crois pas; mais elles pourraient être utiles à l’occasion, dans le cas d’une infraction relativement secondaire commise par quelqu’un, disons, qui fait son service à Chypres [sic] ou en Égypte, où il est difficile d’établir une cour martiale, difficile et dispendieux, et si l’infraction est relativement secondaire, ce pourrait être très commode de faire juger cet homme par une cour martiale permanente.

M. NUGENT : On amènerait les membres de la cour par avion, si nécessaire?

M. LAWSON : Nous le pourrions, oui, mais c’est dispendieux et il pourrait s’agir d’une sorte d’infraction très secondaire. [Je souligne.]

[87] À notre avis, il est juste de dire que la Cour martiale permanente a été conçue comme un tribunal d’exception. Le juge en chef Mahoney a exprimé l’opinion, à laquelle ont souscrit les deux autres membres de la Cour, qu’il est fort douteux que la Cour martiale permanente « [puisse] en fait être considérée comme faisant partie intégrante de la “tradition [par ailleurs] fort ancienne” d’un système distinct de justice militaire » : voir *Ingebrigtsen*,

statistics from 1998 quoted in the *Nystrom* case and above reproduced in these reasons, one sees that the Standing Court Martial has now become the norm rather than the exception as a result of the prosecution's choice, even for very serious offences.

### C. *The right to choose the trier of facts*

[88] Under the *Criminal Code*, the right to choose the trier of facts is generally referred to as the right to choose the mode of trial. Counsel for the intervenor submits that this right is constitutionally bound to the right to trial by jury. This, he says, appears from the history of the development of criminal prosecutions in England and Canada and from the structure of the *Criminal Code* of Canada going back to the enactment of the Code in 1892. That structure, he emphasizes, has not changed.

[89] He then goes on to set out 10 “constitutional rules” that, he submits, together establish the accused's right to choose the mode of trier of facts. From these rules, he concludes that the accused has always had the right to choose his mode of trial when Parliament did not impose one. We reproduce them as they appear at paragraph 59 of his memorandum of facts and law:

**Rule 1:** There are only two modes of criminal prosecution in Canada: summary conviction or indictable proceedings.

**Rule 2:** Where the prosecutor proceeds summarily the only mode of trial available, as established by Parliament, is provincial court trial or its equivalent.

**Rule 3:** Where the prosecutor has a choice as to the mode of prosecution and elects to proceed by indictment, then unless otherwise specifically stated by Parliament all indictable offences are presumptively to be tried by a jury, (s. 471 of the Code).

**Rule 4:** Certain indictable offences specified by Parliament can only be tried by a jury unless both the accused and the Attorney General agree that the trial may proceed before a single judge, (s. 469 and 473).

précité. Lorsqu'on examine les statistiques de 1998 citées dans l'affaire *Nystrom* et reproduites dans les présents motifs, on constate que la Cour martiale permanente est maintenant devenue la norme plutôt que l'exception, même pour des infractions très graves, par suite du choix de la poursuite.

### C. *Le droit de choisir le juge des faits*

[88] Sous le régime du *Code criminel*, le droit de choisir le juge des faits s'entend généralement du droit de choisir le mode de procès. L'avocat de l'intervenant soutient que ce droit est lié, sur le plan constitutionnel, au droit à un procès devant jury. C'est là, dit-il, ce qui ressort de l'histoire de l'évolution des poursuites criminelles en Angleterre et au Canada ainsi que de la structure du *Code criminel* du Canada depuis son adoption en 1892, structure, insiste-t-il, qui est demeurée inchangée.

[89] Il poursuit en énonçant dix « règles constitutionnelles » qui, ensemble, fondent à son avis le droit de l'accusé de choisir le mode de juge des faits. Il déduit de ces règles que l'accusé a toujours eu le droit de choisir son mode de procès, sauf dans les cas où le législateur en impose un. Voici ces règles, telles qu'elles sont consignées au paragraphe 59 du mémoire des faits et du droit de l'intervenant :

[TRADUCTION]

**Règle 1 :** Il n'existe que deux modes de poursuites criminelles au Canada : la procédure sommaire et la mise en accusation.

**Règle 2 :** Lorsque le poursuivant procède par voie sommaire, le seul mode de procès possible, établi par le législateur, consiste en un procès devant une cour provinciale ou son équivalent.

**Règle 3 :** Lorsque le poursuivant a le choix du mode de poursuite et qu'il choisit de procéder par mise en accusation, sauf disposition expresse contraire du législateur, tous les actes criminels sont réputés devoir faire l'objet d'un procès par jury (article 471 du Code).

**Règle 4 :** Certains actes criminels précisés par le législateur ne peuvent être jugés que par un juge et un jury, à moins que l'accusé et le procureur général ne consentent tous deux à ce que le procès soit tenu devant un juge seul (articles 469 et 473).

**Rule 5:** Certain indictable offences (absolute jurisdiction) can only be tried by a provincial court judge or equivalent (s. 553).

**Rule 6:** With the exception of offences falling within #4 or #5 above, in all matters proceeded with by indictment, the accused has the right to choose his or her mode of trial - judge and jury, judge alone or provincial court or its equivalent.

**Rule 7:** In all cases where there is no choice as to the mode of trial, Parliament and not the prosecutor determines what the mode of trier of fact will be.

**Rule 8:** In all cases prosecuted on indictment where there is a choice of mode of trial the accused and not the prosecutor makes the decision as to the mode of trier of fact.

**Rule 9:** The only exceptions to the above are specific to the special public interest prerogatives of the office of the Attorney General, ss. 568-569 (the Attorney General can require a trial by jury even if the accused has elected otherwise) and s. 577 (direct indictment), those exceptional powers are a common law prerogative of the Attorney General now codified and may only be exercised by the Attorney General as specifically defined by the sections themselves, even in those instances, the Attorney General has no constitutional ability to require a trial by provincial court or superior court judge alone, but may require a trial by jury.

**Rule 10:** All of the rules set out above reflect the common law, and the constitutional right of an accused to a trial by jury. They do not depend for their validity on s. 11f) of the Charter but rather the authority of Parliament and the division of powers pursuant to ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*.

[90] We think it is difficult to quarrel with the content of these rules. As a matter of fact, counsel for the respondent does not take issue with them. Rather her answer is that the military justice system is a *sui generis* system. While we agree with her that it is a *sui generis* system, the fact remains that that system is subject to the constitutional law of the land.

[91] The intervener's rules govern the prosecution of offences before civilian courts. Counsel for the intervener

**Règle 5 :** Pour certains actes criminels (de compétence absolue), l'accusé ne peut être jugé que par un juge d'une cour provinciale ou l'équivalent (article 553).

**Règle 6 :** À l'exception des infractions qui tombent sous le coup de la règle 4 ou de la règle 5, dans tous les cas où la poursuite procède par mise en accusation, l'accusé a le droit de choisir le mode de son procès — juge et jury, juge seul ou cour provinciale ou son équivalent.

**Règle 7 :** Dans tous les cas où *aucun* choix n'existe quant au mode de procès, c'est le législateur, non le poursuivant, qui détermine quel doit être le mode de juge des faits.

**Règle 8 :** Dans toutes les affaires instruites par mise en accusation où existe un choix quant au mode de procès, c'est l'accusé, non le poursuivant, qui décide du mode de juge des faits.

**Règle 9 :** Les seules exceptions à ce qui précède relèvent des prérogatives spéciales du bureau du procureur général en matière d'intérêt public, articles 568 et 569 (le procureur général peut exiger un procès par jury même si l'accusé a fait un autre choix) et 577 (acte d'accusation directe); ces pouvoirs exceptionnels constituent une prérogative du procureur général découlant de la common law, prérogative maintenant codifiée, et ils ne peuvent être exercés par le procureur général que dans le cadre strict des dispositions mêmes; même dans ces cas, le procureur général n'a pas la compétence constitutionnelle d'exiger un procès devant une cour provinciale ou un juge seul d'une cour supérieure, mais il peut exiger un procès par jury.

**Règle 10 :** Toutes les règles énoncées ci-dessus correspondent à la common law et au droit constitutionnel de l'accusé à un procès par jury. Leur validité n'est pas tributaire de l'alinéa 11f) de la Charte, mais relève plutôt de l'autorité du Parlement et de la répartition des compétences aux termes des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[90] Le contenu de ces règles nous apparaît difficilement contestable. De fait, l'avocate de l'intimée ne les conteste pas. Elle objecte plutôt que le système de justice militaire constitue un régime *sui generis*. Bien que nous partageons son point de vue à cet égard, il reste que ce système est assujéti au droit constitutionnel du pays.

[91] Les règles formulées par l'intervenant régissent la poursuite des infractions devant les tribunaux civils.

did not claim that they apply to prosecutions before military tribunals. Rather, he submitted them as an illustration of how they reflect section 7 Charter-protected fundamental principles of justice in the criminal process. The rules certainly assist in understanding the extent of the encroachment on a serviceman's rights when prosecuted before courts martial for *Criminal Code* offences, including serious ones. In addition, they help to better define the constitutional right and the principle of fundamental justice at play here.

[92] Counsel for the respondent argued that a person charged under the *Criminal Code* has the right to elect his mode of trial only when the law gives him that right. Parliament can abolish that right and indeed has done so with respect to minor offences, the most serious offences, when a hybrid offence is prosecuted by way of summary conviction, and when the Attorney General proceeds by way of preferred indictment pursuant to section 577 of the *Criminal Code*. Consequently, she says, the right to elect is not a right required by the principles of fundamental justice.

[93] With respect, the right at play here is not the right to elect but the right for a person charged to make a full answer and defence and to control the conduct of his or her defence. This right to full answer and defence and control thereof is guaranteed by paragraph 11(d) of the Charter as part of the right to a fair hearing. As previously mentioned, it is a constitutional right which has been found by the Supreme Court of Canada to be required by the principles of fundamental justice in the *Swain* case. The respondent acknowledges that: see paragraph 48 of the respondent's memorandum of fact and law. It is at this juncture, however, that the right to choose the trier of facts may so interfere with the accused's constitutional right to a full defence and to control the conduct of that defence as to deprive him or her of that constitutional right in violation of the principles of fundamental justice.

[94] Counsel for the respondent, in our respectful view, takes too narrow a view of the constitutional right to full answer and defence when she asserts that that right refers to decisions made by an accused at his trial, such

L'avocat de l'intervenant n'a pas prétendu qu'elles s'appliquent aux poursuites intentées devant les tribunaux militaires. Il les a plutôt présentées pour illustrer la façon dont ces règles rendent compte des principes fondamentaux de justice garantis par l'article 7 de la Charte dans le processus pénal. Ces règles aident certainement à comprendre la portée de l'empiètement sur les droits des militaires qu'entraînent les poursuites devant les cours martiales pour des infractions au *Code criminel*, y compris les crimes graves. Elles aident aussi à mieux circonscrire le droit constitutionnel et le principe de justice fondamentale en cause dans la présente instance.

[92] L'avocate de l'intimée fait valoir qu'une personne inculpée en vertu du *Code criminel* n'a le droit de choisir le mode de son procès que dans les cas où la loi lui reconnaît un tel droit. Le législateur est libre d'abolir ce droit, comme il l'a fait d'ailleurs pour les infractions mineures, les infractions les plus graves, les cas où une infraction mixte est poursuivie par procédure sommaire et ceux où le procureur général dépose un acte d'accusation au titre de l'article 577 du *Code criminel*. Par conséquent, soutient-elle, les principes de justice fondamentale ne commandent pas le droit de choisir.

[93] En toute déférence, le droit en cause dans la présente instance n'est pas le droit de choisir, mais le droit d'une personne inculpée de présenter une défense pleine et entière et de contrôler la conduite de sa défense. Ce droit à une défense pleine et entière et au contrôle de sa défense est garanti par l'alinéa 11d) de la Charte dans le cadre du droit à une audience équitable. Nous l'avons mentionné, il s'agit d'un droit constitutionnel qui, a déclaré la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Swain*, relève des principes de justice fondamentale. L'intimée en convient : voir le paragraphe 48 du mémoire des faits et du droit de l'intimée. C'est à ce niveau, toutefois, que le droit de choisir le juge des faits peut empiéter sur le droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et de contrôler la conduite de cette défense de façon à le priver de ce droit constitutionnel, en violation des principes de justice fondamentale.

[94] À notre avis, l'avocate de l'intimée propose une vision trop étroite du droit constitutionnel à une défense pleine et entière lorsqu'elle affirme que ce droit vise les décisions prises par un accusé durant son procès, comme



as whether to call witnesses, take the stand, choose one type of defence over another, etc.: see paragraph 59 of the respondent's memorandum of fact and law. We need only say in this respect that, for example, disclosure of the prosecution's case to the defence is part of the accused's right to full answer and defence and should occur before the accused is called upon to elect the mode of trial or to plead. The accused has to seek disclosure and it is a decision regarding his full answer and defence that he makes well before trial: see *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

[95] Thus, the question becomes, as a result of section 165.14 and subsection 165.19(1) of the NDA, the following: does the fact of giving the choice of the trier of facts to the prosecution unjustifiably violate or compromise the accused's constitutional right to full answer and defence and to control that defence which is required by the principles of fundamental justice? We think so for the reasons given by this Court in its unanimous opinion in *Nystrom*, at paragraphs 71 to 86. We have summarized them and reproduced the paragraphs in the present reasons under the heading: The *obiter dictum* of this Court in *R. v. Nystrom*: see paragraphs 59 to 62 (above).

[96] We also want to answer some of the counter arguments raised by counsel for the respondent in this case. We have alluded to them earlier on. They center around the prosecution's right to choose to proceed by way of indictment or summary conviction, the Attorney General's right to prefer an indictment, and the fact that, for some categories of offences, the accused has no right to choose.

[97] The election as to the mode of prosecution given to the prosecutor in criminal law, i.e. prosecution by way of indictment or by way of summary conviction, is of a nature different from the election as to the trier of facts. The first election is an element of the prosecutorial discretion exercised by the Attorney General and his representatives in enforcing the criminal law in the public interest: see *Krieger v. Law Society of Alberta* (above), at paragraph 47. At the risk of repeating ourselves and what

la décision d'appeler ou de ne pas appeler des témoins, de rendre témoignage ou non, de choisir un type de défense plutôt qu'un autre, etc. : voir le paragraphe 59 du mémoire des faits et du droit de l'intimée. Nous ferons simplement remarquer à cet égard que la communication à la défense de la preuve de la poursuite, par exemple, fait partie du droit de l'accusé à une défense pleine et entière et devrait intervenir avant que l'accusé ne soit appelé à choisir le mode de procès ou à plaider. L'accusé doit demander la communication de la preuve, et il s'agit d'une décision concernant sa défense pleine et entière qu'il prend bien avant le procès : voir l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

[95] Aussi la question, vu l'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) de la LDN, se pose-t-elle comme suit : le fait de donner le choix du juge des faits à la poursuite enfreint-il ou compromet-il de façon injustifiable le droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et de contrôler cette défense, droit qui procède des principes de justice fondamentale? Nous croyons que oui, pour les motifs exposés par notre Cour au soutien de son opinion unanime dans *Nystrom*, aux paragraphes 71 à 86. Nous avons résumé ces motifs et en avons reproduit des paragraphes dans la partie des présents motifs intitulée « *Les remarques incidentes de la Cour dans l'arrêt R. c. Nystrom* » : voir les paragraphes 59 à 62 (ci-dessus).

[96] Nous souhaitons aussi répondre à certains arguments opposés en réponse par l'avocate de l'intimée en l'espèce. Nous y avons fait allusion plus tôt. Ils sont axés sur le droit de la poursuite de choisir de procéder par mise en accusation ou par procédure sommaire, le droit du procureur général de présenter un acte d'accusation et le fait que, pour certaines catégories d'infractions, l'accusé ne bénéficie pas du droit de choisir.

[97] La nature du choix donné au poursuivant quant au mode de poursuite en droit criminel, à savoir la poursuite par mise en accusation ou par voie de procédure sommaire, est différente du choix concernant le juge des faits. Le premier relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites qu'exercent le procureur général et ses substituts dans l'application du droit criminel en vue de l'intérêt public : voir l'arrêt *Krieger c. Law Society of Alberta* (précité), à la page 395. Quant au second, au

this Court said in the *Nystrom* case, the second election “partakes of a benefit, an element of strategy or a tactical advantage associated with the right of an accused to present full answer and defence and control the conduct of his or her defence”: see paragraph 78 of the *Nystrom* decision reproduced in these reasons in paragraph 62.

[98] The Attorney General’s right to prefer an indictment also sits at the core of the exercise of prosecutorial discretion. As counsel for the intervener rightly puts it in his rule 9, it is a prerogative of the Attorney General conferred upon him in the public interest. The Attorney General is the chief law enforcement officer and the ultimate keeper of the public peace. In passing, we agree with the intervener’s submission that the Director is a recent statutory creation and that, unlike the Attorney General of Canada and the provincial attorneys general, he possesses none of the historical common law prerogatives and privileges held and exercised by the Attorney General of England.

[99] It is worth mentioning that when the Attorney General prefers an indictment, the trial is to be held before a jury because the accused is deemed to have so elected: see subsection 565(2) of the *Criminal Code*. The accused keeps a power to re-elect to be tried by a judge without a jury although in this case the consent of the Attorney General is needed. The right to re-elect belongs to the accused, not the prosecution.

[100] It is true that, for minor offences and some limited serious offences, the accused has no right to elect his mode of trial. However, the choice in these instances has been made in a neutral fashion by Parliament for policy reasons. It has not been left to the prosecution for tactical reasons or advantages.

[101] It is undeniable that when Parliament saw fit in the criminal process to give a right to elect as to the mode of trial, it has given it to the accused, never to the prosecution, in order to ensure fairness of the trial and provide better protection to an accused.

risque de nous répéter et de répéter ce que notre Cour a dit dans *Nystrom*, il « participe d’un bénéfice, d’un élément de stratégie ou d’un avantage tactique associé au droit d’un accusé de contrôler la conduite de sa défense et d’exercer son droit à une défense pleine et entière » : voir le paragraphe 78 de la décision *Nystrom*, cité au paragraphe 62 des présents motifs.

[98] Le droit reconnu au procureur général de présenter un acte d’accusation est aussi au cœur de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Comme l’indique avec justesse l’avocat de l’intervenant dans sa règle 9, il s’agit d’une prérogative conférée au procureur général dans l’intérêt public. Le procureur général est le premier officier de l’État chargé de l’application de la loi et le gardien ultime de l’ordre public. Soit dit en passant, nous souscrivons à l’observation de l’intervenant portant que le Directeur est une création récente de la loi et que, à la différence du procureur général du Canada et des procureurs généraux des provinces, il ne possède aucun des privilèges et prérogatives historiques découlant de la common law que détient et exerce le procureur général d’Angleterre.

[99] Il convient de mentionner que lorsque le procureur général présente un acte d’accusation, le procès doit être tenu devant un jury parce que l’accusé est réputé avoir fait ce choix : voir le paragraphe 565(2) du *Code criminel*. L’accusé conserve néanmoins la possibilité de choisir d’être jugé par un juge sans jury, bien qu’il doive dans ce cas obtenir le consentement du procureur général. Le droit d’exercer un nouveau choix appartient à l’accusé, non au poursuivant.

[100] Il est vrai que, pour les infractions mineures et pour certaines infractions graves restreintes, l’accusé n’a pas le droit de choisir le mode de son procès. Toutefois, en ce qui touche ces infractions, le choix a été fait par le législateur en toute neutralité, pour des raisons de politique générale. Il n’a pas été laissé au poursuivant pour qu’il l’utilise à des fins stratégiques ou à son avantage.

[101] Indéniablement, lorsque le législateur a jugé bon de réserver un droit de choisir le mode de procès dans le processus criminel, il a donné ce droit à l’accusé, jamais à la poursuite, de façon à assurer l’équité du procès et à offrir une meilleure protection à la personne accusée.

[102] It is trite law that findings made by juries (or a panel in the military justice system) are those which afford an accused the best protection. In his Report, retired Chief Justice Lamer stresses the importance of that protection. At page 36, he writes:

... The protection afforded to an accused through the deliberation of members of a court martial panel is of the utmost import ...

Their deliberations are secret, assessment of the facts is their province alone and they give only their ultimate verdict: see *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Krieger*, 2006 SCC 47, [2006] 2 S.C.R. 501 where a new trial by a jury was ordered because, in directing a guilty verdict, the judge usurped the function of the jury which is to find and assess the facts and from these facts determine the guilt or the innocence of the accused. It may be that the denial, under paragraph 11(f) of the Charter, of the right to jury trials for an accused tried before a military court was more easily accepted by Parliament because there was a long tradition of trials by a judge and panel members in the military justice system which afforded equivalent protection.

#### D. Conclusion on the constitutionality of the impugned provisions

[103] For the reasons given, we believe that section 165.14, subsection 165.19(1) (of the NDA) and paragraph 111.02(1) of the QR&O violate section 7 and paragraph 11(d) of the Charter. In our view, to give the prosecution, in the military justice system, the right to choose the trier of facts before whom the trial of a person charged with serious *Criminal Code* offences will be held, as do section 165.14 and subsection 165.19(1) of the NDA, is to deprive that person, in violation of the principles of fundamental justice, of the constitutional protection given to offenders in the criminal process to ensure the fairness of their trial. Unless a justification can be provided under section 1 of the Charter, these provisions violate section 7 and paragraph 11(d) of the Charter and are of no force and no effect.

[102] Il est bien établi en droit que les conclusions des jurés (ou d'un comité dans le système de justice militaire) sont celles qui procurent la meilleure protection à l'accusé. Dans son rapport, le juge en chef à la retraite Lamer insiste sur l'importance de cette protection. Il écrit, à la page 37 :

[...] La protection qu'offre à un accusé les délibérations des membres d'un comité de la cour martiale est de la plus haute importance [...]

Les délibérations des membres du comité sont secrètes, l'appréciation des faits relève de leur compétence exclusive et ils ne rendent que leur verdict final : voir les arrêts *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Krieger*, 2006 CSC 47, [2006] 2 R.C.S. 501, dans lesquels la Cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès devant jury au motif que le juge, en imposant un verdict de culpabilité, a usurpé le rôle du jury, qui consiste à colliger et à évaluer les faits et à décider ensuite, à partir de ces faits, de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. Il se peut que la négation, à l'alinéa 11f) de la Charte, du droit de l'accusé comparaisant devant un tribunal militaire de subir un procès devant jury ait été jugée plus acceptable par le législateur en raison de l'existence, dans le système de justice militaire, d'une longue tradition de procès tenus devant un juge et un comité de membres, qui assurait une protection équivalente.

#### D. Conclusion sur la constitutionnalité des dispositions contestées

[103] Pour les motifs exposés ci-dessus, nous estimons que l'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) (de la LDN) ainsi que l'alinéa 111.02(1) des ORFC violent l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte. À notre avis, le fait de donner à la poursuite, dans le système de justice militaire, le droit de choisir le juge des faits devant lequel se déroulera le procès d'une personne accusée d'infractions graves au *Code criminel*, comme le font l'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) de la LDN, a pour effet de priver cette personne, en violation des principes de justice fondamentale, de la protection constitutionnelle reconnue aux contrevenants dans le régime criminel en vue d'assurer l'équité du procès qu'ils doivent subir. À moins de pouvoir être justifiées au titre de l'article premier de la Charte, les dispositions en cause violent l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte et sont inopérantes.

XII. Whether section 165.14, subsection 165.19(1) (of the NDA) and paragraph 111.02(1) of the QR&O can be saved by section 1 of the Charter

[104] Counsel for the respondent has conceded that if the above provisions are found to be unconstitutional by this Court, they cannot be saved under section 1 of the Charter. This approach is consistent with the finding of retired Chief Justice Lamer in his Report (at page 40) that he has “been unable to find a military justification for disallowing an accused charged with a serious offence the opportunity to choose between a military judge alone and a military judge and panel, other than expediency.” He went on to add “When it comes to a choice between expediency on the one hand and the safety of the verdict and fairness to the accused on the other, the factors favouring the accused must prevail.”

[105] As Lamer J. once said in *Brouillard Also Known As Chatel v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, at page 48, where fairness of the process appeared to have been compromised by the judge’s numerous interventions when the accused testified, it should be borne in mind that at the end of the day the accused is the only one who may be leaving the court in handcuffs. At the end of a trial before a court martial, it is also the accused, not the prosecutor, who will be escorted to his or her harsh conditions of detention or imprisonment.

XIII. The remedies

[106] We now have to determine the appropriate remedies in this case. The appellant seeks a declaration of unconstitutionality. He does not ask for a personal remedy in the nature of a new trial.

[107] Counsel for the intervener also demands a declaration of constitutional invalidity of the provisions under attack and the quashing of the convening order in his case. He wants his client to be put to an election as to his trier of facts, failing which he seeks an order that the proceedings in his case be stayed until the legal issue is finally decided and appropriate corrective measures are

XII. L’article 165.14 et l’alinéa 165.19(1) (de la LDN) ainsi que l’alinéa 111.02(1) des ORFC peuvent-ils être sauvegardés par l’article premier de la Charte?

[104] L’avocate de l’intimée a reconnu que si notre Cour déclarait inconstitutionnelles les dispositions en cause, celles-ci ne pourraient être sauvegardées par application de l’article premier de la Charte. Cette position concorde avec la conclusion énoncée par le juge en chef à la retraite Lamer, qui dit dans son rapport (à la page 41) avoir été « incapable de trouver une raison d’ordre militaire expliquant pourquoi une personne accusée d’une infraction grave n’aurait pas le droit de choisir entre un procès devant un juge militaire seul et un procès devant un juge militaire et un comité, autre que la commodité », et qui ajoute : « [o]r, lorsqu’il faut choisir entre, d’une part, la commodité et, d’autre part, la sûreté du verdict et le traitement équitable de l’accusé, ce sont les facteurs favorables à l’accusé qui doivent prévaloir ».

[105] Comme le juge Lamer l’a fait remarquer dans l’arrêt *Brouillard Dit Chatel c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, à la page 48, alors le caractère équitable du processus semblait avoir été compromis par les nombreuses interventions du juge pendant le témoignage de l’accusé, il ne faut pas perdre de vue qu’au bout du compte, l’accusé est le seul qui risque de quitter le prétoire les menottes au poing. À l’issue d’un procès devant une cour martiale, c’est aussi l’accusé, non le poursuivant, qui est escorté vers ses dures conditions de détention ou d’emprisonnement.

XIII. Les réparations

[106] Nous devons maintenant arrêter les réparations qu’il convient d’imposer en l’espèce. L’appellant sollicite une déclaration d’inconstitutionnalité. Il ne cherche pas à obtenir une réparation personnelle de la nature d’un nouveau procès.

[107] L’avocat de l’intervenant réclame aussi une déclaration d’invalidité constitutionnelle des dispositions contestées et l’annulation de l’ordre de convocation dans le dossier où il occupe. Il demande qu’il soit permis à son client de choisir son juge des faits ou, à défaut, qu’il soit sursis à la cause de l’intervenant jusqu’à ce que la question de droit soit décidée en dernier ressort et que

enacted. He opposes a suspension of our decision. If one is ordered, he submits that it should be for a very short period of time.

[108] Counsel for the respondent argues that a suspension of our decision for one year is necessary in order to allow the authorities to determine their future course of action and have remedial legislation enacted if necessary.

[109] In coming to the conclusion that the impugned provisions are unconstitutional, we are aware that the structure of the courts martial may require a legislative reform of more or less depth, depending on the approach that Parliament may wish to take.

[110] Retired Chief Justice Lamer in his Report commented on the actual organization of the courts martial and recommended changes to the structure and jurisdiction of these courts. In recommendation 23, found at page 37 of the Report, he writes:

(23) I recommend that the working group convened to consider the creation of a permanent Military Court also be charged with modernizing the types and jurisdiction of courts martial provided for under the *National Defence Act*. The goal of the working group would be the creation of a two-tiered system whereby the General Court Martial would try serious offences and the Standing Court Martial would try minor offences, with no distinction made on the basis of rank. Necessary further consideration should be given to the offences listed in the *Code of Service Discipline*, and a scheme must be developed that will define what constitutes a serious offence as opposed to a minor offence. [Bold emphasis in original omitted.]

We would like to add the voice of this Court to these comments as we think the actual system is in dire need of a change and modernization to improve its fairness and meet the constitutional standards.

[111] The General and the Disciplinary Courts Martial possess unique features. The composition of the panel varies according to the status and rank of the accused. Thus, on a General Court Martial, all the members of the panel must be officers if the accused has a status of officer. Then the rank of the members of the panel will vary according to the rank of the accused: see section 167 of the NDA. Status and rank also play a role in

des mesures correctives appropriées aient été édictées. Il s'oppose à ce que nous suspendions notre décision. Si toutefois nous le faisons, plaide-t-il, ce devrait n'être que pour une période très brève.

[108] Pour sa part, l'avocate de l'intimée soutient qu'un sursis d'un an à notre décision s'impose pour permettre aux autorités de définir leur plan d'action et d'adopter des dispositions législatives correctives au besoin.

[109] Nous sommes conscients, en concluant à l'inconstitutionnalité des dispositions contestées, que la structure des cours martiales pourrait devoir faire l'objet d'une réforme législative plus ou moins étendue, selon l'approche que le législateur pourra décider de prendre.

[110] Dans son rapport, le juge en chef à la retraite Lamer a fait des observations sur l'organisation même des cours martiales et recommandé des changements à la structure et à la compétence de ces tribunaux. Dans la recommandation 23, à la page 38 du rapport, il écrit :

(23) Je recommande que le groupe de travail chargé d'étudier la création d'une cour militaire permanente s'intéresse également à la modernisation des types de cour martiale prévus par la *Loi sur la défense nationale* et de leur compétence. Le groupe de travail aurait pour objectif de créer un système à deux paliers dans lequel la cour martiale générale connaîtrait des infractions graves et la cour martiale permanente, des infractions mineures, sans aucune distinction fondée sur le grade. Il sera nécessaire d'examiner avec plus d'attention les infractions énumérées dans le *Code de discipline militaire* et de concevoir un régime qui définira ce qu'est une infraction grave par opposition à une infraction mineure. [Caractères gras dans l'original omis.]

Nous souhaitons joindre la voix de notre Cour à ces commentaires, parce que croyons que le système même a grand besoin d'être modifié et modernisé pour en accroître l'équité et satisfaire aux normes constitutionnelles.

[111] La cour martiale générale et la cour martiale disciplinaire présentent des caractéristiques uniques. La composition du comité varie selon le statut et le grade de l'accusé. Ainsi, dans une cour martiale générale, tous les membres du comité doivent être des officiers si l'accusé a un grade d'officier. Le grade des membres composant le comité sera donc fonction du grade de l'accusé : voir l'article 167 de la LDN. Le statut et le grade jouent

the composition of the panel if the accused is a simple non-commissioned member as opposed to an officer: NDA, subsection 167(7). The same pattern applies to the composition of a Disciplinary Court Martial which cannot try an officer above the rank of major: see section 169 of the NDA.

[112] The equivalent scheme in a criminal prosecution before civilian courts would be one in which an accused, whose status and rank are those of a member of the upper class in our society, would be tried by a jury of 12 persons selected among members of that status and rank in that class while, for the same offence, members of the middle or lower class would be tried by a mixed jury of six persons of relative status and rank.

[113] At the choice of the prosecution, are junior officers in the Canadian Forces less deserving of protection with a trial by a panel of three members, or no panel at all before a judge alone, than senior officers with a panel of five senior ranking officers? Should junior officers, at the choice of the prosecution, be possibly subjected to less equality before and under the law than more senior officers? It is disturbing that in 2008 these questions can still be asked and that these possibilities still exist under the NDA when our Charter promoting equality before and under the law was enacted in 1982 and, on this particular point, came into effect in 1985, nothing less than 23 years ago.

[114] We also know that the Disciplinary Court Martial and the Standing Court Martial possess the same powers of punishment although they are more limited than those of the General Court Martial: see sections 172 and 175 which state that the Disciplinary Court Martial and the Standing Court Martial cannot impose a punishment higher than dismissal with disgrace from Her Majesty's service while sections 166 to 168 of the NDA contain no such restriction with respect to the General Court Martial. Simplification of the court system could eliminate the difficulty resulting from that difference in powers. In the actual state of the law, if the accused were given the right to choose the trier of facts, he would run the risk

aussi un rôle dans la composition du comité lorsque l'accusé est un militaire du rang plutôt qu'un officier : LDN, paragraphe 167(7). Le même modèle s'applique à la composition d'une cour martiale disciplinaire, qui ne peut juger un officier dont le rang est supérieur à celui de major : voir l'article 169 de la LDN.

[112] Un système équivalent de poursuite criminelle devant les tribunaux civils en serait un où l'accusé, qui par suite de son statut et de son rang, ferait partie de l'élite de la société, serait jugé par un jury de 12 personnes choisies parmi les membres de même statut et de même rang de cette élite, alors que, pour une même infraction, les membres de classe moyenne ou inférieure seraient jugés par un jury mixte de six personnes d'un statut et d'un rang relatifs.

[113] Au choix de la poursuite, les officiers subalternes des Forces canadiennes méritent-ils moins de protection, subissant un procès devant un comité formé de trois membres ou devant un juge seul sans aucun comité, que les officiers supérieurs qui comparaissent devant un comité formé de cinq officiers supérieurs? Convient-il que les officiers subalternes, au choix du poursuivant, soient exposés à ne pas avoir droit, devant la loi et dans l'application de la loi, à un traitement égal à celui des officiers de grade supérieur? Il est préoccupant qu'en 2008 ces questions puissent encore être posées et que ces possibilités continuent d'exister sous le régime de la LDN, alors que notre Charte, qui protège l'égalité de tous devant la loi et dans l'application de la loi, a été adoptée en 1982 et, sur ce point précis, est entrée en vigueur en 1985, voilà déjà 23 ans.

[114] Nous savons aussi que la cour martiale disciplinaire et la Cour martiale permanente disposent des mêmes pouvoirs de punition, même si ceux-ci sont plus restreints que ceux de la cour martiale générale : voir les articles 172 et 175, selon lesquels la peine maximale que peuvent infliger la cour martiale disciplinaire et la cour martiale permanente est la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté, alors que les articles 166 à 168 de la LDN ne contiennent aucune restriction de cette nature en ce qui touche la cour martiale générale. Une simplification du système judiciaire pourrait aplanir la difficulté qui résulte de cet écart dans les pouvoirs. Dans l'état actuel du droit, si l'accusé avait le droit de choisir

of receiving a greater punishment if he chose a trial by the General Court Martial which, on the other hand, with a panel of five, would offer him the best protection. Conversely, he could avoid that possibility of a more severe punishment by choosing a Disciplinary Court Martial which has more limited powers of punishment, while the offence is a serious one that the prosecution would like to see punished more severely than what a Disciplinary Court Martial can impose.

[115] This is one reason why counsel for the respondent seeks a suspension of one year of our decision regarding the unconstitutionality of the impugned provisions. Another may be the desire to appeal the decision of this Court to the Supreme Court of Canada, in which case the respondent may seek a stay of execution from that Court. The difficulty with this demand resides in the fact that this Court is invited to authorize unfair trials to proceed and to condone violations of a principle of fundamental justice when there is a simpler solution compliant with the Charter and no excuse for the predicament in which the military justice system finds itself today.

[116] Let us start first with the lack of excuse. The unanimous concern of this Court in *Nystrom* about the fairness of section 165.14 was expressed more than two years ago, i.e. on December 20, 2005. Since then, there have been five new constitutional challenges to that provision and appeals before this Court are pending. Retired Chief Justice Lamer made a recommendation as early as September 3, 2003 that section 165.14 be amended to give the accused the option to choose his or her trier of facts. As previously mentioned, he also made a recommendation that a working group reviewed the reorganization of the courts martial with a view to improving the fairness of the trial, at the center of which, as an important element of that reorganization, is the right for an accused to choose the trier of facts. Yet, Bill C-45 (above) has been tabled before Parliament and it contains no remedial provision. The authorities have been given more than four and a half years to address the problem. The Bill already pending before Parliament can be used to quickly remedy the situation.

le juge des faits, il risquerait de se voir imposer une punition plus sévère s'il choisissait d'être jugé par la cour martiale générale, laquelle, formée d'un comité de cinq membres, lui offrirait par contre la meilleure protection. À l'inverse, il pourrait éviter le risque d'une peine plus sévère en choisissant une cour martiale disciplinaire, dont les pouvoirs de punition sont plus limités, lors même que l'infraction est un délit grave que la poursuite souhaiterait voir puni plus sévèrement que la peine qu'une cour martiale disciplinaire peut infliger.

[115] C'est là une des raisons pour lesquelles l'avocate de l'intimée demande que notre décision quant à l'inconstitutionnalité des dispositions contestées soit suspendue pour un an. L'intimée pourrait aussi souhaiter se pourvoir contre la décision de notre Cour devant la Cour suprême du Canada, auquel cas elle pourrait demander à la Cour suprême de surseoir à l'exécution de la décision. Le problème, avec cette demande, est que notre Cour est invitée à autoriser la tenue de procès inéquitables et à fermer les yeux sur des violations d'un principe de justice fondamentale, alors qu'il existe une solution simple et conforme à la Charte et aucune excuse qui permette de justifier la situation difficile dans laquelle le système de justice militaire se trouve aujourd'hui.

[116] Examinons d'abord l'absence de justification. Il y a maintenant plus de deux ans que notre Cour a, le 20 décembre 2005, exprimé unanimement dans l'arrêt *Nystrom* les préoccupations qu'elle éprouvait quant au caractère équitable de l'article 165.14. Depuis, cette disposition a donné lieu à cinq nouvelles contestations constitutionnelles, et des appels sont en instance devant notre Cour. Dès le 3 septembre 2003, le juge en chef à la retraite Lamer a recommandé que l'article 165.14 soit modifié de façon à donner à l'accusé la possibilité de choisir le juge des faits. Comme nous l'avons vu, il a aussi recommandé qu'un groupe de travail se penche sur la réorganisation des cours martiales en vue d'améliorer le caractère équitable du procès, au cœur duquel se trouve le droit de l'accusé de choisir le juge des faits, élément devant constituer un aspect important de cette réorganisation. Or, le projet de loi C-45 (précité), déposé au Parlement, ne contient aucune disposition corrective. Les autorités ont eu plus de quatre ans et demi pour régler le problème. Le projet de loi déjà en attente devant le Parlement pourrait être utilisé pour remédier rapidement à la situation.

[117] In any event, there is also an available interim practical solution which can easily be implemented. For all charges under section 130 of the NDA, the accused can be offered an election as to his or her trier of facts. There will be no legal impediment to that course of conduct since section 165.14 which gives the right to the prosecution is no force and effect with respect to these offences.

[118] There are only between 50 and 60 courts martial a year. In some cases, the charges have already been preferred and the prosecution has selected the court. The prosecution need simply offer the accused a choice. We think it is reasonable to assume that not every accused will want to reverse the choice initially made by the prosecution. Where charges have not been preferred yet, implementation of the interim solution is even easier: just put the accused to his election when the charge is preferred.

[119] The respondent has nothing to lose by taking this approach. On the contrary, if the decision of this Court is right and maintained, justice and fairness will not have been denied to the accused while legislative remedial measures are devised and enacted. Nor will military justice have been brought to a halt in the meantime. If the decision of this Court is overturned, better and fairer justice will have been offered to those who faced trial during the interim period. The experiment may reveal that there is nothing dramatic in, and to be feared from, giving the accused an election as to his trier of facts.

[120] We should also add that there is, in the interim period, no possibility of a legal vacuum being created which would result in a lack of enforcement of the law because of a lack of prosecution. The offences referred to in section 130 of the NDA can also be prosecuted before the civilian courts, even if they were committed outside Canada: see section 273 of the NDA.

[121] Finally, we need to consider an argument of the respondent based both on a Policy Directive issued by the

[117] Quoi qu'il en soit, il existe aussi une solution pratique transitoire qui peut facilement être mise en œuvre. Pour toute inculpation en vertu de l'article 130, l'accusé peut se voir offrir le choix du juge des faits. Aucun obstacle juridique n'interdit cette ligne de conduite, puisque l'article 165.14, qui accorde ce droit à la poursuite, est inopérant au regard de ces infractions.

[118] Il n'y a chaque année qu'entre 50 et 60 cours martiales. Dans certains cas, les accusations ont déjà été déposées et la poursuite a choisi la cour. La poursuite n'a tout simplement qu'à offrir un choix à l'accusé. On peut raisonnablement présumer, croyons-nous, que tous les accusés ne souhaiteront pas modifier le choix déjà exercé par le poursuivant. Lorsque les accusations n'ont pas encore été déposées, la solution transitoire est encore plus simple à appliquer : il suffit de permettre à l'accusé de faire son choix au moment du dépôt de l'accusation.

[119] L'intimée n'a rien à perdre en adoptant cette approche. Au contraire, si la décision de notre Cour est bien fondée et est maintenue, les accusés n'auront pas été privés de justice et d'équité pendant que le législateur met au point, puis édicte des dispositions législatives correctives. La justice militaire n'aura pas non plus été mise en veilleuse dans l'intervalle. Si la décision de notre Cour est infirmée, les personnes qui auront subi leur procès durant cette période auront bénéficié d'une justice meilleure, plus équitable. L'expérience révélera peut-être qu'il n'est pas dramatique et qu'il n'y a rien à craindre de permettre à l'accusé d'exercer un choix quant au juge des faits.

[120] Nous souhaitons préciser qu'il n'existe aucun risque de créer, dans la période transitoire, un vide juridique qui se traduirait par la non-application de la loi en raison d'un défaut de poursuivre. Les infractions qui tombent sous le coup de l'article 130 de la LDN peuvent aussi faire l'objet de poursuites devant les tribunaux civils, même si elles ont été commises à l'extérieur du Canada : voir l'article 273 de la LDN.

[121] Il reste à examiner un argument de l'intimée fondé à la fois sur une directive du Directeur en matière



Director and the decision of the Standing Court Martial in *R. v. Chisholm*, 2006 CM 07 (cited above).

[122] On May 5, 2006, pursuant to the *Nystrom* decision, the Director issued Policy Directive 016/06 on the issue of “Determining the Type of Court Martial to Try an Accused Person”. For ease of reference, we attach it at the end of these reasons.

[123] A reading of that Directive, especially paragraph 7 and some of the factors enumerated in paragraph 8, confirms that the focus of the Director in determining the type of court martial to try an accused is almost exclusively on the prosecutorial interest in ensuring a choice of “the type of court martial that best serve(s) the interest of military justice and discipline”: see paragraph 7 of the Directive. The choice of the trier of facts is made through the lens and the eyes of the beholder, i.e. the Director. None of the considerations relating to an accused’s rights to a fair trial and full answer and defence and the control of the conduct of that defence appears in the document.

[124] Paragraph 10 of the Directive is the tail that wags the dog. It reads:

Representations of the Accused Person

10. Representations of the accused person will not ordinarily be sought in determining the type of court martial to try the accused person. However, if the accused person or their legal counsel wishes to make representations concerning the type of court martial at any time before the trial has commenced, the person making the determination will consider those representations. Representations should be made as soon as is practicable and submitted to DDMP in writing. [Emphasis added.]

[125] A reading of that paragraph gives a pretty good flavour of the prosecution’s perception and understanding of the accused’s right to full answer and defence and to control the conduct of that defence. In footnote 2 of the Directive, persons subject to the Code of Service Discipline are reminded that “the safety and the well-being of Canadians depend considerably on the readiness of the C.F. To maintain readiness, discipline must be

de politique et sur la décision rendue par la Cour martiale permanente dans *R. c. Chisholm*, 2006 CM 7 (précitée).

[122] Le 5 mai 2006, à la suite de l’arrêt *Nystrom*, le Directeur a émis la Directive en matière de politique n° 016/06, intitulée « Déterminer le type de cour martiale devant juger l’accusé ». Par souci de commodité, nous annexons la Directive à la fin des présents motifs.

[123] Il appert à la lecture de cette directive, et plus particulièrement du paragraphe 7 et de certains des facteurs énumérés au paragraphe 8, que le Directeur, dans la détermination du type de cour martiale devant juger un accusé, concentre son attention presque exclusivement sur les intérêts du poursuivant en réservant le choix du « type de cour martiale à saisir afin de servir le mieux possible les intérêts de la justice et de la discipline militaires » : voir le paragraphe 7 de la Directive. Le choix du juge des faits se fait depuis la perspective et du point de vue de l’intéressé, en l’occurrence le Directeur. Aucun des facteurs afférents aux droits de l’accusé à un procès équitable, à une défense pleine et entière et au contrôle de la conduite de cette défense n’est évoqué dans le document.

[124] Le paragraphe 10 de la Directive représente « la queue qui remue le chien ». En voici le libellé :

Observations de l’accusé

10. Normalement, on ne demande pas à l’accusé de présenter des observations avant de déterminer le type de cour martiale devant laquelle il sera jugé. Toutefois, si l’accusé ou son avocat souhaitent faire, en tout temps avant le début du procès, des observations au sujet du type de cour martiale, la personne prenant la décision les examinera. Ces observations doivent être faites par écrit et être communiquées dès que possible au DAPM. [Je souligne.]

[125] La lecture de ce paragraphe donne une assez bonne idée de la perception et de la compréhension qu’entretient la poursuite quant au droit de l’accusé à une défense pleine et entière et au contrôle de la conduite de sa défense. Dans la deuxième note de fin de texte de la Directive, il est rappelé aux personnes assujetties au *Code de discipline militaire* que « [l]a sécurité et le bien-être des Canadiens dépendent dans une large mesure de l’état

enforced effectively and efficiently”. We agree, but the Charter also says that enforcement of the law, including discipline, must be done fairly.

[126] Counsel for the respondent suggested, as the appropriate remedy, the approach taken by the Standing Court Martial in *R. v. Chisholm*, 2006 CM 7 (above). In that case, the learned Judge concluded that the issue of the election should be dealt with and “resolved on a case-by-case basis in the context of the constitutional guarantee to a fair trial contained in section 11(d) of the *Charter*”: see paragraph 26 of his reasons for judgment.

[127] The Judge recognized that there was a tactical choice involved in the right to elect and that it could affect the fairness of the trial. But he preferred an *ad hoc* judicial to a broader legislative solution. In this way, he says, abuses by the prosecution of its statutory right to choose the mode of trial by court martial could be controlled by way of pre-trial motion. At paragraph 26 of his reasons for judgment he writes:

An accused is always at liberty to request of the prosecution that his or her court martial proceed as a panel court. Where an issue arises between the accused and the prosecution as to the mode of trial, a pre-trial application can be made to the military judge. On such an application, the burden would be upon the accused to demonstrate that the exercise of discretion by the prosecution to determine the mode of trial by court martial should be reviewed because constitutional considerations are engaged, as where the discretion has been exercised arbitrarily, capriciously, or for some improper purpose or motive, or for an abuse of process. [Footnote omitted; emphasis added.]

[128] We see two series of difficulties with this approach, one conceptual, the other practical.

[129] The Standing Court Martial judge’s approach assumes that the choice of the trier of facts is properly and constitutionally put in the hands of the prosecution. Then,

de préparation des FC. Pour que celles-ci soient prêtes à intervenir, il faut que les autorités militaires soient en mesure de faire respecter la discipline interne de manière efficace ». Nous sommes d’accord avec cet énoncé, mais la Charte dit aussi que la loi, y compris la discipline, doit être appliquée de manière équitable.

[126] L’avocate de l’intimée fait valoir que l’approche adoptée par la Cour martiale permanente dans la décision *R. c. Chisholm*, 2006 CM 7 (précitée), pourrait constituer la réparation indiquée. Dans cette affaire, le juge a conclu que la question du choix devrait être traitée et résolue « au cas par cas dans le contexte de la garantie constitutionnelle que constitue le droit à un procès équitable enchâssée à l’alinéa 11d) de la *Charte* » : voir le paragraphe 26 des motifs de ce jugement.

[127] Le juge a reconnu que le droit de choisir procède d’un choix tactique susceptible d’influer sur l’équité du procès. Il a cependant préféré une solution judiciaire *ad hoc* à une solution législative de portée plus générale. De cette manière, explique-t-il, tout abus par le poursuivant du droit que lui reconnaît la loi de choisir le mode de procès devant une cour martiale pourrait être contrôlé au moyen d’une requête préalable au procès. Au paragraphe 27 des motifs de son jugement, le juge écrit :

Un accusé a toujours la liberté de demander à la poursuite que l’audience en cour martiale se tienne devant un tribunal. Lorsqu’il s’agit de statuer sur une question liée au mode de procès soulevée par l’accusé et par la poursuite, une demande préliminaire doit être déposée auprès du juge militaire. Dans le cadre de cette demande, il incombe à l’accusé de démontrer que l’exercice du pouvoir discrétionnaire par la poursuite visant à déterminer le mode de procès en cour martiale devrait être réexaminé en raison de considérations constitutionnelles, à savoir si ce pouvoir discrétionnaire a été exercé de manière arbitraire, capricieuse ou pour des motifs impropres ou s’il y a eu abus de procédure. [Note en bas de page omise; je souligne.]

[128] Cette démarche soulève, selon nous, deux catégories de difficultés, l’une d’ordre conceptuelle, l’autre d’ordre pratique.

[129] La démarche décrite par le juge de la Cour martiale permanente part du principe que le choix du juge des faits est valablement et constitutionnellement attribué

the only possible constitutional problem arising is one involving an abuse of discretion in the exercise of that power, which abuse the court martial is in a position to remedy. However, as previously stated, the constitutional issue is primarily the situs of that power.

[130] In addition, when we read the Directive, the objectives sought by the prosecution and the factors mentioned therein, we think that an accused is facing an almost impossible task of establishing in his case an abuse on the part of the prosecution.

[131] Section 165.14 of the NDA is cast in terms of duty. It imposes upon the Director the duty to determine the type of court martial which is to try the accused. It is in performing that duty that the Director is given discretion as to the choice to make. It is the exercise of that discretion that the Standing Court Martial said it can control. The Judge relied for his conclusion on the decision of the Ontario Superior Court of Justice in *R. v. Nosworthy*, 169 C.C.C. (3d) 552, 2002 CanLII 6581.

[132] What was at issue in that case was not the accused's right to elect, but the prosecutor's right to withhold consent to a re-election under paragraph 561(1)(c) of the *Criminal Code*. This is conceptually, and practically as we shall see, a situation quite different from the one which prevails in our case where no accused is even given the right to choose the trier of facts.

[133] That the prosecution be given some element of control over a re-election intended by an accused is understandable because considerations of public interest in the administration of justice may come into play at stage. This after all occurs after an accused has already made an informed initial election. Yet, the prosecutor's right to withhold consent may result in an infringement of rights guaranteed by section 7 and paragraph 11(d) of the Charter: see *R. v. McGregor* (1999), 43 O.R. (3d) 455 where the Ontario Court of Appeal approved the remedy granted by the trial judge, namely that the Crown's consent be dispensed with.

à la poursuite. Dès lors, le seul problème d'ordre constitutionnel survient en cas d'exercice abusif de ce pouvoir discrétionnaire, et la cour martiale est en mesure de remédier à un tel abus. Or, comme nous l'avons indiqué, la question constitutionnelle se rapporte principalement au *situs* de ce pouvoir.

[130] En outre, à la lecture de la Directive, des objectifs que s'y fixe le poursuivant et des facteurs qui y sont précisés, nous estimons que la possibilité pour l'accusé d'établir qu'il y a eu abus de la part de la poursuite dans son cas constitue une tâche presque impossible.

[131] L'article 165.14 de la LDN est formulé comme une obligation. Il prescrit au Directeur de déterminer le type de cour martiale devant juger l'accusé. Le pouvoir discrétionnaire de choisir conféré au Directeur s'inscrit dans l'exécution de cette obligation. C'est l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire que la Cour martiale permanente dit pouvoir contrôler. Le juge a fondé sa conclusion sur la décision rendue par la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *R. c. Nosworthy*, 169 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 552, 2002 CanLII 6581.

[132] La question dans cette affaire ne portait pas sur le droit de l'accusé de choisir, mais sur le droit du poursuivant de refuser de consentir à un nouveau choix aux termes de l'alinéa 561(1)c) du *Code criminel*. Cette situation est tout à fait différente, sur le plan conceptuel et, comme nous le verrons, sur le plan pratique, de la situation dans le cas présent, où aucun accusé n'a même le droit d'exercer un choix quant au juge des faits.

[133] Il est compréhensible que la poursuite dispose d'un certain contrôle sur le nouveau choix qu'entend faire un accusé, parce qu'à cette étape l'intérêt du public dans la bonne administration de la justice peut entrer en jeu. Après tout, cette démarche intervient après que l'accusé a déjà exercé un choix initial éclairé. Néanmoins, le droit du poursuivant de refuser de consentir à un nouveau choix peut se traduire par une atteinte aux droits garantis par l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte : voir l'arrêt *R. c. McGregor* (1999), 43 O.R. (3<sup>d</sup>) 455, où la Cour d'appel de l'Ontario a approuvé la réparation accordée par le juge de première instance, soit une exemption de l'obligation d'obtenir le consentement de la Couronne.

[134] From a practical point of view, the case-by-case approach suggested by the Standing Court Martial carries the potential for delaying trials. Assuming that a review of the prosecutor's choice can be made by way of a pre-trial motion, the issue raised is a fundamental one, i.e. the right to liberty and security of the person, the fairness of the trial and the right to a full answer and defence, which, as the judge says, involves constitutional considerations. There is bound to be an appeal from the decision dismissing the pre-trial motion. What is the point and fairness of subjecting an accused to an unfair trial? In the meantime, the trial on the merits will be delayed, thereby compromising the efficient enforcement of discipline.

[135] Moreover, the accused will bear the burden and the costs in each case of seeking enforcement of his constitutional right to a fair trial when, in fact, fairness of a trial should be offered rather than denied by the statutory provision in contravention of paragraph 11(d) of the Charter.

[136] In our respectful view, the approach suggested by the Standing Court Martial and endorsed by counsel for the respondent does not address the problem on its merits and provide a fair and practical remedy.

#### XIV. Conclusion

[137] For these reasons, we will allow the appellant's appeal in part and, as requested, declare that section 165.14, subsection 165.19(1) of the NDA and paragraph 111.02(1) of the QR&O violate section 7 and the right to a fair trial guaranteed by paragraph 11(d) of the Charter and are of no force and effect.

[138] We will deny the respondent's request for a one-year suspension of the execution of this decision.

[139] We have heard representations from the intervenor about general and specific remedies. We understand that our decision will be binding on the parties and the intervenor with respect to the constitutional issue.

[134] Sur le plan pratique, l'approche au cas par cas préconisée par la Cour martiale permanente comporte le risque de retarder la tenue de procès. À supposer qu'il soit possible de solliciter le réexamen du choix du poursuivant au moyen d'une requête préalable au procès, la question soulevée, qui met en cause le droit à la liberté et à la sécurité de la personne, le caractère équitable du procès et le droit à une défense pleine et entière, est une question fondamentale qui, comme l'a fait remarquer le juge, fait intervenir des facteurs d'ordre constitutionnel. Il y aura nécessairement appel de la décision rejetant la requête préalable au procès. À quoi servirait d'exposer un accusé à un procès injuste? En quoi serait-ce équitable? Dans l'intervalle, le procès au fond sera retardé, ce qui compromettra l'application efficace de la discipline.

[135] Qui plus est, c'est l'accusé qui devra assumer le fardeau de la preuve et les frais chaque fois qu'il sollicitera l'application de son droit constitutionnel à un procès équitable, alors qu'en réalité la disposition législative devrait assurer le caractère équitable des procès plutôt que d'y déroger en violation de l'alinéa 11d) de la Charte.

[136] Nous sommes d'avis que l'approche proposée par la Cour martiale permanente et soutenue par l'avocate de l'intimée n'a pas pour effet de régler le problème au fond et de procurer une réparation équitable et pratique.

#### XIV. Conclusion

[137] Pour ces motifs, nous ferons droit en partie à l'appel de l'appelant et déclarerons, suivant ses conclusions, que l'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) de la LDN ainsi que l'alinéa 111.02(1) des ORFC violent l'article 7 et le droit à un procès équitable garanti par l'alinéa 11d) de la Charte, et sont inopérants.

[138] Nous refuserons la demande de l'intimée qui souhaitait obtenir un sursis d'un an à l'exécution de la présente décision.

[139] Nous avons entendu les observations de l'intervenant concernant des réparations d'ordre général et des réparations spécifiques. Nous comprenons que notre décision liera les parties et l'intervenant relativement à la question constitutionnelle.

[140] However, we are not the panel assigned to render judgment in the intervener's case. Therefore, for the benefits of the parties in that case since we heard their arguments on the remedies, we would like to indicate how we believe the appeal should be disposed of after giving them, if needed or appropriate, an opportunity to be heard. We leave it to the Chief Justice to finalize the process. Needless to say that we express ourselves in terms of a recommendation which is not binding on the members of the Court who will render judgment in that instance.

[141] We believe that a recommendation which best reconciles the interests of justice, the accused and the prosecution as well as respects and promotes the Charter is to give the accused a right to choose his trier of facts. Therefore, we would quash the conviction, the sentence and the convening order issued in file 200532. We would order a new trial and give Ex-Corporal Beek the right to an election as to the choice of the trier of facts before whom that new trial will be held.

[142] Copy of the judgment and the reasons in this case will be placed in file *R. v. Beek* 2008 CMAC 9, 7 C.M.A.R. 293, in support of the judgment to be rendered in that case.

### Appendix

#### **Director of Military Prosecutions**

##### **Policy Directive No. 016/06**

Subject: Determining the Type of Court Martial to Try an Accused Person

Original Date: 5 May 06

Cross Reference: Prosecutorial Discretion and Post-Charge Screening

1. Section 165.14 of the *National Defence Act* requires the Director of Military Prosecutions (DMP), when a charge is preferred, to determine whether the accused will be tried by a Standing Court Martial, Special General Court Martial, Disciplinary Court Martial or General Court Martial and to inform the Court Martial Administrator. The

[140] Cependant, nous ne formons pas le tribunal chargé de rendre jugement dans le dossier de l'intervenant. Par conséquent, dans l'intérêt des parties à cette affaire, considérant que nous avons entendu leurs arguments quant aux réparations, nous souhaitons indiquer comment, à notre avis, il convient de trancher l'appel, après leur avoir donné, au besoin ou s'il est approprié de le faire, la possibilité de se faire entendre. Nous laissons au juge en chef le soin d'arrêter les détails de cette procédure. Il va sans dire que nous formulons une recommandation qui ne lie pas les membres de la Cour qui rendront jugement dans cette affaire.

[141] Nous croyons que la recommandation qui concilie le mieux les intérêts de la justice, de l'accusé et de la poursuite tout en respectant et en servant la Charte, consiste à donner à l'accusé le droit de choisir son juge des faits. En conséquence, nous annulerions la déclaration de culpabilité, la peine infligée et l'ordre de convocation dans le dossier 200532. Nous ordonnerions un nouveau procès et donnerions à l'ex-Corporal Beek le droit d'exercer un choix quant au juge des faits devant lequel se tiendra son nouveau procès.

[142] Une copie du jugement et des motifs de la présente instance sera versée dans le dossier *R. c. Beek*, 2008 CACM 9, 7 C.A.C.M. 293, à l'appui du jugement à être rendu dans cette affaire.

### Annexe

#### **Directeur des poursuites militaires**

##### **Directive en matière de politique n° : 016/06**

Sujet : Déterminer le type de cour martiale devant juger l'accusé

Date originale : 5 mai 06

Renvoi : Pouvoir discrétionnaire de poursuivre et vérification postérieure à la mise en accusation

1. L'article 165.14 de la *Loi sur la défense nationale* prévoit que, dans la mise en accusation, le directeur des poursuites militaires (DPM) décide si l'accusé sera jugé par la Cour martiale permanente, par une cour martiale générale spéciale, par une cour martiale disciplinaire ou par une cour martiale générale et informe l'administrateur

determination of the type of court martial to try the accused is an important exercise of DMP discretion, the purpose of which is to ensure that the interests of military justice and discipline are served through a fair trial on the merits before a court martial with the appropriate jurisdiction and powers of punishment.<sup>1</sup>

2. This directive identifies who will determine the type of court martial that will try an accused person against whom a charge is preferred and the factors that will, as a minimum, be considered in making that determination.

### Background

3. As a matter of context, it is useful to recall that Canada, and the nations that passed on their legal traditions and principles to Canada, have long recognized that the unique disciplinary concerns of the military necessitate a separate and parallel system of military justice.<sup>2</sup> Paragraph 11(f) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and section 5 of the Criminal Code of Canada contemplate a separate and parallel system of military justice that exists alongside the ordinary criminal courts.<sup>3</sup>

4. The principal function of the Code of Service Discipline (CSD) is to promote the operational effectiveness of the Canadian Forces by contributing to the maintenance of discipline, efficiency and morale of the organization. In addition and like the ordinary criminal court system, it punishes conduct of persons subject to the CSD that threatens public order and welfare.<sup>4</sup>

5. Since the first Canadian military force was organized one year after confederation, military officers have played a judicial role in the administration of military justice. This was, and remains, a practical necessity. Their training is designed to ensure that they are sensitive to the need for discipline, efficiency, obedience and duty on the part of Canadian Forces members. The entire chain of command is, in varying degrees, responsible for maintaining military discipline, efficiency and morale and, inevitably, a court martial represents to some extent its professional concerns.<sup>5</sup>

de la cour martiale de sa décision. Cette décision au sujet du type de cour martiale devant laquelle l'accusé sera jugé est un aspect important du pouvoir discrétionnaire du DPM, dont l'objet est de veiller à servir les intérêts de la justice militaire et de la discipline grâce à un procès équitable sur le fond devant une cour martiale dotée de la compétence et des pouvoirs de punition appropriés.

2. La présente directive indique qui décide du type de cour martiale devant laquelle sera jugé un accusé faisant l'objet d'une mise en accusation et précise quels sont les facteurs dont il faut, au moins, tenir compte en prenant cette décision.

### Contexte

3. En contexte, il est utile de rappeler que le Canada et les nations dont il a hérité des traditions et des principes juridiques reconnaissent depuis longtemps que les préoccupations exceptionnelles des Forces armées en matière de discipline commandent un système de justice militaire parallèle et distinct<sup>10</sup>. L'alinéa 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'article 5 du *Code criminel* du Canada envisagent un système de justice militaire parallèle et distinct qui existe parallèlement à celui des cours criminelles ordinaires.<sup>11</sup>

4. Le rôle principal du Code de discipline militaire (CDM) est de promouvoir l'efficacité opérationnelle des Forces canadiennes en contribuant au maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral au sein de l'organisation. De plus, comme dans le système de justice pénale ordinaire, la conduite menaçant l'ordre et le bien-être publics par ceux qui y sont assujetties.<sup>12</sup>

5. Depuis la formation de la première force militaire canadienne un an après la Confédération, les officiers militaires ont toujours joué une fonction judiciaire dans l'administration de la justice militaire. Il en fût ainsi et il continue d'en être ainsi par nécessité pratique. Leur formation vise à assurer qu'ils sont sensibles à la nécessité de la discipline, de l'efficacité, de l'obéissance et du sens du devoir de la part des Forces armées. Toute la chaîne de commandement, à des degrés divers, est responsable du maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes et la cour martiale traduit inévitablement, dans une certaine mesure, ses préoccupations professionnelles.<sup>13</sup>

6. DMP responsibilities and authorities under Division 6 of the NDA are consolidated and continued from those exercised by individual convening authorities since the enactment of the original CSD.<sup>6</sup> Division 6 gives DMP broad responsibilities and discretion similar to the Heads of the Provincial and Federal Prosecution Services, but tailored to the needs of the military justice system.

### Prosecutorial Discretion

7. The independence of the prosecution is a basic element in protecting the integrity of the military charging and trial processes. DMP's function is a public one that must be discharged fairly, dispassionately and free of partisan concerns.<sup>7</sup> The framework of Division 6, calling for the appointment as DMP of a legally trained senior officer independent of the chain of command and with security of tenure, is designed to provide objective assurance that conflicts of interest in the convening process will be avoided and that prosecution discretion will be exercised free of inappropriate influences. The fact that DMP is responsible for all charges preferred and the conduct of all prosecutions before courts martial positions DMP, with the recommendations of the chain of command through the referral authority, to determine in each case the charges and the type of court martial that best serve the interests of military justice and discipline.

### Factors

8. The factors that will be considered in determining the type of court martial to try an accused person against whom a charge has been preferred will include the following:

- a. the rank and status of the accused person;
- b. the nature of the offence charged and the circumstances alleged;
- c. the appropriate sentence to be sought in the event of conviction;

6. Les responsabilités et les pouvoirs du DPM prévus à la Section 6 de la LDN représentent la codification et la prorogation de ceux qu'ont exercé les autorités convocatrices individuelles depuis l'adoption du premier CDM.<sup>14</sup> La section 6 confère au DPM des responsabilités et un pouvoir discrétionnaire dont l'envergure est semblable à ceux des chefs des services de poursuites des provinces ou du fédéral mais qui sont adaptés aux besoins du système de justice militaire.

### Pouvoir discrétionnaire du poursuivant

7. L'indépendance de la fonction du poursuivant est un élément essentiel de la protection de l'intégrité de la procédure de mise en accusation et du procès. Le DPM assume une fonction publique, dont il doit s'acquitter d'une façon sereine et juste, en dehors de toute considération partisane.<sup>15</sup> L'organisation de la Section 6, qui exige la nomination comme DPM d'un officier supérieur ayant une formation en droit, qui est indépendant de la chaîne de commandement et nommé à titre inamovible, vise à garantir de façon objective que les conflits d'intérêts dans la procédure de convocation seront évités et que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant sera à l'abri de toute influence inappropriée. Le fait que le DPM soit responsable de toutes les mises en accusation et de la conduite de toutes les poursuites devant les cours martiales permet à celui-ci, avec les recommandations de la chaîne de commandement transmises par l'intermédiaire de l'autorité de renvoi, d'être en mesure de déterminer dans chaque cas les accusations à porter et le type de cour martiale à saisir afin de servir le mieux possible les intérêts de la justice et de la discipline militaires.

### Facteurs

8. Les facteurs pris en compte pour déterminer le type de cour martiale devant juger l'accusé mis en accusation comprennent, notamment :

- a. le rang et le statut de l'accusé;
- b. la nature de l'infraction reprochée et les circonstances de celle-ci;
- c. la peine à infliger en cas de déclaration de culpabilité;

d. the jurisdiction of each type of court martial and the adequacy of its powers of punishment;

e. the representations provided by the referral authority and the accused person's chain of command;

f. the need for and value of the participation of Canadian Forces leaders at the court martial having regard to:

i. the responsibility of the leadership cadre for the maintenance of military discipline, efficiency and morale;

ii. the need for the professional knowledge, skill or experience of senior members of the Canadian Forces;

iii. the value of reinforcing the military hierarchy upon which discipline depends; and

iv. the value of developing familiarity with courts martial on the part of Canadian Forces leaders.

d. la compétence de chaque type de cour martiale et la question de savoir si elle possède des pouvoirs de punition adéquats;

e. les observations transmises par l'autorité de renvoi et par la chaîne de commandement de la personne;

f. la nécessité ou l'utilité de la participation des leaders des Forces canadiennes à la cour martiale compte tenu de :

i. la mesure dans laquelle les leaders sont responsables du maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes;

ii. la nécessité de profiter des connaissances, de la compétence ou de l'expérience professionnelles des membres seniors des Forces canadiennes;

iii. l'utilité de renforcer la hiérarchie militaire sur laquelle repose la discipline;

iv. l'utilité d'acquérir des connaissances des cours martiales de la part des leaders des Forces canadiennes.

### The Determination

9. In all cases where a prosecutor conducts a post-charge review and concludes that a charge should be tried by court martial, the prosecutor shall, as part of the prosecutor's legal opinion, provide a recommendation as to the appropriate court martial to be convened and the reasons for that recommendation. The type of court martial indicated on the proposed charge sheet forwarded by the prosecutor shall reflect the prosecutor's recommendation. Following review of the charge sheet drafted by the prosecutor, DMP or DDMP<sup>8</sup> will — once a decision is made to prefer a charge — determine the type of court martial that is to try the accused person.

### Representations of the Accused Person

Representations of the accused person will not ordinarily be sought in determining the type of court martial to try the accused person. However, if the accused person or their legal counsel wishes to make representations concerning the type of court martial at any time before the trial has commenced, the person making the determination will consider those representations. Representations should be made as soon as is practicable and submitted to DDMP in writing.

### La décision

9. Dans tous les cas où il mène une vérification postérieure à la mise en accusation et conclut qu'une cour martiale devrait être saisie de l'accusation, un procureur inclut, dans l'avis juridique qu'il fournit, une recommandation précisant quelle cour martiale devrait être convoquée et les motifs justifiant cette recommandation. Le type de cour martiale indiquée sur l'acte d'accusation proposée par le procureur doit correspondre à la recommandation du procureur. Après avoir examiné l'acte d'accusation présenté par le procureur, le DPM ou le DAPM<sup>16</sup> — s'il décide de procéder à une mise en accusation — déterminera le type de cour martiale devant juger l'accusé.

### Observations de l'accusé

10. Normalement, on ne demande pas à l'accusé de présenter des observations avant de déterminer le type de cour martiale devant laquelle il sera jugé. Toutefois, si l'accusé ou son avocat souhaitent faire, en tout temps avant le début du procès, des observations au sujet du type de cour martiale, la personne prenant la décision les examinera. Ces observations doivent être faites par écrit et être communiquées dès que possible au DAPM.



## Distribution

11. This policy statement is a public document.

## Distribution

11. Cet énoncé de politique est un document public.

### Endnotes

1 See, for example, paragraph 28 of the Alberta Code of Professional Conduct cited in *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372 at p. 381. It characterizes prosecution as a public function. It describes the prime duty of a lawyer when exercising the function of prosecutor as “not to seek to convict but to see that justice is done through a fair trial on the merits and to act “fairly and dispassionately.” See also p. 389 of the *Krieger* decision emphasizing that it is a constitutional principle that the Attorney General must act independently of partisan concerns when supervising prosecutorial decisions. This duty necessarily generalizes to agents of an Attorney General and others performing a prosecution function.

2 *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370. (Per Ritchie J. at p. 398 and McIntyre J. at p. 402.) See also *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259. Chief Justice Lamer for the majority observes at p. 293 that without a code of service discipline the CF could not perform the role for which it was created. The safety and the wellbeing of Canadians depends considerably on the readiness of the CF. To maintain readiness, discipline must be enforced effectively and efficiently.

3 The predecessors of section 5 can be traced back to the original *Criminal Code of Canada* enacted in 1892. See Rodrigues, Gary P., *Crankshaw's Criminal Code of Canada, 8<sup>th</sup> Edition*. (Release 2005-7), p. 1-13.

4 *Généreux*, p. 281. Per Chief Justice Lamer.

5 *MacKay*, p. 398. *Généreux*, p. 295, per Chief Justice Lamer.

6 Section 165.11 of the *NDA* places upon DMP the responsibility for preferring of all charges to be tried by court martial and for the conduct of all prosecutions at courts martial. Section 165.12 gives DMP the discretion to prefer a charge as referred and any other charge in addition to or in substitution. DMP may withdraw any charge preferred prior to a trial commencing and, with the permission of the court, after the

### Notes de fin de texte

9 Voir, par exemple, le paragraphe 28 de l'Alberta *Code of Professional Conduct* cité dans l'arrêt *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, à la p. 381. Selon ce paragraphe, un procureur du ministère public exerce des fonctions publiques. Il indique l'avocat engagé comme procureur du ministère public « doit non pas simplement rechercher une condamnation, mais veiller à ce que justice soit rendue grâce à un procès équitable sur le fond » et « agir de façon sereine et juste ». Voir aussi, à la p. 389 de l'arrêt *Krieger*, ou la Cour insiste sur le fait qu'un principe constitutionnel veut que le procureur général agisse indépendamment de toute considération partisane lorsqu'il supervise les décisions d'un procureur du ministère public. Ce devoir s'applique nécessairement aux mandataires d'un procureur général et aux autres personnes qui exercent des fonctions de poursuivant.

10 *MacKay c. La Reine* [1980] 2 R.C.S. 370. (Le juge Ritchie, à la p. 398 et le juge McIntyre à la p. 402.) Voir aussi l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259. Le juge en chef Lamer, se prononçant au nom de la majorité, fait observer, à la p. 293 que sans code de discipline militaire, les Forces armées ne pourraient accomplir la fonction pour laquelle elles ont été créées. La sécurité et le bien-être des Canadiens dépendent dans une large mesure de l'état de préparation des FC. Pour que celles-ci soient prêtes à intervenir, il faut que les autorités militaires soient en mesure de faire respecter la discipline interne de manière efficace.

11 Il est possible de retrouver les versions antérieures de l'article 5 et de remonter jusqu'au premier *Code criminel* du Canada, édicté en 1892. Voir l'ouvrage de Rodrigues, Gary P., *Crankshaw's Criminal Code of Canada, 8<sup>th</sup> Edition*. (Release 2005-7), aux p. 1 à 13.

12 *Généreux*, p. 281. Le juge en chef Lamer.

13 *MacKay*, p. 398. *Généreux*, p. 295, le juge en chef Lamer.

14 Selon l'article 165.11 de la LDN, il incombe au DPM de prononcer toutes les mises en accusation des personnes jugées par les cours martiales et de mener les poursuites devant celles-ci. L'article 165.12 confère au DPM le pouvoir discrétionnaire de donner suite à toute accusation qui lui est transmise en prononçant la mise en accusation d'un accusé ou d'ajouter ou de substituer une autre accusation à celle-ci.

trial has commenced. Under section 165.13, if DMP is satisfied that a charge should not be proceeded with by court martial, DMP has the discretion to return the charge to an officer with summary trial jurisdiction. Finally, section 165.14 imposes on DMP the duty to determine, when preferring a charge, the type of court martial that is to try the accused and to inform the Court Martial Administrator. Section 165.19 requires the Court Martial Administrator to convene courts martial in accordance with the DMP determination.

7 *Supra*, Footnote 1.

8 Ordinarily, this decision will be made by DDMP.

Le DPM peut retirer une mise en accusation déjà prononcée; toutefois, le retrait de la mise en accusation après le début du procès en cour martiale est subordonné à l'autorisation de celle-ci. Selon l'article 165.13, s'il estime que la cour martiale ne devrait pas être saisie de l'accusation, le DPM peut déférer celle-ci à un officier ayant le pouvoir de juger sommairement l'accusé. Enfin, l'article 165.14 impose au DPM de déterminer, dans la mise en accusation, le type de cour martiale devant juger l'accusé et d'informer l'administrateur de la cour martiale de sa décision. L'article 165.19 exige que l'administrateur de la cour martiale convoque la cour martiale sélectionnée conformément à la décision du DPM.

15 Voir *supra*, la note 1.

16 Cette décision devrait normalement être prise par le DAPM.