

R. v. Liwyj, 2009 CMAC 1

CMAC 516

Her Majesty the Queen*Appellant,*

v.

Corporal A.E. Liwyj*Respondent.*

Heard: Ottawa, Ontario, March 13, 2009.

Judgment: Ottawa, Ontario, March 27, 2009.

Present: Létourneau, Pelletier and de Montigny JJ.A.

On appeal from the conditional stay of proceedings granted pending the convening of a Standing Court Martial (2008 CM 2012) in accordance with the election of the respondent.

Procedure — Right to choose trier of facts — Canadian Charter of Rights and Freedoms ss. 7, 11(d), 24 — National Defence Act, ss. 83, 165.14, 165.191 — Respondent charged with three counts of disobeying lawful command, contrary to National Defence Act, s. 83 — Appeal herein stemming from Court’s decision in R. v. Trépanier regarding accused’s right to elect form of court martial; also from subsequent passing of Bill C-60 amending in part National Defence Act — In present case, before enactment of Bill C-60, appellant electing that respondent be tried by Disciplinary Court Martial, despite respondent’s wish to be tried by Standing Court Martial — Respondent pleading not guilty before Disciplinary Court Martial — Following issuance of R v. Trépanier, Military Judge dismissing respondent’s request for trial by Standing Court Martial but granting conditional stay of proceedings — Since then, Disciplinary Court Martial abolished by passing of Bill C-60 — Whether Judge erring in law when granting conditional stay of proceedings against respondent until such time as Director of Military Prosecutions referring charges to Court Martial Administrator with request to convene Standing Court Martial in accordance with accused’s election — Parties herein agreeing to consent judgment — Judge having jurisdiction under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24 to acquiesce to respondent’s choice of court by which wanting to be tried — Matter to be tried by Standing Court Martial in accordance with election of respondent — Standing Court Martial to be limited to powers available thereto at

R. c. Liwyj, 2009 CACM 1

CMAC 516

Sa Majesté la Reine*Appelante,*

c.

Caporal A.E. Liwyj*Intimé.*

Audience : Ottawa (Ontario), le 13 mars 2009.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 27 mars 2009.

Devant : Les juges Létourneau, Pelletier et de Montigny, J.C.A.

Appel d’une suspension conditionnelle des procédures jusqu’à ce que la convocation de la cour martiale permanente (2008 CM 2012) conformément au choix de l’intimé.

Procédure — Droit de choisir le juge des faits — Art. 7, 24, 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés — Art. 83, 165.14, 165.191 de la Loi sur la défense nationale — Intimé accusé de trois chefs d’accusation de désobéissance à un ordre légitime, en contravention de l’art. 83 de la Loi sur la défense nationale — Appel découlant de la conclusion de la Cour dans l’arrêt R. c. Trépanier relativement au droit d’un accusé de choisir le type de cour martiale; et de l’adoption du projet de loi C-60 modifiant en partie la Loi sur la défense nationale — En l’espèce, avant l’adoption du projet de loi C-60, l’appelante a choisi de juger l’intimé devant une cour martiale disciplinaire, malgré le fait que celui-ci eut demandé à être jugé par une cour martiale permanente — L’intimé a plaidé non coupable devant une cour martiale disciplinaire — Le juge militaire a rejeté la demande de l’intimé d’être jugé devant une cour martiale permanente, mais a accordé une suspension conditionnelle des procédures suivant l’arrêt R. c. Trépanier — Depuis, la cour martiale disciplinaire a été abolie par l’adoption du projet de loi C-60 — Éventuelle erreur de droit du juge lorsqu’il a accordé la suspension conditionnelle des procédures à l’égard de l’intimé jusqu’à ce que le directeur des poursuites militaires renvoie les accusations à l’administrateur de la cour martiale et demande la constitution d’une cour martiale permanente conformément au choix de l’accusé — Les parties en l’espèce s’entendent sur un jugement sur consentement — Le juge a la compétence, selon l’art. 24 de la Charte canadienne des droits et libertés, pour acquiescer au choix de l’intimé

time of original trial out of fairness to respondent — Appeal allowed.

Constitutional Law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24 — National Defence Act, ss. 165.14 struck down as unconstitutional following Court's decision in R. v. Trépanier regarding accused's right to elect form of court martial, passing of Bill C-60 — Court Martial Judge having jurisdiction under Charter, s. 24 to acquiesce to respondent's choice of court by which wanting to be tried — As appropriate remedy under Charter, s. 24, appellant agreeing to consent to order of Court directing Standing Court Martial not to impose heavier sentence on respondent if found guilty than would have imposed pursuant to limited sentencing powers before powers broadened by Bill C-60 — Remedy agreed to by parties fostering Charter values.

The respondent was charged with three counts of disobeying a lawful command, contrary to section 83 of the *National Defence Act*. The offence contained in section 83 can be serious and carries a maximum penalty of life imprisonment. However, section 83 encompasses a broad range of factual circumstances, and this case lied at the less serious end of that range since the charges involved referred to a failure to carry out a brake adjustment on a beavertail trailer.

The appeal in this case stemmed from the Court Martial Appeal Court's decision in *R. v. Trépanier* regarding an accused's right to elect his form of court martial and the subsequent passing of Bill C-60, *An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act*. In the present instance, the appellant chose a Disciplinary Court Martial. The respondent had sought in vain to obtain a trial before a Standing Court Martial. This was prior to the enactment of Bill C-60. The respondent appeared before the Disciplinary Court Martial on December 11, 2007, and pleaded not guilty. The matter was adjourned until May 27, 2008. The decision in *Trépanier* issued April 24, 2008. Pursuant to that decision, the respondent applied for an order to have his trial by Standing Court Martial. The Judge discharged the panel selected for the Disciplinary Court Martial but also dismissed the respondent's application for a trial by a Standing Court Martial. However, he agreed with the parties that a conditional stay of proceedings was appropriate and issued the stay. Since that time, the Disciplinary Court Martial has been abolished by the passing of Bill C-60. As well, the military offences the respondent was charged with now fall into the category of offences described in the new section 165.191 of the *National Defence Act* for which an accused has no right to elect his mode of trial. Thus, the appellant

quant à la cour chargée de le juger — Affaire devant être entendue par une cour martiale permanente suivant le choix de l'intimé — Les pouvoirs de la cour martiale permanente se limitent à ceux dont elle disposait au moment du procès d'origine par souci d'équité pour l'intimé — Appel accueilli.

Droit constitutionnel — Art. 7, 24, 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés — Art. 165.14 de la Loi sur la défense nationale déclaré inconstitutionnel par la Cour dans l'arrêt R. c. Trépanier concernant le droit d'un accusé de choisir le type de cour martiale, adoption du projet de loi C-60 — Le juge de la cour martiale a la compétence, selon l'art. 24 de la Charte, pour acquiescer au choix de l'intimé de la cour qui sera chargée de le juger — À titre de réparation appropriée suivant l'art. 24 de la Charte, l'appelante consent à une ordonnance de notre Cour enjoignant à la cour martiale permanente de ne pas imposer une peine plus sévère à l'intimé, s'il est reconnu coupable, qu'elle lui aurait imposée avant l'élargissement de ses pouvoirs de détermination de la peine en vertu du projet de loi C-60 — Réparation acceptée par les parties au motif qu'elle fait la promotion des valeurs de la Charte.

L'intimé a été accusé de trois chefs d'accusation de désobéissance à un ordre légitime en contravention de l'article 83 de la *Loi sur la défense nationale*. L'infraction prévue à l'article 83 peut être grave et comporte une peine pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à vie. L'article 83 touche une vaste gamme de circonstances factuelles. En l'espèce, les faits se situent à l'extrémité la moins grave, puisque les accusations portaient sur le défaut de réaliser un ajustement des freins d'une remorque à porte-à-faux incliné.

L'appel en l'espèce découle de l'arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale dans l'affaire *R. c. Trépanier* portant sur le droit d'un accusé de choisir le type de cour martiale qui le jugera et de l'adoption subséquente du projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence*. En l'espèce, l'appelante a choisi une cour martiale disciplinaire. L'intimé a demandé, en vain, d'être jugé devant une cour martiale permanente. Le tout s'est déroulé avant l'adoption du projet de loi C-60. L'intimé a comparu devant la cour martiale disciplinaire le 11 décembre 2007 et a plaidé non coupable. Le dossier a été ajourné au 27 mai 2008. L'arrêt *Trépanier* a été rendu le 24 avril 2008. À la suite de celui-ci, l'intimé a demandé une ordonnance afin d'obtenir un procès devant une cour martiale permanente. Le juge a décomposé la cour martiale disciplinaire constituée pour entendre l'affaire, et a également rejeté la demande de l'intimé à être jugé devant une cour martiale permanente. Toutefois, il a souscrit à la position des parties et ordonné la suspension conditionnelle des procédures. La cour martiale disciplinaire a été abolie depuis l'adoption du projet de loi C-60. De plus, les infractions militaires dont l'intimé était accusé relèvent maintenant des infractions décrites au nouvel article 165.191 de la *Loi sur la défense nationale*, lequel prévoit que l'accusé ne peut choisir le mode de procès. En conséquence, l'appelante s'est opposée à

objected to the condition imposed and attached by the Judge to the conditional stay of proceedings, i.e. that the Director in effect consents to a trial by a Standing Court Martial.

The main issue was whether the Judge erred in law when he granted a conditional stay of the proceedings against the respondent until such time as the Director of Military Prosecutions referred the charges to the Court Martial Administrator with a request to convene a Standing Court Martial in accordance with the election of the accused.

Held: Appeal allowed.

Since the parties agreed to a consent judgment, there was no need to review the Court Martial's decision in this case. Nevertheless, the Judge had the jurisdiction under section 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to acquiesce to the respondent's choice of court by which he wished to be tried. Subsection 165.191(2) of the *National Defence Act* allows an accused charged with a serious offence of the exclusive jurisdiction of the General Court Martial the possibility of being tried by a Standing Court Martial if both the accused and the Director consent in writing. Both parties agreed to consent to the election provided for in that subsection. As well, the appellant agreed to consent, as an appropriate remedy under section 24 of the Charter, to an order of the Court directing the Standing Court Martial not to impose a heavier sentence on the respondent, if found guilty, than it would have imposed pursuant to the limited sentencing powers that it had before their broadening by Bill C-60. The order at issue would reflect and be consistent with the choice originally made by the Director to try the respondent before a court (Disciplinary Court Martial) that possessed the same limited sentencing powers as the then Standing Court Martial. Finally, the remedy agreed to by the parties fostered the values of the Charter.

Therefore, the appeal was allowed and the Court Martial's decision was set aside. In accordance with the consent to judgment, the Court Martial Administrator was ordered to convene a Standing Court Martial to try the respondent on the charges preferred on February 22, 2007. Moreover, the sentencing powers of the Standing Court Martial were restrained to impose a punishment which could not exceed dismissal with disgrace and imprisonment for less than two years.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bill C-60, *An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act*, 39th Parl., 2nd Sess., 2008.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

la condition imposée par le juge à la suspension conditionnelle des procédures, c.-à-d. que le directeur consente à un procès devant une cour martiale permanente.

La principale question à trancher portait à savoir si le juge a commis une erreur de droit lorsqu'il a accordé une suspension conditionnelle des procédures intentées contre l'intimé jusqu'à ce que le directeur des poursuites militaires renvoie les chefs d'accusation à l'administrateur de la cour martiale et demande la constitution d'une cour martiale permanente conformément au choix de l'accusé.

Arrêt : Appel accueilli.

Les parties ont consenti au jugement; en conséquence, il est inutile d'examiner la décision de la cour martiale dans l'espèce. Nonobstant ce qui précède, le juge avait la compétence, selon les termes de l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'acquiescer au choix de l'intimé quant à la cour qui le jugera. Le paragraphe 165.191(2) de la *Loi sur la défense nationale* permet à une personne accusée d'un chef d'accusation grave relevant de la compétence exclusive de la cour martiale générale de choisir d'être jugée par une cour martiale permanente si l'accusé et le directeur y consentent par écrit. Les deux parties ont consenti au choix prévu par ce paragraphe. De plus, à titre de mesure de réparation appropriée selon l'article 24 de la Charte, l'appelante a consenti à ce que la Cour rende une directive à l'intention de la cour martiale permanente lui enjoignant de ne pas imposer à l'intimé, s'il était reconnu coupable, une peine plus sévère qu'elle lui aurait imposée avant l'élargissement de ses pouvoirs limités d'imposition de peine par le projet de loi C-60. L'ordonnance en cause correspondrait ainsi au choix d'origine du directeur de poursuivre l'intimé devant une cour (la cour martiale disciplinaire) disposant des mêmes pouvoirs limités d'imposition de peine que la cour martiale permanente de l'époque. Finalement, la réparation acceptée par les parties faisait la promotion des valeurs de la Charte.

En conséquence, l'appel a été accueilli et la décision de la cour martiale a été annulée. La Cour a ordonné, selon les modalités du jugement sur consentement, à l'administrateur de la cour martiale de constituer une cour martiale permanente pour juger l'intimé quant aux chefs d'accusation déposés le 22 février 2007. De plus, les pouvoirs de la cour martiale permanente, au chapitre de la détermination de la peine, ont été restreints afin que la sanction, le cas échéant, ne soit pas plus sévère que la destitution ignominieuse et une peine d'emprisonnement de moins de deux ans.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 83, 165.14 (abrogé, L.C. 2008, ch. 29, art. 6), 165.191, 165.192, 165.193.

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 83, 165.14 (repealed by S.C. 2008, c. 29, s. 6), 165.191, 165.192, 165.193.

Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence*, 39^e lég., 2^e sess., 2008.

CASES CITED

Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 203, 173 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Langlois*, 2001 CMAC 3, 6 C.M.A.R. 236; *R. v. Nociar*, 2008 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 260; *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 180 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 32672).

JURISPRUDENCE CITÉE

Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203, 173 D.L.R. (4th) 1; *R. c. Langlois*, 2001 CACM 3, 6 C.A.C.M. 236; *R. c. Nociar*, 2008 CACM 7, 7 C.A.C.M. 260; *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, 7 C.A.C.M. 180 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la cour : 32672).

COUNSEL

Major Marylène Trudel, for the appellant.
Lieutenant-Commander Pascal Lévesque, for the respondent.

AVOCATS

Major Marylène Trudel, pour l'appelante.
Capitaine de corvette Pascal Lévesque, pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

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

LÉTOURNEAU J.A.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.

I. The issue in this appeal

I. La question en litige dans le présent appel

[1] Did Lamont J. (Judge) err in law when he granted a conditional stay of the proceedings against the respondent until such time as the Director of Military Prosecutions (Director) refers the charges to the Court Martial Administrator with a request to convene a Standing Court Martial in accordance with the election of the accused? This was the issue to be argued in this appeal.

[1] La question en litige dans le présent appel était la suivante : le juge Lamont (le juge) a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a accordé une suspension conditionnelle des poursuites contre l'intimé jusqu'à ce que le directeur des poursuites militaires (le directeur) renvoie les actes d'accusation à l'administrateur de la cour martiale et lui demande de convoquer une cour martiale permanente en conformité avec le choix de l'accusé?

[2] However, at the hearing, after a useful exchange with the members of the panel, the parties have agreed to file a consent to judgment seeking from the Court an order that embodies the terms of that consent.

[2] Toutefois, à l'audience, après un débat fructueux avec les membres de la formation de la Cour, les parties se sont mises d'accord pour déposer un consentement à jugement par lequel elles demandent à la Cour de rendre une ordonnance qui contient les modalités de ce consentement.

[3] In order to understand the consent and the judgment to follow, it is necessary to provide some background information.

[3] Pour comprendre le consentement et le jugement qui va suivre, il est nécessaire de prendre connaissance de certains renseignements sur le contexte de l'affaire.

II. Background information, facts and proceedings

[4] The appeal is part of the fall-out from the decision of this Court in *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 180 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 32672), and the subsequent passing of Bill C-60, *An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act* (39th Parl., 2nd Sess., 2008). The Bill received royal assent on June 18, 2008 and came into force on July 18, 2008 (S.C. 2008, c. 29).

[5] Prior to the most recent amendments, section 165.14 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (Act) gave the military prosecution the right to choose the court martial before which an accused's trial would be held.

[6] In *Trépanier*, above, this Court found that the choice of the mode of trial, in the sense of choosing the court before which a trial would be held, conferred a tactical advantage upon the party given that choice. Given to the prosecution, this tactical advantage violated an accused's constitutional right to a full answer and defence embodied in the constitutional right to a fair trial guaranteed by paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). It also violated the principles of fundamental justice guaranteed by section 7 of the Charter. This Court, therefore, found the provision to be unconstitutional and, consequently, of no force and no effect.

[7] In striking down section 165.14 of the Act, our Court was aware there were a few pending prosecutions that would be affected by the ruling. It, therefore, proposed a simple and efficient remedy to deal with these cases.

[8] Where the court had already been selected by the Director, the Military Judge simply had to put the accused to an election. It was anticipated that in the majority of the few outstanding instances, the accused would most likely adopt the Director's choice. Where the choice of the court had still not been made, the solution was even simpler: put the accused to an election and convene the court he selected.

II. Le contexte, les faits et la procédure

[4] L'appel fait partie des retombées de l'arrêt de la Cour dans *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, 7 C.A.C.M. 180 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la cour : 32672), et de l'adoption ultérieure du projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence* (39^e lég., 2^e sess., 2008). Le projet de loi a reçu la sanction royale le 18 juin 2008 et la loi est entrée en vigueur le 18 juillet 2008 (L.C. 2008, ch. 29).

[5] Avant ces toutes récentes modifications, l'article 165.14 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la Loi), donnait au directeur le droit de choisir la cour martiale devant laquelle le procès de l'accusé se tiendrait.

[6] Dans l'arrêt *Trépanier*, précité, la Cour a conclu que le choix du mode de procès, au sens du droit de choisir la cour devant laquelle le procès se tiendrait, donnait un avantage tactique à la partie qui bénéficiait de ce choix. Lorsqu'il était donné à la poursuite, cet avantage tactique violait le droit constitutionnel de l'accusé à une réponse et défense complète, partie intégrante de son droit constitutionnel à un procès équitable garanti par l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). Cela violait aussi les principes de justice fondamentale protégés par l'article 7 de la Charte. Par conséquent, la Cour a conclu que cette disposition était inconstitutionnelle et, donc, inopérante.

[7] Lorsqu'elle a déclaré que l'article 165.14 de la Loi était inopérant, la Cour savait qu'il existait quelques poursuites en instance qui seraient touchées par sa décision. Par conséquent, elle a proposé un moyen simple et efficace de s'occuper de ces cas.

[8] Lorsque la cour avait déjà été choisie par le directeur, le juge militaire avait simplement à offrir le choix à l'accusé. On s'attendait à ce que, dans la majorité des quelques poursuites en instance, l'accusé adopte simplement le choix du directeur. Lorsque le choix de la cour n'avait pas encore été fait, la solution était encore plus simple : offrir à l'accusé le choix et convoquer la cour qu'il aurait choisie.

[9] In the present instance, a court martial was convened by the Court Martial Administrator in accordance with the choice that the then section 165.14 authorized the Director to make. The Director chose a Disciplinary Court Martial and the convening order reflected that choice.

[10] At the time the respondent was charged, the Disciplinary Court Martial was a court composed of a judge and a panel of three military peers. Its sentencing power, however, was similar to the limited sentencing power of a Standing Court Martial, a court presided over by a judge alone. The maximum sentence which these two courts could impose was dismissal with disgrace and imprisonment for less than two years.

[11] Before Parliament enacted Bill C-60, the respondent sought in vain to obtain a trial before a Standing Court Martial. The convening order was issued on August 23, 2007. The respondent's appearance before the Judge was scheduled for December 11, 2007. On that date, the respondent pleaded not guilty to the three charges against him.

[12] The Disciplinary Court Martial was adjourned until May 27, 2008. On April 24, 2008, this Court issued its decision in *Trépanier*, above. Pursuant to that decision, the respondent applied on May 20, 2008 for an order to have his trial held before a Standing Court Martial instead of the Disciplinary Court Martial chosen by the Director.

[13] On May 28, 2008, the Judge discharged the panel selected for the Disciplinary Court Martial. He also dismissed the respondent's application for a trial by a Standing Court Martial. He then heard submissions from the parties on the appropriateness of issuing a conditional stay of the proceedings and issued the stay.

[14] As previously mentioned, however, subsequent to the *Trépanier* decision, Parliament legislated to reduce the number of courts martial from four to two. The Special Court Martial and the Disciplinary Court Martial were abolished, leaving in place only the General Court Martial and the Standing Court Martial. In addition, the

[9] Dans la présente affaire, une cour martiale avait été convoquée par l'administrateur de la cour martiale selon le choix que l'ancien article 165.14 autorisait le directeur à faire. Le directeur avait choisi une cour martiale disciplinaire et l'ordre de convocation reflétait ce choix.

[10] Lorsque l'intimé a été accusé, la cour martiale disciplinaire était composée d'un juge et d'un comité de trois pairs militaires. Toutefois, son pouvoir d'infliger des peines était semblable au pouvoir, limité, d'infliger des peines d'une cour martiale permanente qui, elle, était présidée par un juge seul. La peine maximale que chacune de ces deux cours pouvaient infliger était la destitution ignominieuse et un emprisonnement de moins de deux ans.

[11] Avant que le Parlement adopte le projet de loi C-60, l'intimé avait tenté en vain d'obtenir un procès devant une cour martiale permanente. L'ordre de convocation a été signé le 23 août 2007. La comparution de l'intimé devant le juge était prévue pour le 11 décembre 2007. À cette date, l'intimé a plaidé non coupable aux trois chefs d'accusation portés contre lui.

[12] La cour martiale disciplinaire fut ajournée jusqu'au 27 mai 2008. Le 24 avril 2008, la Cour a rendu l'arrêt *Trépanier*, précité. À la suite de cet arrêt, l'intimé a présenté une demande, le 20 mai 2008, pour que son procès se tienne devant une cour martiale permanente au lieu de la cour martiale disciplinaire choisie par le directeur.

[13] Le 28 mai 2008, le juge a dissous le comité choisi pour la constitution de la cour martiale disciplinaire. Le juge a aussi rejeté la demande de l'intimé d'un procès devant une cour martiale permanente. Il a ensuite entendu les observations des parties sur l'opportunité d'ordonner une suspension conditionnelle de l'instance et il a ordonné cette suspension.

[14] Toutefois, comme je l'ai mentionné ci-dessus, à la suite de l'arrêt *Trépanier*, le législateur a décidé de réduire le nombre de cours martiales de quatre à deux. La cour martiale spéciale et la cour martiale disciplinaire ont été abolies; il ne restait donc plus que la cour martiale générale et la cour martiale permanente. De plus,

legislation eliminated the limitations on the sentencing powers of the Standing Court Martial such that both Courts now possess the same sentencing powers.

[15] In its attempt to implement the *Trépanier* decision regarding the choice of the mode of trial, Parliament created categories of offences similar to those found in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. At one end of the spectrum, there are serious military offences and serious *Criminal Code* offences for which the court before which the trial will be held is determined by the Act. An accused who commits these offences must have his trial held before a General Court Martial: see section 165.191 of the Act.

[16] At the other end of the spectrum, an accused who commits service offences, i.e. military offences, *Criminal Code* offences and other federal statutory offences, of a less serious nature is similarly forced to have his trial held before a pre-determined court, in this case the Standing Court Martial: see section 165.192 of the Act.

[17] For any other service offence not falling into these two categories, the accused is given an election. He may choose judge alone (Standing Court Martial) or judge with a panel of five military peers (General Court Martial): see section 165.193 of the Act.

[18] The Bill was expeditiously processed by Parliament pursuant to allegations that the military prosecution system would break down or come to a halt unless urgent and immediate legislative measures were enacted. While remedial measures were eventually needed to ensure the fairness of an accused's trial, these measures have aggravated the situation of the accused and deprived him of his right to choose his trial court pursuant to the *Trépanier* decision.

[19] In the case at bar, the respondent was charged pursuant to section 83 of the Act with three counts of disobeying a lawful command. On conviction, he is liable to imprisonment for life or to a lesser punishment.

le législateur a aboli les limites au pouvoir d'infliger des peines de la cour martiale permanente de telle sorte que les deux cours ont maintenant le même pouvoir d'infliger des peines.

[15] Dans sa tentative de mettre en œuvre les enseignements de la décision *Trépanier* relativement au choix du mode de procès, le législateur a créé des catégories d'infractions semblables à celles qui se trouvent dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. À un bout de l'éventail, il y a les infractions militaires graves et les infractions graves au *Code criminel*, pour lesquelles la cour devant laquelle le procès devra se tenir est déterminée par la Loi. La personne accusée de ces infractions verra son procès se tenir devant une cour martiale générale : voir l'article 165.191 de la Loi.

[16] À l'autre bout de l'éventail, l'accusé qui commet une infraction d'ordre militaire, c'est-à-dire une infraction militaire, une infraction au *Code criminel* ou toute autre infraction à une loi fédérale d'une nature moins grave, est de façon semblable obligé de voir son procès se tenir devant une cour déterminée à l'avance; dans ce cas, il s'agit de la cour martiale permanente : voir l'article 165.192 de la Loi.

[17] Pour toute autre infraction d'ordre militaire qui n'entre pas dans les deux catégories que je viens de décrire, l'accusé a le choix. Il peut choisir un juge seul (cour martiale permanente) ou un juge siégeant avec un comité de cinq pairs militaires (cour martiale générale) : voir l'article 165.193 de la Loi.

[18] Le projet de loi a été examiné à la hâte par le Parlement suite à des allégations selon lesquelles le régime de poursuite militaire s'effondrerait ou serait interrompu à moins que des mesures législatives soient prises de façon urgente. Bien que des mesures correctives aient été par la suite requises pour garantir l'équité procédurale à l'accusé, ces mesures ont aggravé la situation de l'accusé et l'ont privé de son droit de choisir conformément à l'arrêt *Trépanier* la cour qui jugera son affaire.

[19] En l'espèce, l'intimé était accusé, en application de l'article 83 de la Loi, de trois chefs de désobéissance à un ordre légitime. S'il était déclaré coupable, il serait passible d'une peine maximale d'emprisonnement à

As a result of the July 2008 amendments brought to the Act, these military offences now fall into the category of offences described in the new section 165.191 for which an accused has no right to elect his mode of trial. Hence the appellant's objection to the condition imposed and attached by the Judge to the conditional stay of proceedings, i.e. that the Director in effect consents to a trial by a Standing Court Martial. She submits in her memorandum of facts and law that this condition cannot now legally be fulfilled by the Director and the Court Martial Administrator.

III. The charges against the respondent

[20] Section 83 creates a military offence. It punishes disobedience to a lawful command. In a hierarchical organization like the military where great emphasis is put on discipline and obedience, a charge under section 83 is a very serious one. The maximum sentence of life imprisonment provided by Parliament indicates the objective gravity that it attaches to the offence.

[21] However, in terms of the actual gravity, the charge is also misleading. This stems from the fact that the terms "[d]isobedience of lawful command" is quite encompassing. They cover a broad spectrum of refusals, ranging from a refusal to sweep the floor to a refusal to participate in an assault against an enemy while under fire.

[22] Because the offence is punishable with life imprisonment, a charge under section 83 carries a serious stigma and has a significant impact on the career of a member of the Forces. It is only through the details of the charge, not easily accessible to the public, that one familiar with the process can determine whether the charge of disobeying a lawful command was with respect to a serious matter or not. In the general public, disobeying a lawful command will generally be perceived as something highly reprehensible while in a given case the refusal or failure to obey may in fact be in relation to a relatively minor, if not petty matter.

perpétuité. En raison des modifications apportées à la Loi en juillet 2008, ces infractions d'ordre militaire entrent maintenant dans la catégorie des infractions décrites au nouvel article 165.191, pour lesquelles l'accusé n'a pas le droit de choisir son mode de procès. Ce qui explique l'opposition de l'appelante à la condition imposée par le juge pour la suspension conditionnelle de l'instance, c'est-à-dire que le directeur consente effectivement à un procès qui se tienne devant une cour martiale permanente. Dans son mémoire des faits et du droit, l'appelante soutient que cette condition ne peut pas être légalement respectée par le directeur et par l'administrateur de la cour martiale.

III. Les accusations contre l'intimé

[20] L'article 83 crée une infraction d'ordre militaire. Il prévoit une sanction en cas de désobéissance à un ordre légitime. Dans une organisation hiérarchisée comme les forces armées où l'accent est mis sur la discipline et l'obéissance, une accusation portée en application de l'article 83 est très grave. La peine maximale d'emprisonnement à perpétuité que le législateur a prévue révèle la gravité objective que le législateur accorde à l'infraction.

[21] Toutefois, en ce qui a trait à la gravité réelle, l'accusation est aussi trompeuse. Cela découle du fait que l'expression « [d]ésobéissance à un ordre légitime » est très générale. Elle vise un large éventail de refus, qui va du refus de balayer le plancher au refus de prendre part à un assault contre l'ennemi alors que l'on est soi-même attaqué.

[22] Comme l'infraction est punissable d'un emprisonnement à perpétuité, une accusation portée en application de l'article 83 s'accompagne d'une grande stigmatisation et elle a une incidence importante sur la carrière d'un militaire. C'est seulement grâce à la description du chef d'accusation, qui n'est pas facilement accessible au public, que l'habitué de ce genre de procédure peut déterminer si l'accusation de désobéissance à un ordre légitime avait trait à une affaire grave ou non. Aux yeux du grand public, la désobéissance à un ordre légitime sera généralement perçue comme étant quelque chose d'extrêmement répréhensible alors que, dans un cas particulier, le refus d'obéir peut en fait être lié à une affaire relativement mineure, voire insignifiante.

[23] In the present instance, the actual charges of disobeying a lawful command refer to a failure to carry out a brake adjustment on a beavertail trailer.

[24] It is in this context that the debate about the respondent's right to elect his mode of trial took place.

IV. The decision under review

[25] There is no need to review the decision of the Court Martial since the parties have agreed on the terms of a consent to judgment. I would say this however. In my respectful view, the Judge had the jurisdiction under section 24 of the Charter to acquiesce to the respondent's choice of court by which he wished to be tried.

[26] Subsection 165.191(2) of the Act allows an accused charged with a serious offence of the exclusive jurisdiction of the General Court Martial the possibility of being tried by a Standing Court Martial if both the accused and the Director consent in writing:

Convening General Court Martial

165.191 (1) The Court Martial Administrator shall convene a General Court Martial if any charge preferred against an accused person on a charge sheet is

- (a) an offence under this Act, other than under section 130 or 132, that is punishable by imprisonment for life;
- (b) an offence punishable under section 130 that is punishable by imprisonment for life; or
- (c) an offence punishable under section 130 that is referred to in section 469 of the *Criminal Code*.

Consent to be tried by Standing Court Martial

(2) An accused person who is charged with an offence referred to in subsection (1) may, with the written consent

[23] Dans la présente affaire, les accusations de désobéissance à un ordre légitime avaient trait en fait au refus d'effectuer l'ajustement des freins d'une remorque à porte-à-faux incliné.

[24] C'est dans ce contexte que le débat autour du droit de l'intimé de choisir son mode de procès a eu lieu.

IV. La décision soumise au contrôle

[25] Il n'y a pas lieu d'examiner la décision de la cour martiale, puisque les parties se sont mises d'accord sur les modalités du consentement à jugement. Toutefois, j'aimerais dire ceci. À mon humble avis, le juge avait compétence, en application de l'article 24 de la Charte, d'acquiescer au choix de l'intimé de la cour devant laquelle il souhaitait que son procès se tienne.

[26] Le paragraphe 165.191(2) de la Loi permet à la personne accusée d'une infraction grave qui relève de la compétence exclusive de la cour martiale générale d'avoir la possibilité de voir son procès se tenir devant une cour martiale permanente, si à la fois l'accusé et le directeur y consentent par écrit :

Cour martiale générale — convocation

165.191 (1) L'administrateur de la cour martiale convoque une cour martiale générale dans le cas où l'une ou l'autre des infractions dont la personne est accusée dans l'acte d'accusation est :

- a) soit une infraction prévue par la présente loi — autre que celles visées aux articles 130 et 132 — qui est passible de l'emprisonnement à perpétuité;
- b) soit une infraction punissable en vertu de l'article 130 qui est passible d'une peine d'emprisonnement à perpétuité;
- c) soit une infraction punissable en vertu de l'article 130 qui est visée à l'article 469 du *Code criminel*.

Consentement — procès devant une cour martiale permanente

(2) La personne accusée d'une infraction visée au paragraphe (1) peut être jugée par une cour martiale permanente

of the accused person and that of the Director of Military Prosecutions, be tried by Standing Court Martial. [Emphasis added.]

si elle-même et le directeur des poursuites militaires y consentent par écrit. [Je souligne.]

Both parties have agreed to consent to the election provided for in this subsection.

Les deux parties se sont mises d'accord pour consentir au choix dont il est question dans ce paragraphe.

[27] Moreover, in fairness to the respondent, counsel for the appellant has agreed to consent, as an appropriate remedy under section 24 of the Charter, to an order of this Court directing the Standing Court Martial not to impose a heavier sentence on the respondent, if found guilty, than it would have imposed pursuant to the limited sentencing powers that it had before their broadening by Bill C-60. This is an option that was envisaged by this Court in *R. v. Langlois*, 2001 CMAC 3, 6 C.M.A.R. 236. If necessary, rather than ordering a stay of proceedings, our Court would have restrained the Court Martial to imposing the penalty that could have been imposed if the accused had been judged by summary trial and found guilty.

[27] En outre, par souci d'équité pour l'intimé, l'avocate de l'appelante a donné son accord pour consentir, comme réparation appropriée au regard de l'article 24 de la Charte, à ce que la Cour rende une ordonnance enjoignant à la cour martiale permanente de ne pas infliger à l'intimé une peine plus lourde, s'il est déclaré coupable, que celle qu'elle aurait pu infliger dans les limites du pouvoir d'infliger des peines qu'elle avait avant que ce pouvoir soit élargi par le projet de loi C-60. Il s'agit là d'un choix que la Cour avait envisagé dans l'arrêt *R. c. Langlois*, 2001 CACM 3, 6 C.A.C.M. 236. Si cela avait été nécessaire, plutôt que d'ordonner une suspension de l'instance, la Cour aurait pu limiter les pouvoirs de la cour martiale à l'imposition de la peine qui aurait pu être infligée si l'accusé avait été déclaré coupable à l'issue d'un procès sommaire.

[28] This order would reflect and be consistent with the choice originally made by the Director to try the respondent before a court (the Disciplinary Court Martial) which, as previously mentioned, possessed the same limited sentencing powers as the then Standing Court Martial. In addition, the order would mirror both the objective and the subjective gravity that, in choosing a Disciplinary Court Martial, the Director envisaged for the offences allegedly committed by the respondent.

[28] L'ordonnance refléterait de façon cohérente le choix qui avait été fait à l'origine par le directeur de poursuivre l'intimé devant une cour (la cour martiale disciplinaire) qui, comme je l'ai dit précédemment, possédait les mêmes pouvoirs limités en matière d'imposition des peines que ceux de l'ancienne cour martiale permanente. De plus, l'ordonnance serait le reflet de la gravité à la fois objective et subjective que, par son choix de la cour martiale disciplinaire, le directeur attribuait aux infractions dont l'intimé était accusé.

[29] Finally, the remedy agreed to by the parties fosters the values of the Charter. As Dawson J.A. wrote in *R. v. Nociar*, 2008 CMAC 7, 7 C.M.A.C. 260, at paragraph 34, quoting the Supreme Court of Canada in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paragraph 110:

[29] Enfin, la solution sur laquelle les deux parties se sont mises d'accord respecte les valeurs de la Charte. Comme la juge Dawson l'a écrit au paragraphe 34 de l'arrêt *R. c. Nociar*, 2008 CACM 7, 7 C.A.C.M. 260, où elle citait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, au paragraphe 110 :

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

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.*

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.]

V. Conclusion

[30] For these reasons, I would allow the appeal and set aside the decision of Lamont J. In accordance with the consent to judgment filed with this Court, I would order the Court Martial Administrator to convene a Standing Court Martial to try the respondent on the charges preferred on February 22, 2007 by Captain R.J. Henderson.

[31] As an additional measure which best vindicates the values expressed in the Charter and remedies the breach of the respondent's Charter rights in the present instance, I would restrain the sentencing power of the Standing Court Martial to imposing a punishment which cannot exceed dismissal with disgrace and an imprisonment for less than two years.

PELLETIER J.A.: I agree.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

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.]

V. Conclusion

[30] Pour les motifs énoncés ci-dessus, j'accueillerais l'appel et j'annulerais la décision du juge Lamont. En conformité avec le consentement à jugement déposé devant la Cour, je rendrais une ordonnance enjoignant à l'administrateur de la cour martiale de convoquer une cour martiale permanente pour juger l'intimé des accusations portées le 22 février 2007 par le capitaine R.J. Henderson.

[31] Comme mesure additionnelle qui reflète le mieux les valeurs énoncées dans la Charte et qui constitue une réparation de la violation dans la présente affaire des droits de l'intimé protégés par la Charte, je limiterais le pouvoir d'infliger des peines de la cour martiale permanente à la destitution ignominieuse et à un emprisonnement de moins de deux ans.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Je suis d'accord.