

R. v. MacLellan, 2011 CMAC 5

CMAC 546

**Her Majesty the Queen**

*Appellant,*

v.

**Captain (retired) J.C. MacLellan**

*Respondent.*

Heard: Ottawa, Ontario, October 21, 2011.

Judgment: Ottawa, Ontario, October 28, 2011.

Present: Letourneau J.A., Pelletier J.A. and Dawson J.A.

Appeal by the Prosecutor of the decision of a military judge allowing the Respondent to re-elect his mode of trial on May 20, 2011, at Canadian Forces Base Halifax, Nova Scotia.

*Election of Trier — Accused has the right to elect trier of fact — Accused has the right to re-elect once up to 30 days prior of the date of commencement — Accused has the right to re-elect at any time with written consent of Director of Military Prosecutions — There is no substitution for written consent.*

*Preliminary Inquiries — No preliminary inquiry owed where charges purely disciplinary.*

The respondent was charged with three offences under section 85 of the *National Defence Act*, after using insulting language in speaking with his superior officer. Notice was given under subsection 165.193(2) of the *National Defence Act* informing the respondent of his right to elect mode of trial. The respondent failed to elect and thus was deemed to have selected trial by General Court Martial. During proceedings before the General Court Martial, the respondent sought to re-elect trial by Standing Court Martial. The prosecution opposed the motion, refusing consent. The military judge allowed the motion, thereafter sitting as a Standing Court Martial.

*Held:* Appeal allowed.

When charged with an electable offence, the accused has a right to elect mode of trial, to re-elect once up to 30 days prior to the date of commencement, and to re-elect at any time with written consent of the Director of Military Prosecutions. To give meaning to section 165.193 of the *National Defence Act*, the consent of the Director of Military Prosecutions must

R. c. MacLellan, 2011 CACM 5

CMAC 546

**Sa Majesté la Reine**

*Appelante,*

c.

**Capitaine (à la retraite) J.C. MacLellan**

*Intimé.*

Audience : Ottawa (Ontario), le 21 octobre 2011.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 28 octobre 2011.

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

Appel interjeté par le procureur d'une décision rendue par un juge militaire permettant à l'intimé de choisir un nouveau mode de procès le 20 mai 2011 à la Base des Forces canadiennes Halifax (en Nouvelle-Écosse).

*Choix du mode de procès — L'accusé a le droit de choisir le juge des faits — L'accusé a le droit de modifier son choix jusqu'à 30 jours avant le début du procès — L'accusé a le droit de modifier son choix à tout moment, avec le consentement écrit du directeur des poursuites militaires — Rien ne saurait remplacer le consentement écrit.*

*Enquêtes préliminaires — Les accusations purement disciplinaires ne donnent pas lieu à une enquête préliminaire.*

L'intimé a été inculpé de trois chefs d'accusation en application de l'article 85 de la *Loi sur la défense nationale*, après avoir verbalement insulté son officier de rang supérieur. Il a reçu un avis selon les termes du paragraphe 165.193(2) de la *Loi sur la défense nationale* l'informant de son droit de choisir son mode de procès. L'intimé a omis d'effectuer son choix, ainsi, il était réputé avoir choisi de subir un procès devant une cour martiale générale. L'intimé a choisi d'être jugé par une cour martiale permanente durant les procédures précédant le procès devant la cour martiale générale. La poursuite s'est opposée à ce choix par voie de requête, et a refusé d'y consentir. Le juge militaire a accueilli la requête, puis a siégé comme cour martiale permanente.

*Arrêt :* Appel accueilli.

L'accusé a été inculpé d'un chef d'accusation lui permettant de choisir le mode du procès et de changer ce choix jusqu'à 30 jours précédant la date du procès. Il peut modifier son choix à tout moment avec le consentement écrit du directeur des poursuites militaires. En outre, en application de l'article 165.193 de la *Loi sur la défense nationale*, le directeur

be obtained in order to elect after commencement of the trial. There is no substitute for written consent. The military judge erred in effectively assuming the role of the Court Martial Administrator by reconvening himself as a Standing Court Martial. As to the issue of a preliminary inquiry, none is owed to the accused where the charges are purely disciplinary in nature.

des poursuites militaires doit fournir son consentement si l'accusé décide de choisir son mode de procès après le début de celui-ci. Rien ne peut remplacer le consentement écrit. Le juge militaire a commis une erreur en jouant dès lors le rôle de l'administrateur des cours martiales et en décidant de siéger comme cour martiale permanente. En ce qui concerne l'enquête préliminaire, aucune n'est due à l'accusé lorsque les accusations sont purement disciplinaires.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d).  
*Military Rules of Evidence*, C.R.C., c. 1049 s. 15.  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 85, 165.193, 179(1).  
*Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O, online: <https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/policies-standards/queens-regulations-orders.html>).

#### CASES CITED

*Canada (Military Prosecutions) v. Canada (Chief Military Judge)*, 2007 FCA 390, 370 N.R. 351; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, 44 N.R. 103; *R. v. Brisson*, 2008 CM 3004, 2008 CarswellNat 2843; *R. v. MacLean*, 2002 NSSC 283, 210 N.S.R. (2d) 150; *R. v. MacLellan*, CMAC-546, 14 June 2011; *R. v. Ng*, 2003 ABCA 1, 173 C.C.C. (3d) 349; *R. v. Strong*, 2008 CM 3019, 2008 CarswellNat 1618; *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 180 (leave leave to appeal to SCC refused, Court file number: 32672); *Subilomar Properties v. Cloverdale*, [1973] S.C.R. 596, 35 D.L.R. (3d) 1.

#### COUNSEL

*Lieutenant-Colonel J.A.M. Léveillé, Commander Martin Pelletier*, for the appellant.  
*Kevin A. MacDonald*, for the respondent.

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

LÉTOURNEAU J.A.

#### I. Issues on appeal

[1] This appeal concerns the respondent's right to make a new choice as to his mode of trial on three charges of

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11d).  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 85, 165.193, 179(1).  
*Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/ministere-defense-nationale/organisation/politiques-normes/ordonnances-reglements-royaux.html>).  
*Règles militaires de la preuve*, C.R.C., ch. 1049, art. 15.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

*Canada (Directrice des poursuites militaires) c. Canada (Juge militaire en chef)*, 2007 CAF 390, 370 N.R. 351; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, 44 N.R. 103; *R. c. Brisson*, 2008 CM 3004, 2008 CarswellNat 3471; *R. v. MacLean*, 2002 NSSC 283, 210 N.S.R. (2<sup>d</sup>) 150; *R. c. MacLellan*, CMAC-546, 14 Juin 2011; *R. v. Ng*, 2003 ABCA 1, 173 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 349; *R. c. Strong*, 2008 CM 3019, 2008 CarswellNat 2114; *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, 7 C.A.C.M. 180 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la cour : 32672); *Subilomar Properties c. Cloverdale*, [1973] R.C.S. 596, 35 D.L.R. (3<sup>d</sup>) 1.

#### AVOCATS

*Lieutenant-colonel J.A.M. Léveillé, Commandant Martin Pelletier*, pour l'appelante.  
*Kevin A. MacDonald*, pour l'intimé.

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.

#### I. Les questions soulevées en appel

[1] Le présent appel porte sur le droit de l'intimé de choisir un nouveau mode de procès pour les trois accusations

having used insulting language to a superior officer contrary to section 85 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (Act).

[2] At issue is the interpretation of section 165.193 of the Act which reads:

**165.193** (1) An accused person may choose to be tried by General Court Martial or Standing Court Martial if a charge is preferred and sections 165.191 and 165.192 do not apply.

(2) The Court Martial Administrator shall cause the accused person to be notified in writing that he or she may make a choice under subsection (1).

(3) If the accused person fails to notify the Court Martial Administrator in writing of his or her choice within 14 days after the day on which the accused person is notified under subsection (2), the accused person is deemed to have chosen to be tried by General Court Martial.

(4) The accused person may, not later than 30 days before the date set for the commencement of the trial, make a new choice once as of right, in which case he or she shall notify the Court Martial Administrator in writing of the new choice.

(5) The accused person may also, with the written consent of the Director of Military Prosecutions, make a new choice at any time, in which case he or she shall notify the Court Martial Administrator in writing of the new choice.

(6) If charges are preferred jointly and all of the accused persons do not choose — or are not deemed to have chosen — to be tried by the same type of court martial, they must be tried by a General Court Martial.

(7) The Court Martial Administrator shall convene a General Court Martial or Standing Court Martial in accordance with this section. [Emphasis added.]

[3] As a result of the military judge (judge) granting the respondent's application for re-election from trial before a General Court Martial to a Standing Court Martial, this Court is called upon to adjudicate on the following questions:

(a) Did the judge err in law in interpreting section 165.193 of the Act and concluding that it did not apply to, and in the circumstances of, this case?

dont il a fait l'objet pour avoir insulté verbalement un supérieur, en contravention de l'article 85 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la Loi).

[2] Le litige porte sur l'interprétation de l'article 165.193 de la Loi, qui dispose :

**165.193** (1) La personne accusée peut choisir d'être jugée par une cour martiale générale ou une cour martiale permanente si la mise en accusation est prononcée et les articles 165.191 et 165.192 ne s'appliquent pas.

(2) L'administrateur de la cour martiale fait informer l'accusé par écrit qu'il peut faire le choix prévu au paragraphe (1).

(3) Si l'accusé n'avise pas par écrit l'administrateur de la cour martiale de son choix dans les quatorze jours suivant le jour où il est informé au titre du paragraphe (2), il est réputé avoir choisi d'être jugé par une cour martiale générale.

(4) L'accusé peut de droit, au plus tard trente jours avant la date fixée pour l'ouverture de son procès, faire une seule fois un nouveau choix, auquel cas il en avise par écrit l'administrateur de la cour martiale.

(5) Il peut aussi, avec le consentement écrit du directeur des poursuites militaires, faire un nouveau choix à tout moment, auquel cas il en avise par écrit l'administrateur de la cour martiale.

(6) Dans le cas où des accusations sont prononcées conjointement, si tous les accusés ne choisissent pas — ou ne sont pas réputés avoir choisi — d'être jugés par la même cour martiale, ils sont jugés par une cour martiale générale.

(7) L'administrateur de la cour martiale convoque une cour martiale générale ou une cour martiale permanente conformément au présent article. [Je souligne.]

[3] Comme le juge militaire (le juge) a accueilli la demande de l'intimé qui souhaitait faire un nouveau choix afin d'être jugé par une cour martiale permanente plutôt qu'une cour martiale générale, notre Cour est appelée à répondre aux questions suivantes :

a) Le juge a-t-il commis une erreur de droit lors de l'interprétation de l'article 165.193 de la Loi en concluant que cette disposition ne s'appliquait pas aux circonstances de l'affaire?

- (b) Did the judge err in law in giving the respondent a right to re-elect his mode of trial in the absence of consent from the prosecution?
- (c) Did the judge err in law in terminating the proceedings of the General Court Martial and continuing to try the charges as a Standing Court Martial?
- b) Le juge a-t-il commis une erreur de droit en autorisant l'intimé à faire un nouveau choix quant au mode de procès sans le consentement de la poursuite?
- c) Le juge a-t-il commis une erreur de droit en mettant fin à l'instance devant la cour martiale générale et en poursuivant l'instruction des accusations à titre de cour martiale permanente?

[4] In answer to the appellant's grounds of appeal, the respondent submits that the appellant is estopped from pursuing her appeal because she agreed to the transfer of the case to the Standing Court Martial. In all other respects, he supports the decision of the judge. At the hearing, however, counsel for the respondent on behalf of his client requested a stay of the proceedings before the court martial with costs throughout. I shall also deal with this request.

[4] En réponse aux motifs d'appel soulevés par l'appellante, l'intimé fait valoir que le principe de la préclusion empêche celle-ci de poursuivre son appel puisqu'elle a consenti à ce que le procès soit transféré à la cour martiale permanente. Il appuie la décision du juge à tous les autres égards. Cependant, à l'audience, l'avocat de l'intimé a demandé au nom de son client que l'instance devant la cour martiale soit suspendue et que les dépens lui soient adjugés dans toutes les cours. Je traiterai également de cette demande.

[5] For reasons which follow, I believe this appeal should be allowed. A brief summary of the facts and history of the proceedings is in order for a better understanding of the issues.

[5] Pour les motifs qui suivent, j'estime que le présent appel devrait être accueilli. Un résumé rapide des faits et de l'historique de l'instance s'impose pour mieux comprendre les questions en litige.

## II. Facts and history of the proceedings

## II. Les faits et l'historique de l'instance

[6] Allegedly the respondent said to his superior on July 24, 2010, in the course of a heated verbal exchange, the following word or words to that effect:

[6] Le 24 juillet 2010, l'intimé aurait déclaré ce qui suit, ou quelque chose de ce genre, à son supérieur lors d'une discussion animée :

“What the fuck are you doing sending emails to Navy guys?”

[TRADUCTION]

« Qu'est-ce que tu fous à envoyer des courriels à des gars de la Marine? »

“Go fuck yourself”, and

« Va te faire foutre. »

“You're fucking everything up, nobody knows what the fuck is going on around here.”

« Tu es en train de tout fourrer, personne n'a une crisse d'idée de ce qui se passe ici. »

[7] Charges were laid on November 29, 2010. Pursuant to subsection 165.193(2) of the Act, the respondent was advised of his right to elect his mode of trial. Having failed to do so within the prescribed time, he was deemed to have chosen trial by a General Court Martial pursuant to subsection 165.193(3) of the Act. A judge was assigned to preside at that court martial.

[7] Des accusations ont été portées le 29 novembre 2010. Conformément au paragraphe 165.193(2) de la Loi, on a informé l'intimé qu'il avait le droit de choisir son mode de procès. Ne l'ayant pas fait dans le délai prescrit, il était réputé avoir choisi d'être jugé par une cour martiale générale en vertu du paragraphe 165.193(3) de la Loi. Un juge a été désigné pour présider cette cour martiale.

[8] The respondent sought on February 18, 2011 and obtained on February 25, 2011 an adjournment of the proceedings to April 4, 2011. A convening order for a General Court Martial to be held on April 4, 2011 was issued. On March 1, 2011, the Court Martial Administrator issued an “Order to Assemble” to the officers she had selected and appointed as members of the General Court Martial for the trial of the respondent.

[9] The proceedings of the General Court Martial began as scheduled on April 4, 2011. After a lengthy exchange between counsel, a decision was made to conduct as a preliminary matter a *voir-dire* as to the admissibility of a statement allegedly made by the respondent.

[10] Thereafter followed a discussion about a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) application based on an abuse of process which allegedly resulted in a violation of the respondent’s right to security guaranteed by section 7 of said Charter. The judge ruled that the Charter application would be heard in the absence of the panel. He indicated his intention to send the members of the panel home, to be recalled at a later date.

[11] It is at that time that counsel for the respondent inquired about the possibility of re-electing for trial before the same judge sitting alone. There was some uncertainty as to the procedure to be followed for a possible re-election at that stage of the process.

[12] Chief among the concerns expressed was whether the consent of the prosecution was necessary for a valid re-election. At that time, no formal application for re-election was made by counsel for the respondent.

[13] On April 16, prior to the judge retiring to decide the Charter application, counsel for the respondent indicated that he might seek re-election for a trial before judge alone, i.e. a Standing Court Martial.

[14] On April 20, counsel for the respondent filed a revised Notice of Application seeking an order permitting him to re-elect trial by a Standing Court Martial. The application was made pursuant to subsection 179(1) of the

[8] Le 18 février 2011, l’intimé a demandé que l’instance soit ajournée jusqu’au 4 avril 2011, ce qui lui a été accordé le 25 février 2011. On a ordonné qu’une cour martiale générale soit convoquée le 4 avril 2011. Le 1<sup>er</sup> mars 2011, l’administrateur de la cour martiale a remis aux officiers qu’il avait choisis et nommés comme membres de la cour martiale générale un « ordre de convocation » en vue du procès de l’intimé.

[9] L’instance devant la cour martiale générale a débuté comme prévu le 4 avril 2011. Après un long échange entre les avocats, on a décidé de tenir un voir-dire pour régler la question préliminaire de l’admissibilité en preuve d’une déclaration prêtée à l’intimé.

[10] On a débattu ensuite d’une demande fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) en rapport avec un abus de procédure ayant supposément entraîné une violation du droit de l’intimé à la sécurité garanti par l’article 7 de la Charte. Le juge a décidé que cette demande serait entendue en l’absence du comité et a fait part de son intention de libérer les membres, pour les rappeler à une date ultérieure.

[11] C’est à ce moment-là que l’avocat de l’intimé s’est informé de la possibilité de changer de mode de procès de manière à ce que son client soit jugé par le même juge siégeant seul. Il y avait des incertitudes quant à la procédure à suivre en vue d’un tel changement à ce stade du processus.

[12] Parmi les incertitudes, la principale était de savoir si le consentement de la poursuite était nécessaire pour que le nouveau choix soit valide. L’avocat de l’intimé n’a pas alors présenté de demande formelle pour faire un nouveau choix.

[13] Le 16 avril, avant que le juge ne se retire pour statuer sur la demande fondée sur la Charte, l’avocat de l’intimé a indiqué qu’il songeait à faire un nouveau choix afin que l’intimé soit jugé par un juge siégeant seul, c’est-à-dire par une cour martiale permanente.

[14] Le 20 avril, l’avocat de l’intimé a déposé un avis de demande modifié pour obtenir une ordonnance autorisant son client à choisir d’être jugé par une cour martiale permanente. La demande se fondait sur le

Act and sections 7 and 11 of the Charter. Section 179 of the Act gives a court martial the same powers and rights as are vested in a superior court of criminal jurisdiction with respect to matters regarding the attendance of witnesses, the production of documents and the enforcement of its orders. In the case at bar, the respondent was invoking paragraph (d) which gives the court martial residual powers and rights with respect to “all other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction”.

[15] Counsel for the respondent also requested that he be authorized to use at trial by a Standing Court Martial all the evidence tendered or elicited during the *voir-dire* and the Charter application.

[16] Relying on subsection 165.193(5) of the Act, the prosecution refused to consent to a re-election and provided no reasons for its refusal to consent. It also opposed the request that the evidence gathered at the *voir-dire* and Charter application be filed at trial.

[17] Before addressing the question of re-election, the judge dismissed the Charter application based on abuse of process, but concluded that the prosecution had not established beyond reasonable doubt on the *voir-dire* that the alleged statement was voluntarily made.

[18] On the issue of re-election, the judge ruled that section 165.193 of the Act did not apply in the circumstances of this case. Relying on previous decisions he had rendered (*R. v. Strong*, 2008 CM 3019 and *R. v. Brisson*, 2008 CM 3004) as well as on the decision of our Court in *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 180 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 32672) (*Trépanier*), he concluded that the respondent’s right to full answer and defence and to control the conduct of his defence entitled him to a re-election as of right, i.e. without the consent of the prosecution.

[19] The judge issued an order allowing the respondent to re-elect trial by a Standing Court Martial, but dismissing the respondent’s request to file in the main trial the evidence adduced on the *voir-dire* and the abuse of process application.

paragraphe 179(1) de la Loi et sur les articles 7 et 11 de la Charte. L’article 179 confère aux cours martiales, pour la comparution des témoins, la production des pièces et l’exécution de ses ordonnances, les mêmes attributions qu’une cour supérieure de juridiction criminelle. En l’espèce, l’intimé invoquait l’alinéa d) qui attribue à la cour martiale des pouvoirs se rapportant à « toutes autres questions relevant de sa compétence ».

[15] L’avocat de l’intimé a également demandé qu’il lui soit permis d’utiliser durant le procès devant la cour martiale permanente toute la preuve produite ou obtenue durant le *voir-dire* et la demande fondée sur la Charte.

[16] S’appuyant sur le paragraphe 165.193(5) de la Loi, la poursuite a refusé de consentir à un nouveau choix, sans motiver cette décision. Elle s’est aussi opposée à la requête pour que la preuve recueillie lors du *voir-dire* et de la demande fondée sur la Charte soit déposée au procès.

[17] Avant d’aborder la question du nouveau choix, le juge a rejeté la demande fondée sur la Charte concernant l’abus de procédure, mais a conclu que la poursuite n’avait pas établi au-delà de tout doute raisonnable lors du *voir-dire* que la déclaration alléguée était volontaire.

[18] En ce qui concerne le nouveau choix, le juge a conclu que l’article 165.193 de la Loi ne s’appliquait pas aux circonstances de l’espèce. Se fondant sur certaines de ses propres décisions antérieures (*R. c. Strong*, 2008 CM 3019, et *R. c. Brisson*, 2008 CM 3004) et sur celle de notre 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), le juge a conclu que le droit de l’intimé de présenter une défense pleine et entière et de contrôler la conduite de sa défense lui permettait de faire un nouveau choix de droit, c’est-à-dire sans le consentement de la poursuite.

[19] Le juge a rendu une ordonnance autorisant l’intimé à faire un nouveau choix afin d’être jugé par une cour martiale permanente, mais a refusé sa demande de déposer la preuve produite lors du *voir-dire* et de la demande sur l’abus de procédure lors du procès principal.

[20] The respondent re-elected to be tried by a Standing Court Martial. The judge, as of then, sat as President of a Standing Court Martial. Counsel for the prosecution did not object to the respondent entering a plea of not guilty before the Standing Court Martial. Nor did he object to the judge conducting the trial and taking judicial notice of the facts and matters contained in rule 15 of the *Military Rules of Evidence*, C.R.C., C. 1049 s. 15.

[21] The hearing was then adjourned to June 6, 2011. Five days prior to the date set for the hearing, the prosecutor filed the present appeal. On June 6, he sought but was refused by the judge an adjournment of the proceedings pending the appeal. The next day, the Attorney General applied in the Federal Court for an order prohibiting the judge from proceeding with the Standing Court Martial's trial of the respondent. The Federal Court declined to hear the application because an appeal was already pending before our Court. It left it to us to issue an interim stay of the proceedings if appropriate.

[22] Pursuant to an application made on June 10 to our Court, an order issued on June 14 suspending the proceedings before the Standing Court Martial until a decision is rendered on the appeal. Being a Superior Court of Record, our Court invoked its inherent power to prevent that its process be abused, defeated or rendered moot or futile: see *R. v. MacLellan*, CMAC-546, 14 June 2011.

III. Whether the judge erred in law in concluding that section 165.193 of the Act did not apply to, and in the circumstances of, this case and whether consent of the prosecution was necessary for the respondent's re-election

[23] The judge approached the issue in the following manner. He asked himself whether section 165.193 of the Act applied at the stage at which the proceedings before the General Court Martial stood when the re-election application was made. In the affirmative, he would then question the manner in which it should be applied to the case. In the negative, he would proceed to see whether there was in the Act or any other act a

[20] L'intimé a donc fait un nouveau choix afin d'être jugé par une cour martiale permanente. Dès lors, le juge a siégé comme président d'une cour martiale permanente. L'avocat de la poursuite ne s'est pas opposé à ce que l'intimé plaide non coupable devant la cour martiale permanente, ni à ce que le juge préside le procès et prenne connaissance d'office des faits et questions visés à l'article 15 des *Règles militaires de la preuve*, C.R.C., ch. 1049.

[21] L'audience a ensuite été ajournée jusqu'au 6 juin 2011. Cinq jours avant la date prévue pour la reprise, la poursuite a déposé le présent appel. Le 6 juin, le juge a refusé de donner suite à sa demande d'ajourner l'instance en attendant l'issue de l'appel. Le lendemain, le procureur général a demandé à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant au juge d'instruire le procès de l'intimé devant la cour martiale permanente. La Cour fédérale a refusé de se saisir de cette demande, car un appel avait déjà été interjeté devant notre Cour. La Cour fédérale nous a laissé le soin de suspendre provisoirement l'instance, si cela était approprié.

[22] À la suite d'une demande présentée le 10 juin, notre Cour a rendu, le 14 juin, une ordonnance suspendant l'instance devant la cour martiale permanente jusqu'à ce qu'une décision soit rendue relativement à l'appel. Étant une cour supérieure d'archives, notre Cour a invoqué son pouvoir inhérent d'empêcher que l'on abuse de sa procédure, qu'on la déjoue ou qu'on la discrédite : voir *R. c. MacLellan*, CMAC-546, le 14 Juin 2011.

III. Le juge a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que l'article 165.193 de la Loi ne s'appliquait pas aux circonstances de l'affaire? A-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que le consentement du poursuivant n'était pas nécessaire pour que l'accusé fasse un nouveau choix?

[23] Le juge a abordé la question de la manière suivante. Il s'est demandé si l'article 165.193 de la Loi s'appliquait au stade où en était l'instance devant la cour martiale générale lorsque la demande de nouveau choix a été effectuée. Le cas échéant, il allait s'interroger sur la manière dont cette disposition devait s'appliquer en l'espèce. Sinon, il s'emploierait à déterminer si une disposition de la Loi ou de toute autre loi permettait ou

provision which would indicate if the respondent could make a new choice as to his mode of trial.

[24] On the first question, the judge was of the view that section 165.193 of the Act granted an accused the right to elect in certain circumstances, but that the section had no application once a court martial had started in accordance with the convening order. Therefore, the section could not be applied in the present instance. With respect, I believe this conclusion proceeds from a misinterpretation of the provision and its scope of application.

[25] For the sake of convenience, I reproduce again with some underlining, subsections 165.193(4) and (5) of the Act:

(4) The accused person may, not later than 30 days before the date set for the commencement of the trial, make a new choice once as of right, in which case he or she shall notify the Court Martial Administrator in writing of the new choice.

(5) The accused person may also, with the written consent of the Director of Military Prosecutions, make a new choice at any time, in which case he or she shall notify the Court Martial Administrator in writing of the new choice. [Emphasis added.]

[26] It is an undisputed rule that provisions of a section have to be read together so as to place a rational and probable meaning on the section. Each provision must be given a meaning which gives effect to the others rather than a meaning which would render them obsolete or meaningless. “It is of course trite law”, the Supreme Court of Canada wrote in *Subilomar Properties v. Cloverdale*, [1973] S.C.R. 596, at page 603, “that no legislation whether it be by statute or by-law should be interpreted to leave parts thereof mere surplusage or meaningless”.

[27] When section 165.193 of the Act is read as a whole and subsections 165.193(4) and (5) of the Act are read together, with the rest of the section, it becomes obvious that Parliament intended to give an accused, in relation to electable offences:

(a) a right to elect his mode of trial;

non à l’intimé de faire un nouveau choix quant au mode de procès.

[24] En ce qui concerne la première question, le juge a estimé que l’article 165.193 de la Loi accordait à l’accusé le droit de faire un nouveau choix dans certaines circonstances, mais que cette disposition ne s’appliquait plus une fois que la cour martiale avait débuté conformément à l’ordre de convocation. Elle ne pouvait donc pas s’appliquer en l’espèce. Je crois respectueusement que cette conclusion procède d’une mauvaise interprétation de la disposition et de la portée de son application.

[25] Par souci de commodité, je reproduis encore une fois les paragraphes 165.193(4) et (5) de la Loi, en en soulignant certains passages :

(4) L’accusé peut de droit, au plus tard trente jours avant la date fixée pour l’ouverture de son procès, faire une seule fois un nouveau choix, auquel cas il en avise par écrit l’administrateur de la cour.

(5) Il peut aussi, avec le consentement écrit du directeur des poursuites militaires, faire un nouveau choix à tout moment, auquel cas il en avise par écrit l’administrateur de la cour martiale. [Je souligne.]

[26] On ne conteste pas que les dispositions d’un article donné doivent être interprétées ensemble de manière à en dégager le sens probable et rationnel. Chaque disposition doit être interprétée de manière à donner effet aux autres plutôt que de les rendre obsolètes ou les priver de sens. « C’est évidemment un truisme », écrivait la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Subilomar Properties c. Cloverdale*, [1973] R.C.S. 596, à la page 603, « qu’aucune législation, loi ou règlement, ne doit être interprétée de manière que certaines parties en soient considérées comme simplement superflues ou dénuées de sens ».

[27] Lorsqu’on examine l’article 165.193 dans son intégralité et qu’on examine les paragraphes 165.193(4) et (5) conjointement, il paraît évident que le législateur avait l’intention d’accorder à l’accusé, dans le cas d’accusations lui donnant un choix, les trois droits suivants :

a) le droit de choisir son mode de procès;

- (b) a right to make a new choice only once as of right up to 30 days before the date set for the commencement of the trial; and
- (c) thereafter, at any time with the written consent of the Director of Military Prosecutions.
- b) la possibilité, de droit, au plus tard 30 jours avant la date fixée pour l'ouverture de son procès, de faire une seule fois un nouveau choix;
- c) la possibilité de faire un nouveau choix à tout moment par la suite avec le consentement écrit du directeur des poursuites militaires.

[Emphasis added.]

[Je souligne]

[28] In my respectful view, the words “any time” obviously refer to any time after the period mentioned in subsection 165.193(4) of the Act. It is also my opinion that these words, unqualified as they are, contemplate and do not prevent a re-election, even when the trial has commenced, if the prosecution consents to it. There may be valid reasons for the prosecution to consent to a re-election in the course of the proceedings. If Parliament had intended to limit the re-election with consent of the prosecution to any time up to the commencement of the proceedings it would have said so by restraining the words “any time” and qualifying them accordingly or it would have drafted the provision differently.

[28] À mon avis, l'expression « à tout moment » s'entend manifestement de la période postérieure à celle mentionnée au paragraphe 165.193(4). Je pense également que ces termes, qui ne comprennent pas de restriction, permettent un nouveau choix plutôt que d'y faire obstacle, même lorsque le procès a commencé, à condition que la poursuite y consente. La poursuite peut avoir des motifs valables de consentir à un nouveau choix. S'il avait souhaité que l'accusé ne puisse choisir un nouveau mode de procès avec le consentement de la poursuite qu'avant le début de l'instance, le législateur l'aurait précisé en restreignant la portée de l'expression « à tout moment » et en la nuancant en conséquence, ou il aurait rédigé la disposition autrement.

[29] In *R. v. MacLean*, 2002 NSSC 283 (*MacLean*), a case that I brought to the attention of the parties at the hearing, the Nova Scotia Supreme Court allowed a re-election with consent of the Crown even after the accused had pleaded not guilty, been put in the charge of the jury and, legally, the trial had begun. As Hall J. said, relying on the decision of the Supreme Court of Canada in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, where the accused waived the procedural requirements regarding his re-election for trial by judge alone, a trial by jury is for the benefit of the accused and, with the consent of the Crown, the accused can waive that benefit. I see no reason why it could not be the same with a trial by a General Court Martial.

[29] Dans la décision *R. c. MacLean*, 2002 NSSC 283 (*MacLean*), que j'ai portée à l'attention des parties à l'audience, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a autorisé un nouveau choix avec le consentement de la Couronne, même après que l'accusé eut plaidé non coupable, que son sort eut été confié au jury et que le procès eut, du point de vue du droit, commencé. Comme l'a déclaré le juge Hall en s'appuyant sur l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, de la Cour suprême du Canada, affaire dans laquelle l'accusé avait renoncé aux exigences procédurales régissant son nouveau choix pour un procès par un juge siégeant seul, un procès avec jury profite à l'accusé qui peut, avec le consentement de la Couronne, renoncer à cet avantage. Je ne vois pas pourquoi il n'en irait pas de même d'un procès par une cour martiale générale.

[30] The learned judge, however, refrained from deciding whether re-election is permitted when the jury has begun to hear evidence since no evidence had yet been presented to the jury. The factual situation on this issue in the *MacLean* case is similar to ours in the present

[30] Cependant, le juge s'est gardé de décider si on pouvait faire un nouveau choix lorsque le jury a commencé à entendre la preuve, puisque aucun élément de preuve n'avait encore été présenté au jury. Les faits dans la décision *MacLean* sont comparables à ceux en l'espèce.

instance. Though assembled, the panel was dismissed after the application for re-election was made, but before it heard any evidence. Thus, in these circumstances, a re-election would have validly been permitted if the requirement of consent by the prosecution had been met.

[31] Consent of the prosecution to a second re-election by the accused provides a measure of control against judge shopping and abusive re-elections, contributes to the orderly and efficient administration of criminal justice and serves the overall interest of justice while providing, at any time, flexibility in appropriate and deserving cases or unexpected situations. In *R. v. Ng*, 2003 ABCA 1 (*Ng*), at paragraphs 121 and 122, the learned Chief Justice of the Alberta Court of Appeal wrote:

121. This historical review reflects Parliament's efforts to balance competing interests — the interests of the accused on the one hand and the interests of society, including those of victims and witnesses, on the other — in order to preserve a fair and impartial criminal justice system. Where s. 469 offences are concerned, Parliament has determined that the public interest in such crimes does not warrant leaving the decision as to mode of trial in the hands of the accused alone, based solely on the accused's assessment of what is in his or her self-interest. As explained by the Supreme Court of Canada in *R. v. Turpin*, *supra*, at 1309-1310:

The jury serves collective or social interests in addition to protecting the individual. The jury advances social purposes primarily by acting as a vehicle of public education and lending the weight of community standards to trial verdicts ... In both its study paper (*The Jury in Criminal Trials* (1980), at pp. 5-17) and in its report to Parliament (*The Jury* (1982), at p. 5) the Law Reform Commission of Canada recognized that the jury functions both as a protection for the accused and as a public institution which benefits society in its educative and legitimizing roles.

122. However, Parliament has also recognized that, subject to the Attorney General's right to compel a jury trial under s. 568, it is appropriate, for electable offences, to allow the accused alone the ability to select the mode of trial. But even so, Parliament has imposed time limits on

Même si le comité s'était déjà réuni, il avait été libéré après la demande d'un nouveau choix, mais avant la présentation de la preuve. Dans ces circonstances, le nouveau choix aurait été autorisé si on avait satisfait à l'exigence du consentement de la poursuite.

[31] Le consentement de la poursuite à un deuxième nouveau choix de la part de l'accusé est un moyen de faire obstacle à la recherche de juges accommodants et aux nouveaux choix abusifs; il contribue à l'administration méthodique et efficace du système de justice pénale et sert l'intérêt global de la justice tout en permettant, en tout temps, la souplesse dans les cas appropriés et méritants ou dans les situations inattendues. Dans la décision *R. c. Ng*, 2003 ABCA 1 (*Ng*), le juge en chef de la Cour d'appel de l'Alberta a écrit, aux paragraphes 121 et 122 :

[TRADUCTION]

121. Cette analyse historique rend compte des efforts du législateur pour mettre en balance des intérêts contradictoires — les intérêts de l'accusé d'une part et ceux de la société, notamment les victimes et les témoins, d'autre part — afin de préserver un système de justice pénale juste et impartial. En ce qui concerne les infractions visées à l'article 469, le législateur a déterminé que l'intérêt public au regard de tels crimes ne justifiait pas que la décision ayant trait au mode de procès soit laissée dans les seules mains de l'accusé, en tenant exclusivement compte de ce qui est dans l'intérêt de ce dernier. Comme l'expliquait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Turpin*, précité, aux pages 1309 et 1310 :

Le jury joue un rôle collectif ou social en plus d'assurer la protection des individus. Le jury remplit ce rôle social premièrement en servant de moyen d'éducation du public et en incorporant les normes de la société aux verdicts des procès. [...] Aussi bien dans son document de travail intitulé *Le jury en droit pénal* (1980), aux pp. 5 à 17, que dans son rapport au Parlement intitulé *Le jury* (1982), à la p. 5, la Commission de réforme du droit du Canada a reconnu que le jury joue un rôle tant à l'égard de la protection de l'accusé qu'à titre d'institution publique dont la société profite à cause de ses fonctions d'éducation et de légitimation.

122. Cependant, le législateur reconnaît également que, sous réserve du droit du procureur général d'exiger un procès avec jury en application de l'article 568, il convient de permettre à l'accusé de choisir seul le mode de procès pour les infractions donnant droit à un tel choix. Cela dit,

an accused's "as of right" election or re-election in order to avoid its being used as a vehicle for judge shopping as well as to provide procedural certainty in the scheduling of criminal cases. On this latter point, see *R. v. Jerome*, [1997] N.W.T.J. No. 40 (N.W.T. S.C.). [Emphasis added.]

[32] In conclusion, I am of the view that the judge should have applied section 165.193 of the Act, especially subsection (5), to the determination of the respondent's right to re-elect his mode of trial. He would have had to conclude that consent of the prosecution was necessary in the circumstances.

[33] I agree with counsel for the appellant that in granting the respondent, as he did, a right to re-elect as of right, the judge rendered meaningless section 165.193 of the Act and Parliament's attempt to regulate in the interest of justice the election and re-election process. Moreover, if subsection 165.193(5) of the Act is to be given a meaning as I think it should, then the judge's conclusion leads to a result inconsistent with, if not contrary to, the intended legislative scheme. Let me explain these two statements.

[34] Subsection 165.193(5) of the Act imposes as a condition for a second re-election the consent of the prosecution. The judge's conclusion that the respondent's re-election can be made without the consent of the prosecution, in effect, amends the subsection and renders it meaningless in its present form.

[35] If, however, subsection 165.193(5) of the Act really means something, it can only mean in the judge's interpretation of the scheme that the respondent's right to a second re-election is subject to the consent of the prosecution, but only for the period of 30 days which precedes the date set for the commencement of the trial. Thereafter, once the trial has commenced, the consent of the prosecution is no longer required.

[36] This is an undesirable result, first because it runs contrary to the text of the subsection as well as subsection (4) which states that there is only one re-election as of right. It is also undesirable because it eliminates the requirement of the prosecution's consent at the time when it is most needed to prevent judge shopping and

le législateur lui impose de respecter certains délais pour pouvoir, de droit, faire un choix ou un nouveau choix, et ce, afin d'éviter qu'il ne serve de prétexte pour chercher un juge accommodant et afin d'assurer une certitude procédurale dans la mise au rôle des affaires criminelles. Voir sur ce dernier point la décision *R. c. Jerome*, [1997] N.W.T.J. n° 40 (C.S. T.N.-O.). [Je souligne.]

[32] En conclusion, j'estime que le juge aurait dû appliquer l'article 165.193 de la Loi, et en particulier le paragraphe (5), à la décision touchant le droit de l'intimé de faire un nouveau choix quant au mode de procès. Il aurait alors dû conclure que le consentement de la poursuite était nécessaire dans les circonstances.

[33] Je conviens avec l'avocat de l'appelante qu'en permettant comme ici à l'intimé de faire, de droit, un nouveau choix, le juge a vidé l'article 165.193 de son sens et anéanti la tentative du législateur de réglementer le processus de choix et de nouveau choix dans l'intérêt de la justice. De plus, s'il faut interpréter le paragraphe 165.193(5) comme je crois qu'il devrait l'être, la conclusion du juge produit un résultat incompatible avec le régime légal envisagé, voire contraire à ce régime. Je vais expliquer ces deux affirmations.

[34] Le paragraphe 165.193(5) dispose qu'on ne peut faire un second choix qu'avec le consentement de la poursuite. La conclusion du juge voulant que l'intimé puisse faire un nouveau choix sans ce consentement modifie en fait la disposition et la prive de sens dans sa forme actuelle.

[35] Cependant, si le paragraphe 165.193(5) a une véritable portée, il ne peut que vouloir dire, selon l'interprétation préconisée par le juge, que le droit de l'intimé de faire un second choix dépend du consentement de la poursuite, mais uniquement durant la période de 30 jours précédant la date fixée pour le début du procès. Une fois que celui-ci a débuté, le consentement de la poursuite n'est plus requis.

[36] Ce résultat est indésirable, d'abord parce qu'il est contraire au libellé du paragraphe en question et à celui du paragraphe (4), qui dispose qu'on ne peut faire de nouveau choix de droit qu'une seule fois, et ensuite parce qu'il élimine l'exigence du consentement de la poursuite au moment où il est le plus nécessaire pour

ensure the fairness of the trial for both the accused and the prosecution which represents the public interest. In other words, the consequence of the judge's decision is that consent of the prosecution would be required for the 30-day period before the trial commences, but not after the trial has started. As counsel for the appellant rightly puts it, court martial proceedings would then be interlocutory up to and until an accused decides to re-elect as of right, be it at the beginning or in the middle of his trial. This cannot be what Parliament intended and this is not what section 165.193 of the Act provides for.

[37] I previously alluded to the fact that the judge grounded his conclusion on the decision of our Court in the *Trépanier* case, above. I do not think, however, that the decision in *Trépanier* supports the judge's conclusion.

[38] The *Trépanier* case sought to determine who of the accused or the prosecutor is the incumbent of the right to elect when the charges are in relation to electable offences. Our Court ruled that this right was constitutionally required to be given to the accused, not the prosecution, because "the choice of mode of trial partakes of a benefit, an element of strategy or a tactical advantage associated with the right of an accused to present full answer and defence and control the conduct of his or her defence": see *Trépanier*, above, at paragraph 75.

[39] The issue of re-election did not arise in the *Trépanier* case and, therefore, our Court made no pronouncement in that respect. Nor did our Court put in question or in doubt Parliament's right within the confines of the Charter to regulate the conditions governing the exercise of election and re-election rights in the interests of the litigants and justice: see *Ng*, above, at paragraphs 108 to 135. The *Trépanier* case does not stand for the proposition that an accused possesses a right to re-elect his mode of trial without the prosecution's consent after his trial has begun.

[40] To sum up, the factual situation in the present instance was governed by section 165.193 of the Act,

empêcher la recherche d'un juge accommodant et assurer le déroulement équitable du procès, tant pour l'accusé que pour la poursuite, qui représente l'intérêt public. En d'autres mots, la décision du juge signifie que le consentement de la poursuite est requis pour la période de 30 jours avant le début du procès, mais pas après qu'il a commencé. Comme l'a justement fait remarquer l'avocat de l'appelante, les poursuites devant la cour martiale seraient alors interlocutoires jusqu'à ce que l'accusé se prévale du droit de faire un nouveau choix, que ce soit au début ou au milieu du procès. Telle ne peut pas avoir été l'intention du législateur, et ce n'est pas non plus ce que prévoit l'article 165.193.

[37] J'ai fait allusion plus tôt au fait que le juge a fondé sa conclusion sur l'arrêt *Trépanier* de notre Cour, précité. Cependant, je ne crois pas que l'arrêt étaye sa conclusion.

[38] L'arrêt *Trépanier* portait sur la question de savoir qui de l'accusé ou du poursuivant a le droit de choisir le mode de procès lorsque l'accusation porte sur une infraction donnant droit à un tel choix. Notre Cour a conclu que ce droit devait, d'un point de vue constitutionnel, être accordé à l'accusé, et non à la poursuite, car « le choix du mode de procès participe d'un bénéfice, d'un élément de stratégie ou d'un avantage tactique associé au droit d'un accusé de contrôler la conduite de sa défense et d'exercer son droit à une défense pleine et entière » : voir *Trépanier*, précité, au paragraphe 78.

[39] La question d'un nouveau choix ne se posait pas dans l'arrêt *Trépanier*; la Cour ne s'est donc pas prononcée là-dessus. Elle n'a pas non plus remis en doute ou en question le droit du législateur de réglementer, dans les limites imposées par la Charte, les conditions régissant l'exercice du droit de faire un choix ou un nouveau choix dans l'intérêt des parties au litige et de la justice : voir *Ng*, précité, aux paragraphes 108 à 135. L'arrêt *Trépanier* n'appuie pas l'affirmation selon laquelle l'accusé a le droit de faire un nouveau choix quant au mode de procès sans le consentement de la poursuite, une fois son procès commencé.

[40] Pour résumer, les faits de l'espèce sont régis par l'article 165.193, et en particulier par le paragraphe (5).

especially subsection (5). No re-election is to be permitted without the consent of the Director of Military Prosecutions. I will now address the respondent's allegation that the prosecution consented to the re-election and is estopped from pursuing its appeal.

IV. Whether the prosecution consented to a trial by a Standing Court Martial and is, therefore, estopped from pursuing the present appeal

[41] Subsection 165.193(5) of the Act requires for a consent to re-election to be effective that it be given in writing. There is no substitute for a written consent. The same issue arose in the *Ng* case, above, in the same circumstances as those in our instance. I endorse the following statements made by Wittmann J.A. at paragraphs 69 to 71 of his reasons for judgment on the issue of the Crown's ability to appeal the trial's judge ruling on the re-election issue. They are apposite in our case and dispositive of the issue.

69. Before discussing the appropriate remedy, it is necessary to address the Crown's ability to pursue this appeal. The respondent argued that because the Crown proceeded with the trial by judge alone and did not formally state an objection on the record, the Crown has waived its ability to dispute the judge's ruling on the re-election issue. This proposition is untenable.

70. First, the Crown's objection to re-election was made sufficiently clear by its refusal to consent, its refusal to provide reasons, and its argument on the issue before the trial judge prior to the commencement of the trial.

71. Second, the parties are aware that interlocutory appeals are rarely entertained in criminal cases. The Crown had no choice other than to proceed with the trial. The respondent suggested the Crown should have elected to call no evidence, argued its appeal, and then proceeded with a new trial. This suggestion is sufficiently answered by L'Heureux-Dubé J. in *Power* where she stated at 12:

It may well be that a Court of Appeal might find abuse of process in a case where the Crown refuses to continue

Aucun nouveau choix ne peut être fait sans le consentement du directeur des poursuites militaires. J'aborderai maintenant l'allégation de l'intimé selon laquelle la poursuite a consenti au nouveau choix et le principe de la préclusion l'empêche de poursuivre son appel.

IV. La poursuite a-t-elle consenti à un procès devant la cour martiale permanente et le principe de la préclusion l'empêche-t-elle donc de poursuivre le présent appel?

[41] D'après le paragraphe 165.193(5), le consentement au nouveau choix de mode de procès doit être écrit. Rien ne saurait remplacer le consentement écrit. La même question s'est posée dans la décision *Ng*, précitée, dans des circonstances identiques à celles qui nous occupent. Je souscris aux déclarations du juge Wittmann, aux paragraphes 69 à 71 de ses motifs de jugement, sur la question du droit de la Couronne à interjeter appel de la décision du juge de première instance sur le nouveau choix. Ces propos sont pertinents en l'espèce et nous permettent de trancher la question dont nous sommes saisis.

[TRADUCTION]

69. Avant de débattre du redressement approprié, il convient de s'intéresser au droit de la Couronne de poursuivre le présent appel. L'intimé a fait valoir que la Couronne avait renoncé à contester la décision du juge sur la question du nouveau choix, puisqu'elle a poursuivi le procès devant un juge seul et qu'elle ne s'est pas formellement opposée. On ne peut accepter cette affirmation.

70. Premièrement, le refus de la Couronne de consentir, et de fournir des motifs, et les arguments qu'elle a présentés sur la question devant le juge de première instance avant le début du procès, démontraient assez clairement l'objection de la Couronne au nouveau choix.

71. Deuxièmement, les parties savent bien que les appels interlocutoires sont rares dans les affaires criminelles. La Couronne n'avait d'autre choix que de poursuivre le procès. L'intimé a laissé entendre que la Couronne aurait dû choisir de ne présenter aucune preuve, défendre le bien-fondé de son appel, puis entamer un nouveau procès. La juge L'Heureux-Dubé répond de manière satisfaisante à cette prétention dans l'arrêt *Power* où elle déclarait, au paragraphe 12 :

Il se peut fort bien qu'une cour d'appel conclue à un abus de procédure lorsque le ministère public refuse,

a trial, despite sufficient evidence to found a verdict, for the sole purpose of obtaining an interlocutory appeal on an adverse ruling. Such an appeal would not be available to the accused in the parallel situation, and the accused would be forced to undergo an unnecessary second trial. As such, a case might be made that the Crown's conduct constitutes an unfair and abusive exercise of the prosecutorial discretion conferred upon it.

V. Whether the judge erred in law in terminating the proceedings before the General Court Martial and continuing to try the charges as a Standing Court Martial

[42] Although called a Standing Court Martial, the said Court has no standing since, like the General Court Martial, it does not exist as a permanent court. It functions on an *ad hoc* basis. Every time charges are laid, the court has to be convened, and the Presiding judge sworn in, to address these specific charges: see *Canada (Military Prosecutions) v. Canada (Chief Military Judge)*, 2007 FCA 390.

[43] Notwithstanding proposals to reform the courts martial organization with a view to creating permanent courts, the *ad hoc* system still prevails and is reflected in section 165.192 and subsections 165.191(1) and 165.193(7) of the Act.

[44] Subsection 165.193(7) of the Act is relevant to our case as it imposes a duty on the Court Martial Administrator to convene either a General Court Martial or a Standing Court Martial in accordance with the accused's choice of mode of trial. Thus had the prosecution consented to the second re-election sought by the respondent, notice in writing of the new choice would have been sent to the Court Martial Administrator pursuant to subsection 165.193(5) of the Act. As required by subsection 165.193(7) of the Act, the Court Martial Administrator would then have had to convene a court martial accordingly.

[45] We understand that the judge was trying to improve the efficiency of the process. However, in view of the existing legislative scheme, he could neither assume

pour le seul motif de loger un appel interlocutoire d'une décision défavorable, de continuer un procès même s'il existe une preuve suffisante pouvant appuyer un verdict. L'accusé n'aurait pas droit à ce genre d'appel dans une situation parallèle et il serait forcé inutilement de subir un second procès. Dans un tel cas, il serait peut-être possible d'établir que la conduite du ministère public constitue un exercice inéquitable et abusif du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré en matière de poursuite.

V. Le juge a-t-il commis une erreur de droit en mettant fin à l'instance devant la cour martiale générale et en poursuivant le procès à titre de cour martiale permanente?

[42] Bien qu'on l'appelle « cour martiale permanente », cette cour n'a pas de permanence puisque, comme la cour martiale générale, elle n'a pas d'existence permanente. Elle fonctionne de manière *ad hoc*. Chaque fois que des accusations sont portées, la cour doit être convoquée, et le juge qui préside la cour doit prêter serment pour examiner les accusations en question : voir *Canada (Directeur des poursuites militaires) c. Canada (Administrateur de la Cour martiale)*, 2007 CAF 390.

[43] Malgré les propositions de réforme de l'organisation des cours martiales afin de créer des cours permanentes, le système *ad hoc* prévaut encore, comme en témoignent l'article 165.192 et les paragraphes 165.191(1) et 165.193(7) de la Loi.

[44] Le paragraphe 165.193(7) est pertinent en l'espèce puisqu'il oblige l'administrateur de la cour martiale de convoquer une cour martiale générale ou une cour martiale permanente, selon le mode de procès retenu par l'accusé. Ainsi, si la poursuite avait consenti au deuxième nouveau choix de l'intimé, l'administrateur de la cour martiale aurait reçu l'avis écrit prévu au paragraphe 165.193(5). Comme l'exige le paragraphe 165.193(7), l'administrateur de la cour martiale aurait dès lors été tenu de convoquer une cour martiale.

[45] Nous acceptons que le juge cherchait à améliorer l'efficacité du processus. Cependant, compte tenu du régime légal actuel, il ne pouvait ni remplir la fonction

the function of the Court Martial Administrator nor dispense with the need to convene, according to law, an otherwise non-existent Standing Court Martial.

[46] As a result of the process followed before the court martial, the lack of consent to that process and the absence of a convening order duly issued by the Court Martial Administrator to establish a Standing Court Martial, proceedings held before the judge sitting as a Standing Court Martial were conducted without jurisdiction and, therefore, a nullity. Consent of both parties would not have remedied this jurisdictional defect since it is a well established legal principle that litigants cannot by consent confer upon a court or a judge a jurisdiction that it or he does not possess at law. The actual structure of the military courts still appears overly formalistic and perhaps not as efficient as it could be if the two courts were permanent. However, this is the structure in place and, unless it is changed or struck down, the provisions governing that structure have to be followed.

VI. Whether this Court should issue a stay of the proceedings before the Court Martial

[47] At paragraph 60 of his Memorandum of Fact and Law, counsel for the appellant suggested that “all proceedings against John MacLellan [be] stayed, with costs throughout”. However, this question of a stay was not framed as an issue on appeal in Part II of the respondent’s memorandum entitled ISSUES: see paragraph 40 of the respondent’s Memorandum of Fact and Law. Nor was a stay solicited as a relief in Part IV entitled RELIEF SOUGHT. Indeed, paragraphs 103 of Part IV and 41 of Part II were consistent in seeking solely as relief that the appeal be dismissed with costs.

[48] Counsel for the respondent expressed to us in no uncertain way his unhappiness with the manner in which the process unfolded before the court martial, especially the prosecution’s refusal to consent to a re-election and the prosecution’s challenges of the judge’s decision to permit re-election. He also complained of the fact that he was deprived of the benefit of a preliminary inquiry.

de l’administrateur de la cour martiale, ni passer outre à la nécessité de convoquer, conformément à la Loi, la cour martiale permanente qui n’existait pas jusqu’alors.

[46] En raison de la procédure suivie devant la cour martiale, de l’absence de consentement à cette procédure et de l’absence d’ordre de convocation dûment délivré par l’administrateur de la cour martiale pour établir une cour martiale permanente, l’instance qui s’est déroulée devant le juge siégeant en guise de cour martiale permanente a été instruite sans compétence : elle est donc nulle. Le consentement des deux parties n’y aurait rien changé, car un principe juridique bien établi veut que l’accord des parties ne peut conférer à une cour ou à un juge une compétence qu’il ne possède pas en vertu de la loi. La structure des tribunaux militaires semble encore excessivement formelle et peut-être moins efficace qu’elle pourrait l’être si les deux cours étaient permanentes. Cependant, c’est la structure existante et, à moins d’être modifiées ou abolies, les dispositions qui la régissent doivent être respectées.

VI. La Cour devrait-elle suspendre l’instance devant la cour martiale?

[47] Au paragraphe 60 de son mémoire des faits et du droit, l’avocat de l’appelante a suggéré que [TRADUCTION] « toutes les procédures contre John MacLellan soient suspendues, avec dépens dans toutes les cours ». Cependant, la question d’un sursis ne figure pas dans la partie II du mémoire d’appel de l’intimé, intitulée [TRADUCTION] « QUESTIONS EN LITIGE » : voir le paragraphe 40 du mémoire des faits et du droit de l’intimé. Aucun sursis n’a d’ailleurs été demandé dans la partie IV intitulée [TRADUCTION] « REDRESSEMENT DEMANDÉ ». En fait, le paragraphe 103 de la partie IV et le paragraphe 41 de la partie II s’accordent pour réclamer un seul redressement : le rejet de l’appel avec dépens.

[48] L’avocat de l’intimé nous a clairement exprimé son mécontentement quant à la manière dont s’est déroulée la procédure devant la cour martiale, et en particulier le fait que la poursuite ait refusé de consentir au nouveau choix et qu’elle ait contesté la décision du juge d’autoriser un nouveau choix. Il s’est également plaint d’avoir été privé du bénéfice d’une enquête préliminaire. La réponse

The short answer to this complaint is that the charges are of a purely disciplinary nature. If his client was facing these charges before a civilian disciplinary board or tribunal, there would be no preliminary inquiry either. Moreover, the charges are straightforward and of limited complexity, involving only two persons having a heated exchange. His complaint in this respect is a red herring.

[49] In assessing respondent's counsel's contentions that the process was inefficient and unfair and therefore abusive, it should not be lost sight of the fact that the whole sequence of events originated from his client. First, the respondent when duly invited to make an election as to his mode of trial failed to do so. According to law, he was deemed to have elected the best mode of trial, i.e. a General Court Martial.

[50] Later on, during a teleconference held on January 6, 2011, the respondent acknowledged that he failed to communicate his choice as he had been invited to do, but recognized that he wanted to be tried by a General Court Martial.

[51] From then on, up to 30 days before the date set for the commencement of the trial which was eventually postponed to April 4, 2011, the respondent could make a new choice as of right pursuant to subsection 165.193(4) of the Act. He did not avail himself of the benefit of that subsection. Of course, after that time-frame he needed the consent of the prosecution.

[52] Until he applied for a re-election which he was erroneously granted, the proceedings unfolded before the court of his choice with the usual risks associated with his choice of mode of trial. It is hard to see up to this point any abuse of the process by the prosecution regarding the election as to the mode of trial, especially since the election process was conducted according to law.

[53] It would therefore seem that the abuse of process claimed by the respondent is, in effect, rooted in the prosecution's refusal to consent to a re-election and to provide reasons for such refusal. The prosecution is given under subsection 165.193(5) of the Act a discretionary power to consent which, like other discretionary powers,

simple à cette plainte est que les accusations sont de nature purement disciplinaire. Si son client faisait face à des accusations devant une commission disciplinaire ou un tribunal civil, il n'y aurait pas d'enquête préliminaire non plus. De plus, les accusations sont simples et peu complexes : elles ne visent que deux personnes ayant une discussion animée. Les doléances de l'avocat de l'intimé à cet égard sont une diversion.

[49] Pour soupeser les arguments de l'avocat de l'intimé voulant que la procédure ait été inefficace et injuste et donc abusive, nous ne devons pas perdre de vue que toute la séquence des événements a été le fait de son client. Tout d'abord, l'intimé n'a pas choisi son mode de procès après avoir été invité à le faire. D'après la Loi, il était réputé avoir choisi le meilleur mode de procès, c'est-à-dire une cour martiale générale.

[50] Ensuite, pendant une téléconférence déroulée le 6 janvier 2011, l'intimé a admis qu'il n'avait pas communiqué son choix comme on le lui avait demandé, mais il a reconnu qu'il souhaitait être jugé par une cour martiale générale.

[51] Dès ce moment-là, et jusqu'à 30 jours avant la date fixée pour l'ouverture du procès, qui a finalement été reportée au 4 avril 2011, l'intimé pouvait se prévaloir de son droit de faire un nouveau choix conformément au paragraphe 165.193(4) de la Loi. Il ne l'a pas fait. Bien entendu, passé ce délai, il devait obtenir le consentement de la poursuite.

[52] Jusqu'à sa demande de nouveau choix, qui a été accueillie à tort, l'instance s'est déroulée devant la cour qu'il avait choisie, avec les risques que son choix de tribunal comporte normalement. Il est difficile de déceler jusqu'à ce stade le moindre abus de procédure de la part de la poursuite en ce qui a trait au choix du mode de procès, d'autant plus que cette procédure a été menée conformément à la Loi.

[53] Il semble donc que l'abus de procédure invoqué par l'intimé découle en réalité du refus de la poursuite de consentir à un nouveau choix et de motiver cette décision. Le paragraphe 165.193(5) de la Loi confère à la poursuite le pouvoir discrétionnaire de consentir; comme les autres pouvoirs discrétionnaires, celui-ci ne peut

cannot be used capriciously or arbitrarily. We have not been referred to any evidence in the record which would sustain an allegation of the above nature.

[54] The prosecution's answer to the respondent's allegation is that the respondent engaged in judge shopping as evidenced by his making his re-election conditional on the trial being presided by the same judge with whom he was now comfortable. It finds support for its contention on a number of statements made by counsel for the respondent with regard to the conditional re-election sought, particularly the following one found at pages 2096 and 2097 of the transcript, Appeal Book, Vol. XII:

based on the fact that Captain MacLellan now has a better sense of what he's facing, and based on the fact that he has seen Your Honour deal with matters fairly, both in relation to the Crown and to himself, and, therefore, he has confidence that he would be comfortable in proceeding as a Standing Court Martial in front of Your Honour.

So for those reasons, in my respectful submission, given all those circumstances and given that that's in the best interest of everybody to have a just, speedy, and inexpensive determination of this issue, it would be appropriate for you to exercise your jurisdiction and to provide an order that will allow Captain MacLellan to re-elect.

I want to make it clear though in the sake of fairness and openness that his decision to re-elect is largely driven by the context that we're in. In other words, if Your Honour was to fall ill and we had to have another judge preside, his decision to re-elect, it may be affected by that. In other words, he is comfortable where he is presently and is prepared to re-elect, but I want to make it clear that what he's asking for is, the right to re-elect, and if circumstances change, if Your Honour for some reason falls ill and we're in front of another justice, he may not exercise that right. Because it has to be informed by the circumstances that he has in front of him. [Emphasis added.]

[55] I see no prosecutorial abuse in the election and re-election process as it unfolded. As for the respondent's allegation that it is the whole process so far in the court martial which amounts to an abuse of process, it does not belong to us to make an initial determination of this

être exercé de manière capricieuse ou arbitraire. Aucune preuve au dossier n'étaye une allégation de cette nature.

[54] La poursuite a répondu aux allégations de l'intimé en affirmant que celui-ci avait recherché un juge accommodant, comme en témoigne le fait que son nouveau choix dépendait de ce que le procès soit présidé par le même juge, qui lui convenait maintenant. La poursuite justifie cet argument par un certain nombre de déclarations faites par l'avocat de l'intimé au sujet du nouveau mode de procès demandé avec des conditions, notamment les déclarations aux pages 2096 et 2097 de la transcription, dossier d'appel, volume XII :

[TRADUCTION] [...] étant donné que le capitaine MacLellan comprend mieux à présent ce à quoi il fait face, et qu'il vous a vu vous prononcer sur certaines questions en toute équité, tant à son égard qu'à celui de la Couronne et qu'il lui conviendrait donc que vous procéderiez en tant que cour martiale permanente.

Donc, pour ces raisons, compte tenu de toutes ces circonstances et puisqu'il est dans l'intérêt de chacun qu'une décision juste, rapide et peu coûteuse soit rendue sur cette question, je soutiens, avec égards, que vous devriez exercer votre compétence et rendre une ordonnance autorisant le capitaine MacLellan à faire un nouveau choix.

J'aimerais souligner, par souci d'équité et d'ouverture, que sa décision de faire un nouveau choix a beaucoup à voir avec le contexte. En d'autres termes, si vous deviez tomber malade et qu'un autre juge devait présider, cela pourrait modifier sa décision de faire un nouveau choix. En d'autres mots, sa situation actuelle lui convient et il est disposé à faire un nouveau choix, mais je veux souligner que c'est ce qu'il demande, le droit de faire un nouveau choix, et si les circonstances changeaient, si vous tombiez malade pour une raison ou pour une autre et que nous nous retrouvions devant un autre juge, il pourrait ne pas exercer ce droit. Car ce choix doit être éclairé par les circonstances dans lesquelles il se trouve. [Je souligne.]

[55] Je ne vois aucun abus de la part de la poursuite en ce qui a trait au déroulement du processus du choix et du nouveau choix. Quant à l'allégation de l'intimé selon laquelle c'est l'ensemble du processus mené jusque-là en cour martiale qui équivaut à un abus de procédure, il ne

issue, especially in view of the fact that the judge has already dismissed an abuse of process application made by the respondent which is not before us in this appeal.

#### VII. Amendment to the style of cause

[56] The respondent has now left the Armed Forces and requests that the style of cause be amended to reflect that fact by adding the word (retired) after the word Captain. The appellant has no objection and the reasons for judgment as well as the formal judgment will reflect the requested change.

#### VIII. Conclusion

[57] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the judge permitting the respondent to re-elect trial by Standing Court Martial and, without prejudice to the prosecution's right to consent to a re-election for trial by a Standing Court Martial, order that the trial shall resume before a General Court Martial in accordance with the Convening Order issued by the Court Martial Administrator on March 1, 2011.

[58] I would order that the style of cause of these reasons, the formal judgment and any subsequent proceedings be amended so as to read:

CAPTAIN (retired) J.C. MACLELLAN

Respondent

PELLETIER J.A.: I agree.

DAWSON J.A.: I agree.

nous revient pas de rendre une décision initiale sur cette question, d'autant que le juge a déjà rejeté la demande fondée sur l'abus de procédure présentée par l'intimé et dont nous ne sommes pas saisis dans le présent appel.

#### VII. Modification de l'intitulé

[56] L'intimé a désormais quitté les forces armées et demande que l'intitulé soit modifié pour tenir compte de ce fait en ajoutant « (à la retraite) » après le mot « capitaine ». L'appelante ne s'est pas opposée à cette demande et les motifs de jugement de même que le jugement officiel tiendront compte du changement demandé.

#### VIII. Conclusion

[57] Pour ces motifs, je ferais droit à l'appel, j'annulerais la décision du juge ayant fait droit à la demande de l'intimé de faire un nouveau choix afin d'être jugé par une cour martiale permanente et, sous réserve du droit de la poursuite de consentir à un nouveau choix afin que l'intimé soit jugé par une cour martiale permanente, j'ordonnerais que le procès reprenne devant une cour martiale générale conformément à l'ordre de convocation délivré par l'administrateur de la cour martiale le 1<sup>er</sup> mars 2011.

[58] J'ordonnerais que l'intitulé des présents motifs, du jugement et de toute procédure subséquente soit modifié comme suit :

LE CAPITAINE (à la retraite) J.C. MACLELLAN

intimé

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

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.