

R. v. Nociar, 2008 CMAC 7

CMAC 495

**Captain K. Nociar**

*Appellant,*

v.

**Her Majesty the Queen.**

*Respondent.*

Heard: Winnipeg, Manitoba, April 25, 2008.

Judgment: Ottawa, Ontario, November 14, 2008.

Present: Dawson, McCawley and Trudel JJ.A.

On appeal from the legality of the conviction and sentence by a Standing Court Martial held at 17 Wing Winnipeg, Manitoba on October 4, 2005.

*Procedure — Right to choose trier of facts — Appellant charged under National Defence Act — Director of Military Prosecutions deciding that appellant to be tried by Standing Court Martial — Appellant convicted, sentenced prior to decision in R. v. Trépanier declaring provisions allowing Director of Military Prosecutions to choose trier of facts, i.e. National Defence Act, ss. 165.14, 165.19, Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, art. 111.02(1), unconstitutional — Appellant still in judicial system at time of declaration of invalidity — Entitled to rely on Trépanier, elect mode of trial — Conviction, sentence, convening order quashed, new trial ordered.*

*Court Martial — Standing Court Martial — Appellant charged with two offences under National Defence Act — Director of Military Prosecutions deciding that appellant to be tried by Standing Court Martial — Following appellant's conviction, sentence, provisions allowing Director of Military Prosecutions to choose trier of facts held to violate Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d) in R. v. Trépanier — Appellant entitled to rely on Trépanier, elect mode of trial — Conviction, sentence, convening order quashed, new trial ordered.*

The appellant was charged with two offences under the *National Defence Act*. He was convicted and sentenced prior to the decision in *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, declaring

R. c. Nociar, 2008 CACM 7

CMAC 495

**Capitaine K. Nociar**

*Appelant,*

c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée.*

Audience : Winnipeg (Manitoba), le 25 avril 2008.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 14 novembre 2008.

Devant : Les juges Dawson, McCawley et Trudel, J.C.A.

Appel de la légalité de la déclaration de culpabilité et de la sentence rendue par la cour martiale permanente à la 17<sup>e</sup> Escadre Winnipeg, au Manitoba, le 4 octobre 2005.

*Procédure — Droit de choisir le juge des faits — Appellant accusé sous le régime de la Loi sur la défense nationale — Décision du directeur des poursuites militaires de poursuivre l'appelant devant une cour martiale permanente — Appellant condamné avant la décision R. c. Trépanier déclarant que les dispositions permettant au directeur des poursuites militaires de choisir le juge des faits, soit les art. 165.14 et 165.19 de la Loi sur la défense nationale et art. 111.02(1) des Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes, sont inconstitutionnels — L'appelant était toujours dans le système judiciaire au moment de la déclaration d'inconstitutionnalité — L'appelant a le droit de s'appuyer sur l'arrêt Trépanier et de choisir le mode de procès — La déclaration de culpabilité, la sentence, et l'ordre de convocation sont annulés, la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.*

*Cour martiale — Cour martiale permanente — Appellant inculpé de deux chefs d'accusation sous le régime de la Loi sur la défense nationale — Décision du directeur des poursuites militaires de poursuivre l'appelant devant une cour martiale permanente — Les dispositions permettant au directeur des poursuites militaires de choisir le juge des faits ont été déclarées inconstitutionnelles aux termes des art. 7 et 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés dans l'arrêt R. c. Trépanier après la déclaration de culpabilité et la détermination de la peine de l'appelant — L'appelant a le droit de s'appuyer sur l'arrêt Trépanier et de choisir le mode de procès — La déclaration de culpabilité, la sentence et l'ordre de convocation sont annulés, la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.*

L'appelant a été inculpé de chefs d'accusation sous le régime de la *Loi sur la défense nationale*. Il a été condamné et sa sentence a été rendue avant l'arrêt *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3. La Cour

sections 165.14 and 165.19 of the Act and paragraph 111.02(1) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* unconstitutional. The Director of Military Prosecutions had elected trial by Standing Court Martial under the impugned provisions. The appellant sought a new trial at which he would be afforded the right to elect the trier of fact.

At issue was the effect of the *Trépanier* decision upon this appeal, and what remedy should be granted to the appellant.

*Held:* Appeal allowed.

Because the appellant had appealed his conviction, the matter was still in the judicial system. He was therefore entitled to rely upon the decision in *Trépanier* to challenge the fairness of the Standing Court Martial. The constitutional determination in this case had already been made. No further declaration was required. As the Court did not suspend the declaration of invalidity in *Trépanier*, there was no impediment to granting the appellant relief under subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant had the right to elect his mode of trial, and he was not bound to adduce evidence of a violation of that right. The appellant should not be convicted after a trial that was predicated upon a procedure that has been declared unconstitutional. Given the invalidity of section 165.14 and subsection 165.19(1) of the Act and of paragraph 111.02(1) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, the conviction, the sentence and the convening order were quashed, and a new trial was ordered.

a déclaré dans cette décision que les articles 165.14 et 165.19 de la *Loi sur la défense nationale* et le paragraphe 111.02(1) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* étaient inconstitutionnels. Le directeur des poursuites militaires a décidé de tenir un procès devant une cour martiale permanente en application des dispositions contestées. L'appellant a demandé la tenue d'un nouveau procès, dans lequel il aurait le droit de choisir le juge des faits.

L'affaire portait sur l'effet de l'arrêt *Trépanier* sur son appel et sur la nature de la réparation qui devrait être accordée à l'appellant.

*Arrêt :* Appel accueilli.

L'appellant avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, ainsi le dossier se trouvait toujours dans le système judiciaire. En conséquence, il avait le droit d'invoquer l'arrêt *Trépanier* pour contester le caractère équitable de la cour martiale permanente. La question constitutionnelle du dossier avait déjà été tranchée. Aucune autre déclaration n'était nécessaire. La Cour n'a pas suspendu l'application de la déclaration d'invalidité dans l'arrêt *Trépanier*; il n'y avait donc aucune entrave à l'octroi d'une réparation à l'appellant en application du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appellant avait le droit de choisir son mode de procès, et il n'était pas tenu de produire des éléments de preuve attestant d'une violation de ce droit. L'appellant n'aurait pas dû être reconnu coupable après la tenue d'un procès intenté suivant une procédure déclarée inconstitutionnelle. Vu l'invalidité de l'article 165.14 et du paragraphe 165.19(1) de la *Loi sur la défense nationale* et du paragraphe 111.02(1) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, la déclaration de culpabilité, la sentence et l'ordre de convocation ont été annulés et la Cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d), 24(1).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 165.14 (rep. by S.C. 2008, c. 29, s. 6), 165.19.  
*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/vol-2-disciplinary.htm>), art. 111.02(1).

#### CASES CITED

*Bilodeau v. A.G. (Man.)*, [1986] 1 S.C.R. 449, 27 D.L.R. (4th) 39; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, 173 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *R. v. Morales*,

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11d), 24(1).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 165.14 (abrogé, L.C. 2008, ch. 29, art. 6), 165.19.  
*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/vol-2-discipline.html>), art. 111.02(1).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

*Bilodeau c. P.G. (Man.)*, [1986] 1 R.C.S. 449, 27 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 39; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, 173 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 1; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S.

[1992] 3 S.C.R. 711, (1992), 77 C.C.C. (3d) 91; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223, 135 D.L.R. (4th) 402; *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 180 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 32672); *R. v. Weir*, 1999 ABCA 275, 250 A.R. 73; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, 38 D.L.R. (4th) 530; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, 161 Nfld. & P.E.I.R. 124; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, 93 D.L.R. (4th) 1; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, 17 D.L.R. (4th) 422.

489; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, 77 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 91; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223, 135 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 402; *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, 7 C.A.C.M. 180 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la cour : 32672); *R. v. Weir*, 1999 ABCA 275, 250 A.R. 73; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, 38 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 530; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, 161 Nfld. & P.E.I.R. 124; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 93 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 1; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 17 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 422.

#### 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.

#### DOCTRINE CITÉE

Canada. Ministère de la Défense nationale. Directeur des poursuites militaires. *Directive de politique no 016/06*. « Déterminer le type de cour martiale pour juger la personne accusée ». Ottawa, 5 mai 2006.

#### COUNSEL

*Jay Prober*, for the appellant  
*Diane Kruger*, for the respondent

#### AVOCATS

*Jay Prober*, pour l'appelant.  
*Diane Kruger*, pour l'intimée.

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

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

[1] DAWSON J.A.: The effect of section 165.14 and subsection 165.19(1) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (Act) and paragraph 111.02(1) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* was to give exclusive power to the Director of Military Prosecutions (Director) to choose the court that would try an accused person. These provisions are set out in the appendix to these reasons.

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : L'objectif de l'article 165.14 et du paragraphe 165.19(1) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la Loi), ainsi que l'alinéa 111.02(1) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* est de donner au directeur des poursuites militaires (le directeur) le pouvoir exclusif de choisir la cour qui jugera un accusé. Ces dispositions sont reproduites à l'annexe des présents motifs.

[2] On April 24, 2008, in *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 180 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 32672), this Court declared that these provisions violate section 7 and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), and so were of no force or effect.

[2] Le 24 avril 2008, dans l'arrêt *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, 7 C.A.C.M. 180 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la cour : 32672), la Cour a déclaré que ces dispositions violaient l'article 7 et l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), et qu'elles étaient donc inopérantes.

[3] On April 25, 2008, Captain Nociar's appeal came on for hearing before the Court. At issue are the effect of the *Trépanier* decision upon this appeal, and what

[3] Le 25 avril 2008, la Cour devait entendre l'appel du capitaine Nociar. Les questions en litige portaient sur l'effet de l'arrêt *Trépanier* sur le présent appel et la

remedy should be granted to Captain Nociar. For the reasons that follow, I conclude that Captain Nociar is entitled to the benefit of the decision of this Court in *Trépanier*, and that the appropriate remedy is to quash the conviction, the sentence and the convening order and to order a new trial.

#### I. Background facts

[4] On April 26, 2005, Captain Nociar was charged with two offences under the Act. The charge sheet evidences the decision of the Director that Captain Nociar be tried by Standing Court Martial, that is by a military judge alone. Other choices available to the Director were trial by General Court Martial and trial by Disciplinary Court Martial. Those latter courts are comprised of a military judge sitting with a panel of military members.

[5] The convening order required Captain Nociar to appear before a Standing Court Martial on October 4, 2005. At that time, Captain Nociar pleaded not guilty to both charges. The Standing Court Martial sat on October 4 to 6, 2005, May 9, 2006, October 17 to 19, 2006 and finished its proceedings on November 16, 2006. On November 16, 2006, Captain Nociar was found guilty of one charge and acquitted of the other. He was sentenced to a reprimand and a fine.

[6] In consequence, Captain Nociar filed an appeal with this Court in which he appealed the legality of the conviction and sentence, and sought leave to appeal against the severity of the sentence. The application for leave was to be heard with the appeal of the conviction.

[7] At the commencement of the hearing of the appeal, the Court directed the attention of the parties to the *Trépanier* decision. After hearing brief submissions, the Court adjourned to allow the parties to serve and file written submissions about the effect of the decision in *Trépanier* on this proceeding.

réparation qui devait être accordée au capitaine Nociar. Pour les motifs qui suivent, je conclus que le capitaine Nociar a droit aux retombées de l'arrêt de la Cour dans *Trépanier*, et que la réparation appropriée est que la Cour annule la déclaration de culpabilité, la peine infligée, l'ordre de convocation et qu'elle ordonne un nouveau procès.

#### I. Résumé des faits

[4] Le 26 avril 2005, le capitaine Nociar a été accusé de deux infractions à la Loi. L'acte d'accusation fait état de la décision du directeur selon laquelle le capitaine Nociar devait être jugé par la cour martiale permanente, c'est-à-dire par une cour composée d'un juge militaire siégeant seul. Le directeur avait d'autres choix : un procès devant la cour martiale générale et un procès devant la cour martiale disciplinaire. Ces deux cours sont composées d'un juge militaire siégeant avec un comité de militaires.

[5] L'ordre de convocation exigeait que le capitaine Nociar comparaisse devant la cour martiale permanente le 4 octobre 2005. À ce moment-là, le capitaine Nociar a plaidé non coupable aux deux chefs d'accusation. La cour martiale permanente a siégé aux dates suivantes : du 4 au 6 octobre 2005, le 9 mai 2006, du 17 au 19 octobre 2006, et elle a clos l'audience le 16 novembre 2006. Le 16 novembre 2006, le capitaine Nociar fut déclaré coupable de l'un des chefs d'accusation et acquitté de l'autre. Il fut condamné à une réprimande et à une amende.

[6] En conséquence, le capitaine Nociar déposa un appel devant la Cour; il contestait la légalité de la déclaration de culpabilité et de la peine infligée, et il demandait l'autorisation d'interjeter appel contre la sévérité de la peine infligée. La demande d'autorisation d'interjeter appel devait être entendue en même temps que l'appel formé contre la déclaration de culpabilité.

[7] Dès le début de l'audition de l'appel, la Cour a attiré l'attention des parties sur l'arrêt *Trépanier*. Après avoir entendu de brèves observations, la Cour a ajourné l'audience afin de permettre aux parties de signifier et de déposer des observations écrites sur les conséquences de l'arrêt *Trépanier* sur la présente instance.

## II. The position of the parties

[8] In his brief written submissions, Captain Nociar argued that he was entitled to the benefit of the *Trépanier* decision because he is still “in the judicial system”. Reliance was placed upon the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223, at paragraphs 26 and 27. Captain Nociar submitted that a new trial should be ordered.

[9] In response, the Crown agreed that Captain Nociar was still in the “judicial system” and so could rely upon the declaration of unconstitutionality made in *Trépanier*. However, the Crown argued that no new trial should be ordered. The Crown submitted that:

- The Court should first decide the merits of the appeal before considering the effect of *Trépanier*, and only consider *Trépanier* if Captain Nociar otherwise failed in his appeal. This position was said to reflect the general rule that courts should avoid making unnecessary constitutional pronouncements. Further, the Crown argued that this would allow Captain Nociar to argue his appeal on the merits so as to seek the benefit of an acquittal or a stay.
- Relying on a number of decisions, particularly that of the Supreme Court of Canada in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, the Crown observed that individual remedies are independent of declarations of invalidity as they arise from different sources—subsection 24(1) of the Charter and subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* respectively. The Crown also noted that a remedy under subsection 24(1) of the Charter is rarely granted together with a remedy under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. For these reasons, the Crown argued that Captain Nociar must demonstrate that his case is an “exceptional situation” where an individual remedy under subsection 24(1) of the Charter is appropriate. Given that “no specific or individual remedies” were granted in *Trépanier*, the Crown reasoned that Captain Nociar “cannot

## II. La position des parties

[8] Dans ses brèves observations, le capitaine Nociar a allégué qu’il avait droit aux retombées de l’arrêt *Trépanier* parce qu’il était toujours « en cours ». Il se fondait sur l’arrêt de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223, aux paragraphes 26 et 27. Le capitaine Nociar a soutenu qu’un nouveau procès devait être ordonné.

[9] En réponse, la Couronne était d’accord que l’affaire du capitaine Nociar était toujours « en cours » et qu’ainsi il pouvait se prévaloir de la déclaration d’inconstitutionnalité faite dans l’arrêt *Trépanier*. Toutefois, la Couronne a soutenu qu’un nouveau procès ne devait pas être ordonné. La Couronne a fait valoir les points suivants :

- La Cour devrait d’abord décider du bien-fondé de l’appel avant de prendre en compte les conséquences de l’arrêt *Trépanier*, et la Cour ne devrait prendre en compte l’arrêt *Trépanier* que si le capitaine Nociar est par ailleurs débouté de son appel, cette prise de position étant le reflet de la règle générale selon laquelle les cours devraient éviter toute déclaration inutile en matière constitutionnelle. De plus, la Couronne a allégué que cela permettrait au capitaine Nociar de présenter des arguments sur le fond de son appel et d’avoir ainsi l’avantage de pouvoir réclamer un acquittement ou un sursis.
- La Couronne s’est fondée sur un grand nombre de décisions, en particulier celle de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; la Couronne a souligné que les réparations individuelles sont indépendantes de la déclaration d’inconstitutionnalité d’une disposition parce qu’elles trouvent leur origine dans des sources différentes — respectivement le paragraphe 24(1) de la Charte et le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Couronne a aussi fait remarquer qu’on accordera rarement une réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte en même temps qu’une mesure découlant du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour ces motifs, la Couronne a allégué que le capitaine Nociar devait démontrer que son affaire est une [TRADUCTION] « situation exceptionnelle » pour laquelle une

automatically” be granted the individual remedy of a new trial. As to the effect of this Court’s recommendation in *Trépanier* about the appeal of the intervenor Beek, the Crown argued that Captain Nociar is not similarly situated to Beek because he is not “a successful applicant” in a Charter challenge. The Crown relied on cases such as *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203 and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3 (*Prince Edward Island*) to argue that it is litigants, such as Beek, who are generally entitled to take immediate advantage of the finding of unconstitutionality.

- Relying upon the decision of the Supreme Court of Canada in *Bilodeau v. A.G. (Man.)*, [1986] 1 S.C.R. 449, the Crown submitted that the actions of the Director pursuant to sections 165.14 and 165.19 of the Act, taken before the issuance of the *Trépanier* decision, “are of full force and effect”. However, the Crown acknowledged that “since 24 April 2008, according to [the] *Trépanier* decision, [Captain Nociar] has the right to elect his mode of trial”. The Crown submitted that “there is a conflict in regard to these two legal rights and principles only in circumstances where the evidence indicates that an accused wishes to be tried by a mode of trial different than that selected by the [Director]”. The Crown relied upon the fact that there is no evidence about what trier of fact Captain Nociar wished, or wishes, to be tried by. Further, the Crown pointed to the Director’s *Policy Directive No. 016/06*, “Determining the Type of Court Martial to Try an Accused Person”, issued on May 5, 2006 (Policy Directive). The Crown observed that Captain Nociar did not ask the Director

réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte est appropriée. Étant donné que [TRADUCTION] « aucune réparation particulière ou individuelle » ne fut accordée dans l’arrêt *Trépanier*, la Couronne a avancé que le capitaine Nociar [TRADUCTION] « ne pouvait pas automatiquement » se voir accorder la réparation individuelle que constitue un nouveau procès. En ce qui a trait à la recommandation de la Cour dans l’arrêt *Trépanier* relativement à l’appel de l’intervenant Beek, la Couronne a allégué que le capitaine Nociar n’était pas dans une situation semblable à celle de Beek parce qu’il n’est pas [TRADUCTION] « un demandeur qui a réussi » dans le cadre d’une contestation de la Charte. La Couronne s’est fondée sur des affaires comme l’arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, et le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l’indépendance et à l’impartialité des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3 (*Île-du-Prince-Édouard*), pour soutenir que ce sont les plaideurs, comme M. Beek, qui ont généralement droit aux avantages directs d’une conclusion d’inconstitutionnalité.

- La Couronne s’est fondée sur l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Bilodeau c. P.G. (Man.)*, [1986] 1 R.C.S. 449, pour alléguer que les décisions du directeur prises en application des articles 165.14 et 165.19 de la Loi avant le prononcé de l’arrêt *Trépanier* [TRADUCTION] « demeurent valides ». Toutefois, la Couronne reconnaît que [TRADUCTION] « depuis le 24 avril 2008, selon l’arrêt *Trépanier*, [le capitaine Nociar] a le droit de choisir son mode de procès ». La Couronne a soutenu que [TRADUCTION] « il y a une contradiction relativement à ces deux droits et principes seulement dans les situations où la preuve révèle qu’un accusé veut être jugé selon un mode de procès différent de celui choisi par le [directeur] ». La Couronne s’est fondée sur le fait qu’il n’y a pas de preuve du choix du juge des faits devant lequel le capitaine Nociar désirait ou désire être jugé. De plus, la Couronne s’est référée à la *Directive de politique n° 016/06* du directeur des poursuites militaires intitulée « Déterminer le type de cour martiale devant juger l’accusé » adoptée

to withdraw his decision, and instead direct that a Disciplinary Court Martial be convened, as Captain Nociar was entitled to do under the Policy.

- In the alternative, the Crown argued that, if Captain Nociar's rights were violated, he is not entitled to a specific remedy in light of the decisions in *Schachter* and *Corbiere*. These cases are said to stand for the principle that such remedies are only granted in exceptional circumstances. The Crown asserted that Captain Nociar has not shown that his case is of an exceptional nature and that a new trial is the only suitable remedy.
- Further, the Crown submitted that there is no evidence that Captain Nociar did not receive a fair hearing by an independent and impartial tribunal. Thus, it is said that there is no evidence of any real prejudice that warrants the ordering of a new trial.
- Finally, the Crown asked that, if the Court was to rely upon the *Trépanier* decision, the Court postpone its decision until the Crown's application to the Supreme Court of Canada for leave to appeal that decision was adjudicated upon.

### III. The Court's direction in response

[10] In response to the Crown's request that the Court await the result of the application for leave to appeal the *Trépanier* decision, Captain Nociar agreed that his appeal should not proceed until the application for leave was dealt with.

[11] Having considered the written submissions of the parties, the Court agreed to await the decision of the Supreme Court of Canada on the *Trépanier* application for leave.

le 5 mai 2006 (la Directive en matière de politique ou la Directive). La Couronne a fait remarquer que le capitaine Nociar n'avait pas demandé au directeur d'annuler sa décision et qu'en lieu et place il ordonne qu'une cour martiale disciplinaire soit constituée, comme le capitaine Nociar avait le droit de le faire en vertu de la Directive.

- Subsidiairement, la Couronne a allégué que si les droits du capitaine Nociar avaient été violés, il n'avait pas droit à une réparation particulière au vu des arrêts *Schachter* et *Corbiere*. Ces arrêts sont censés énoncer le principe selon lequel de telles réparations sont accordées seulement dans des circonstances exceptionnelles. La Couronne a affirmé que le capitaine Nociar n'avait pas démontré que sa cause était d'une nature exceptionnelle et qu'un nouveau procès était la seule réparation appropriée.
- De plus, la Couronne a soutenu qu'il n'y a pas de preuve que le capitaine Nociar n'a pas eu droit à une audience équitable menée par un tribunal indépendant et impartial. Par conséquent, la Couronne allègue qu'il n'y a aucune preuve qu'un préjudice réel fut causé qui justifierait qu'un nouveau procès soit ordonné.
- Enfin, la Couronne a demandé que, si la Cour devait se fonder sur l'arrêt *Trépanier*, elle suspende le prononcé de sa décision jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada ait statué sur sa demande d'autorisation d'appel concernant l'arrêt *Trépanier*.

### III. Les directives de la Cour en réponse

[10] En réponse à la demande de la Couronne que la Cour attende la décision sur la demande d'autorisation d'appel concernant l'arrêt *Trépanier*, le capitaine Nociar s'est dit d'accord pour que son appel ne soit pas tranché avant qu'il soit statué sur la demande d'autorisation d'appel.

[11] Après avoir examiné les observations écrites des parties, la Cour a accepté d'attendre la décision de la Cour suprême du Canada sur la demande d'autorisation d'appel concernant l'arrêt *Trépanier*.

[12] On September 25, 2008, the Supreme Court of Canada dismissed the application for leave, Docket no. 32672

[13] By direction dated October 3, 2008, the Court offered the Crown and Captain Nociar the opportunity to make further written submissions, the final submission to be served and filed by October 24, 2008. Neither party filed additional submissions.

#### IV. Consideration of the issues

[14] Having set out the necessary background facts and issues, I turn to the submissions of the parties.

[15] I first note that I agree with the parties that, because Captain Nociar had appealed his conviction, he is in the judicial system. He is, therefore, entitled to rely upon the decision in *Trépanier* to challenge the fairness of the Standing Court Martial that gave rise to his conviction.

#### V. Should the Court first consider the merits of the appeal?

[16] Central to this Court's decision in *Trépanier* was its conclusion that the impugned provisions unjustifiably violate an accused's constitutional right to make full answer and defence and to control that defence. At paragraph 102, the Court wrote that 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."

[17] The Crown's submission that the Court should first consider the merits of Captain Nociar's appeal disregards the seriousness of the Court's conclusion in *Trépanier*. The trial process was found to be unfair and to violate the Charter. This is a situation that should not be countenanced. The Court will not, therefore, ignore this issue unless all of Captain Nociar's other issues fail.

[12] Le 25 septembre 2008, la Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation d'appel; numéro de registre 32672.

[13] Dans une ordonnance du 3 octobre 2008, la Cour a offert à la Couronne et au capitaine Nociar la possibilité de faire des observations écrites supplémentaires; les observations définitives devaient être signifiées et déposées au plus tard le 24 octobre 2008. Aucune des parties n'a déposé d'observations supplémentaires.

#### IV. Analyse des questions

[14] Après avoir résumé dans leurs grandes lignes les faits et les questions en litige, je me tourne maintenant vers les observations des parties.

[15] Premièrement, je fais remarquer que je suis d'accord avec les parties que, parce que le capitaine Nociar a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, son affaire est en cours. Par conséquent, il a le droit de se fonder sur l'arrêt *Trépanier* pour contester le caractère équitable d'avoir été jugé et déclaré coupable par une cour martiale permanente.

#### V. La Cour devrait-elle d'abord examiner le bien-fondé de l'appel?

[16] La conclusion centrale de la Cour dans l'arrêt *Trépanier* était que les dispositions contestées violaient de façon injustifiable le droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et de maîtriser cette défense. Au paragraphe 102, la Cour a écrit qu'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 ».

[17] L'observation de la Couronne selon laquelle la Cour devrait d'abord examiner le bien-fondé de l'appel du capitaine Nociar méconnaît la portée de la conclusion de la Cour dans l'arrêt *Trépanier*. Le processus judiciaire a été déclaré inéquitable et mené en violation de la Charte. Il s'agit d'une conclusion à laquelle on ne devrait pas déroger. Par conséquent, la Cour n'examinera pas cette question à moins que toutes les autres questions du capitaine Nociar échouent.

[18] As to the Crown's assertion that this approach would give effect to the general rule that a court will avoid making unnecessary constitutional rulings, the ruling in question has already been made by the Court in *Trépanier*.

[19] The Crown submitted that considering the merits of the appeal first would confer a benefit upon Captain Nociar. The answer to that submission is that Captain Nociar wishes a new trial in which he can elect the trier of fact.

[20] For these reasons, the Court will not first consider the merits of Captain Nociar's appeal.

#### VI. The Crown's reliance upon the Schachter decision

[21] The Crown relied heavily upon the decision of the Supreme Court of Canada in *Schachter*. It argued that a specific or individual remedy requires the application of subsection 24(1) of the Charter, and that remedies under subsection 24(1) of the Charter and section 52 of the *Constitution Act, 1982* are rarely granted conjunctively. Specifically, the Crown relies upon the following passage from page 720 of the Supreme Court's reasons in *Schachter*:

An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available. It follows that where the declaration of invalidity is temporarily suspended, a s. 24 remedy will not often be available either. To allow for s. 24 remedies during the period of suspension would be tantamount to giving the declaration of invalidity retroactive effect. Finally, if a court takes the course of reading down or in, a s. 24 remedy would probably only duplicate the relief flowing from the action that court has already taken. [Emphasis added.]

[22] However, in the present case, the Court has already granted a declaration of invalidity pursuant to

[18] En ce qui a trait à l'allégation de la Couronne selon laquelle une telle approche irait à l'encontre de la règle générale qui veut qu'une cour doive éviter toute décision inutile en matière constitutionnelle, la décision a déjà été rendue par la Cour dans l'arrêt *Trépanier*.

[19] La Couronne a soutenu que l'examen du bien-fondé de l'appel en premier conférerait un avantage au capitaine Nociar. La réponse à une telle observation est que le capitaine Nociar désire obtenir un nouveau procès pour lequel il peut choisir son juge des faits.

[20] Pour les motifs exposés ci-dessus, la Cour n'examinera pas en premier le bien-fondé de l'appel du capitaine Nociar.

#### VI. La Couronne s'est fondée sur l'arrêt Schachter

[21] La Couronne s'est en grande partie fondée sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Schachter*. La Couronne a allégué que les réparations particulières ou individuelles nécessitaient l'application du paragraphe 24(1) de la Charte et que les réparations prévues par le paragraphe 24(1) de la Charte et celles prévues par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont rarement accordées en même temps. En particulier, la Couronne se fonde sur l'extrait suivant, tiré de la page 720 des motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *Schachter* :

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire est close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24. Par conséquent, si l'effet de la déclaration d'invalidité est temporairement suspendu, il n'y aura pas non plus souvent lieu à une réparation en vertu de l'art. 24. Permettre une réparation fondée sur l'art. 24 pendant la période de suspension équivaldrait à donner un effet rétroactif à la déclaration d'invalidité. Enfin, si un tribunal décide de donner une interprétation atténuée ou une interprétation large, une réparation fondée sur l'art. 24 ne ferait probablement qu'accorder le même redressement que celui découlant de la mesure déjà prise par les tribunaux. [Je souligne.]

[22] Toutefois, en l'espèce, la Cour a déjà accordé une déclaration d'invalidité en vertu du paragraphe 52(1)

subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. No further declaration is required in this case. Arguably this distinguishes cases such as *Schachter*.

[23] Moreover, the rule articulated in *Schachter* may be stated as follows: courts are generally precluded from granting a subsection 24(1) individual remedy during a period of suspended invalidity. However, in *Trépanier*, this Court refused to suspend the declaration of invalidity. Further, the ruling in *Schachter* does not preclude a court from awarding prospective remedies under subsection 24(1) of the Charter in conjunction with section 52 remedies. See: *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, at paragraphs 62 and 63.

[24] Thus, in a number of cases courts have granted prospective relief under subsection 24(1) of the Charter in conjunction with a remedy under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. See, for example, *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, and *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711.

[25] I see no impediment at law to granting relief to Captain Nociar under subsection 24(1) of the Charter.

[26] Turning to the Crown's reliance on the fact that no specific remedy was granted in *Trépanier*, no individual remedy under subsection 24(1) of the Charter was sought in that case. The declaration of unconstitutionality was sufficient to dispose of the matter and to provide Trépanier with an effective remedy. The intervener Beek, given his status as an intervener, was unable to seek individual relief. However, the recommendation of this Court in *Trépanier* about Beek is, in my view, relevant and helpful in determining the proper course in this matter. At paragraph 141 of its decision in *Trépanier*, the Court wrote:

We believe that a recommendation which best reconciles the interests of justice, the accused and the prosecution as

de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Aucune déclaration supplémentaire n'est requise en l'espèce. On peut soutenir que cela distingue l'espèce des affaires telles que l'arrêt *Schachter*.

[23] En outre, la règle énoncée dans l'arrêt *Schachter* peut être exposée de la façon suivante : les cours n'ont généralement pas le droit d'accorder une réparation fondée sur le paragraphe 24(1) pendant la période de suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité. Toutefois, dans l'arrêt *Trépanier*, la Cour a refusé de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité. De plus, l'arrêt *Schachter* n'interdit pas à la Cour d'octroyer des réparations prospectives fondées sur le paragraphe 24(1) de la Charte en même temps que les réparations fondées sur l'article 52. Voir *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, aux paragraphes 62 et 63.

[24] Par conséquent, dans de nombreuses affaires, les cours ont octroyé des réparations prospectives fondées sur le paragraphe 24(1) de la Charte en même temps qu'une réparation fondée sur le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir, par exemple, *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, et *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711.

[25] Je ne vois aucune interdiction en droit d'accorder au capitaine Nociar la réparation fondée sur le paragraphe 24(1) de la Charte.

[26] En ce qui a trait à ce que la Couronne s'est basée sur le fait qu'aucune réparation particulière n'avait été octroyée dans l'arrêt *Trépanier*, aucune réparation particulière fondée sur le paragraphe 24(1) de la Charte n'avait été demandée dans cette affaire. La déclaration d'inconstitutionnalité réglait en soi l'affaire et octroyait à Trépanier une réparation efficace. L'intervenant Beek, étant donné son statut d'intervenant, n'était pas en mesure de demander une réparation individuelle. Toutefois, la recommandation faite par la Cour dans l'arrêt *Trépanier* relativement à Beek est, à mon avis, pertinente et appropriée pour la décision à prendre pour le bon déroulement de la présente affaire. Au paragraphe 141 de l'arrêt *Trépanier*, la Cour a déclaré ce qui suit :

Nous croyons que la recommandation qui concilie le mieux les intérêts de la justice, de l'accusé et de la

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.

[27] The Crown relies on the decisions in *Corbiere* and *Prince Edward Island* to suggest that the circumstances of the intervenor Beek may be distinguished from those of Captain Nociar. However, one must consider the context surrounding the comments of the Supreme Court in *Corbiere* and *Prince Edward Island*. In *Prince Edward Island*, the Supreme Court recognized that, in cases where a prospective ruling (i.e. suspension of invalidity) is made, it has always allowed the successful party to nonetheless take advantage of the finding of unconstitutionality. See: *Prince Edward Island*, at paragraph 20. Similarly, in *Corbiere*, the Supreme Court considered whether a party ought to be granted an exemption from the suspension of invalidity. See: *Corbiere*, at paragraphs 118 and 122. Thus, both cases relied upon by the Crown were decided in the context of a suspended declaration of invalidity. In light of that suspension, the Supreme Court of Canada considered whether to exempt the successful party, thereby allowing the party to take advantage of the finding pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. In essence, these decisions contemplate allowing a successful party to take advantage of a remedy the party would not otherwise enjoy due to the suspension of the Court's judgment.

[28] In *Trépanier*, however, the request for suspension of the declaration was refused. The Crown argues that the intervenor, Beek, in *Trépanier* may be distinguished from Captain Nociar because Beek fell within the exemptions discussed in *Prince Edward Island* and *Corbiere*. However, this is not the case. In *Trépanier*, the intervenor was not confronted with any suspension of invalidity. Thus, the recommendation of this Court in *Trépanier* concerning Beek remains, in my view, helpful.

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-caporal Beek le droit d'exercer un choix quant au juge des faits devant lequel se tiendra son nouveau procès.

[27] La Couronne se fonde sur les arrêts *Corbiere* et *Île-du-Prince-Édouard* pour émettre l'idée que la situation de l'intervenant Beek peut être distinguée de celle du capitaine Nociar. Toutefois, il faut tenir compte du contexte dans lequel s'inscrivent les commentaires que la Cour suprême a faits dans l'arrêt *Corbiere* et dans l'arrêt *Île-du-Prince-Édouard*. Dans l'arrêt *Île-du-Prince-Édouard*, la Cour suprême a admis que dans les affaires où une décision prospective (c'est-à-dire une suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité) est rendue, la partie gagnante a toujours pu tirer profit de la conclusion d'inconstitutionnalité. Voir : *Île-du-Prince-Édouard*, au paragraphe 20. De manière semblable, dans l'arrêt *Corbiere*, la Cour suprême a examiné si une partie devait se voir accorder une exemption de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité. Voir : *Corbiere*, aux paragraphes 118 et 122. Ainsi, les deux affaires sur lesquelles la Couronne s'est fondée ont été rendues dans le contexte de la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité. Dans le contexte de cette suspension, la Cour suprême du Canada a examiné si elle devait exempter la partie gagnante, lui permettant ainsi de tirer profit de la conclusion d'inconstitutionnalité fondée sur le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Essentiellement, ces décisions visent à permettre à la partie gagnante de tirer profit d'une réparation dont elle n'aurait par ailleurs pas pu bénéficier en raison de la suspension du jugement de la Cour.

[28] Toutefois, dans l'arrêt *Trépanier*, la demande de suspension de l'effet de la déclaration fut refusée. La Couronne allègue que la position de l'intervenant Beek dans l'arrêt *Trépanier* doit être distinguée de celle du capitaine Nociar parce que Beek rentrait dans le cadre des exemptions dont il a été question dans l'arrêt *Île-du-Prince-Édouard* et dans l'arrêt *Corbiere*. Ce n'est toutefois pas le cas. Dans l'arrêt *Trépanier*, l'intervenant ne faisait face à aucune suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité. Par conséquent, à mon avis, la recommandation de la Cour dans l'arrêt *Trépanier* relativement à Beek demeure utile.

[29] To find otherwise would be to deprive Captain Nociar of his right to reply upon the decision in *Trépanier*, a right acknowledged in cases such as *Sarson*, cited above, and *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246.

VII. The Crown's reliance upon Bilodeau and the absence of evidence about Captain Nociar's choice of trier of fact

[30] The Crown submitted that Captain Nociar's Standing Court Martial was properly convened and that the actions of the Director before the decision in *Trépanier* are of full force and effect. On this point, the Crown relies upon the decision of the Supreme Court of Canada in *Bilodeau*. Nevertheless, the Crown concedes that post *Trépanier*, Captain Nociar has the right to elect his mode of trial. It follows, the Crown submitted, that Captain Nociar was bound to adduce evidence of a violation of his right to elect his mode of trial. This required him to adduce evidence that he wished, or wishes, to be tried other than by Standing Court Martial.

[31] In my view, such evidence is not needed in order to dispose of this appeal. In *R. v. Weir*, 1999 ABCA 275, 250 A.R. 73, the Alberta Court of Appeal observed that there is a qualitative difference between a Charter argument rooted in the narrative giving rise to a criminal charge and one grounded in the invalidity of the statute. In the latter case, the absence of an evidentiary record is not fatal to an accused who wishes to raise such an argument on appeal (see *Weir*, at paragraph 14).

[32] Captain Nociar should not stand convicted after a trial that was predicated upon a procedure that has been found to violate his constitutional right to make full answer and defence.

[33] The Crown relied upon the Policy Directive, referred to above at paragraph 9, to argue that Captain Nociar did not take advantage of the Policy Directive and ask the Director to withdraw his decision to direct a Standing Court Martial. However, the Policy Directive was issued on May 5, 2006. Captain Nociar's Standing

[29] Une conclusion différente priverait le capitaine Nociar de son droit de se fonder sur l'arrêt *Trépanier*, un droit qui fut reconnu dans des affaires comme *Sarson*, précitée, et *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246.

VII. La Couronne se fonde sur l'arrêt Bilodeau et l'absence de preuve du choix du capitaine Nociar de son juge des faits

[30] La Couronne a soutenu que la cour martiale permanente qui a jugé le capitaine Nociar fut dûment convoquée et que les mesures prises par le directeur avant l'arrêt *Trépanier* sont valides. Sur cet aspect, la Couronne se fonde sur l'arrêt *Bilodeau* de la Cour suprême. Néanmoins, la Couronne concède qu'à la suite de l'arrêt *Trépanier*, le capitaine Nociar a le droit de choisir son mode de procès. La Couronne a soutenu qu'il s'ensuivait qu'il incombait au capitaine Nociar de présenter la preuve de la violation de son droit de choisir son mode de procès. Il devait donc présenter la preuve qu'il avait voulu ou qu'il voulait être jugé par une cour autre que la cour martiale permanente.

[31] Selon moi, une telle preuve n'est pas nécessaire pour que la Cour puisse statuer sur le présent appel. Dans l'arrêt *R. v. Weir*, 1999 ABCA 275, 250 A.R. 73, la Cour d'appel de l'Alberta a énoncé qu'il y a une différence qualitative entre un argument fondé sur la Charte qui prend racine dans la description d'une infraction qui a entraîné une accusation au criminel et un argument fondé sur l'invalidité d'une disposition d'une loi. Dans le deuxième cas, le fait qu'il n'ait pas présenté de preuves n'est pas fatal à un accusé qui désire soulever un tel argument en appel (voir *Weir*, au paragraphe 14).

[32] La déclaration de culpabilité du capitaine Nociar ne devrait pas être maintenue après un procès rendu sur la base d'une procédure qui fut déclarée être en violation de son droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière.

[33] La Couronne s'est fondée sur la Directive sur la politique à laquelle j'ai fait référence ci-dessus, au paragraphe 9, pour soutenir que le capitaine Nociar n'avait pas tiré profit de la Directive sur la politique et qu'il n'avait pas demandé au directeur d'annuler sa décision d'ordonner la tenue d'une cour martiale permanente.

Court Martial commenced on October 4, 2005. It is unreasonable to suggest that Captain Nociar should have made such a request seven months after his trial commenced.

VIII. Are specific remedies only granted in exceptional circumstances?

[34] The Crown argues that *Corbiere* and *Schachter* stand for the proposition that specific remedies should only be granted in exceptional cases. With respect, that represents a narrow reading of cases that turned on their respective facts. Indeed, in *Corbiere*, at paragraph 110, the Court set out the following general principle:

In determining the appropriate remedy, the Court must be guided by the principles of respect for the purposes and values of the *Charter*, and respect for the role of the legislature: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 700-701; *Vriend, supra*, at para. 148. The first principle was well expressed by Sopinka J. in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104:

In selecting an appropriate remedy under the *Charter* the primary concern of the court must be to apply the measures that will best vindicate the values expressed in the *Charter* and to provide the form of remedy to those whose rights have been violated that best achieves that objective. This flows from the court's role as guardian of the rights and freedoms which are entrenched as part of the supreme law of Canada. [Emphasis added.]

[35] Thus, I am not persuaded that it is only where exceptional circumstances are shown to exist that a remedy will be granted. Where a trial process has been found to violate rights guaranteed by the Charter, generally a remedy should be fashioned.

IX. The absence of evidence of prejudice

[36] The Crown argues that there is no evidence that Captain Nociar did not receive a fair hearing by an independent and impartial tribunal. It follows, according to

Toutefois, la Directive sur la politique fut adoptée le 5 mai 2006. La cour martiale permanente du capitaine Nociar a commencé ses audiences le 4 octobre 2005. Il n'est pas raisonnable de donner à entendre que le capitaine Nociar aurait dû faire une telle demande sept mois après que son procès eut commencé.

VIII. Les réparations particulières sont-elles seulement accordées dans des circonstances exceptionnelles?

[34] La Couronne soutient que les arrêts *Corbiere* et *Schachter* énoncent que les réparations particulières devraient uniquement être accordées dans des circonstances exceptionnelles. À mon humble avis, cela représente une interprétation étroite de ces affaires, qui étaient centrées sur des faits qui leur étaient propres. En fait, dans l'arrêt *Corbiere*, au paragraphe 110, la Cour a énoncé le principe général suivant :

Dans la détermination de la réparation convenable, la Cour doit suivre le principe du respect des objectifs visés par la *Charte* et des valeurs qu'elle exprime, ainsi que le principe du respect du rôle du législateur : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux pp. 700 et 701; *Vriend*, précité, au par. 148. Le juge Sopinka a bien exprimé le premier principe dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 104 :

Dans le choix d'une réparation convenable en vertu de la *Charte*, la cour doit veiller avant tout à faire appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte* et à accorder aux victimes d'une atteinte à leurs droits la réparation qui permet le mieux d'atteindre cet objectif. Voilà ce qui découle du rôle de la cour comme gardienne des droits et libertés consacrés dans la loi suprême du Canada. [Je souligne.]

[35] Par conséquent, je ne suis pas persuadée que ce n'est que lorsque des circonstances exceptionnelles sont démontrées qu'une réparation sera accordée. Généralement, lorsqu'il a été déclaré qu'un processus judiciaire a violé des droits garantis par la Charte, une réparation doit être accordée.

IX. L'absence de preuve du préjudice

[36] La Couronne allègue qu'il n'y a pas de preuve que le capitaine Nociar n'a pas eu droit à une audience équitable rendue par un tribunal indépendant et impartial.

the Crown, that there is no evidence of any real prejudice that would warrant a new trial.

[37] I repeat the comment of this Court in *Trépanier*, that findings made by a jury or a panel of military members are those which afford the best protection to an accused. Captain Nociar was not permitted to elect this mode of trial. It follows that he has been prejudiced because his rights, protected by section 7 and subsection 11(d) of the Charter, have been violated.

#### X. The remedy

[38] As referred to above, in *Trépanier* the Court was of the view that the just remedy for the intervenor Beek would be to quash the conviction, the sentence and the convening order and to order a new trial. In my view, given the invalidity of section 165.14 and subsection 165.19(1) of the Act and of paragraph 111.02(1) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, that is the appropriate remedy for Captain Nociar. In the new trial proceeding, Captain Nociar will be entitled to elect his mode of trial.

TRUDEL J.A.: I agree.

MCCAWLEY J.A.: I agree.

#### APPENDIX

Section 165.14 and subsection 165.19(1) of the *National Defence Act* and paragraph 111.02(1) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* read as follows:

##### **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.

...

Il s'ensuit que, selon la Couronne, il n'y a pas de preuve qu'un préjudice réel fut causé qui justifierait d'ordonner un nouveau procès.

[37] Je répète la déclaration de la Cour dans l'arrêt *Trépanier*, selon laquelle les conclusions tirées par un jury ou un comité de militaires sont celles qui assurent la meilleure protection à un accusé. Il n'a pas été permis au capitaine Nociar de choisir son mode de procès. Il s'ensuit qu'un préjudice lui a été causé parce que ses droits garantis par l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte ont été violés.

#### X. La réparation

[38] Comme je l'ai évoqué ci-dessus, dans l'arrêt *Trépanier*, la Cour a estimé que la réparation appropriée pour l'intervenant Beek était d'annuler la déclaration de culpabilité, la peine infligée et l'ordonnance de convocation et d'ordonner un nouveau procès. Selon moi, étant donné l'invalidité de l'article 165.14 et du paragraphe 165.19(1) de la Loi et de l'alinéa 111.02(1) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, il s'agit de la réparation appropriée pour le capitaine Nociar. Dans la procédure du nouveau procès, le capitaine Nociar aura le droit de choisir son mode de procès.

LA JUGE TRUDEL : Je suis d'accord.

LA JUGE MCCAWLEY : Je suis d'accord.

#### ANNEXE

L'article 165.14 et le paragraphe 165.19(1) de la *Loi sur la défense nationale* et l'alinéa 111.02(1) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* sont libellés de la façon suivante :

##### **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.

[...]

**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.

...

**111.02 ...**

(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.”

**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.

[...]

**111.02 [...]**

(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. »