

R. v. Tomczyk, 2012 CMAC 4

CMAC 549

**BDR N.J. Tomczyk**

*Appellant,*

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent.*

Heard: Ottawa, Ontario, June 22, 2012.

Judgement: Ottawa, Ontario, December 3, 2012.

Present: Heneghan, Trudel and Mainville JJ.A.

Appeal under paragraph 230(b) of the *National Defence Act*, challenging the legality of the conviction of the appellant, by General Court Martial at Canadian Forces Base Petawawa, Ontario, on September 9, 2011.

*Prejudice of good order and discipline — s. 129 of the National Defence Act — Distinction between medical assessment and medical treatment — Refusal to consent to medical treatment usually cannot constitute an offence under s. 129.*

The appellant injured his neck while bench-pressing on deployment in Afghanistan and was sent to Kandahar for assessment and treatment by a medical officer. Following the assessment, he returned to Canadian Forces Base Petawawa on regularly scheduled leave. While in Petawawa, the appellant failed to report to sick parade as he had been instructed to do by the medical officer in Kandahar. The appellant was convicted on one charge of conduct to the prejudice of good order and discipline contrary to section 129 of the *National Defence Act* stemming from this failure to report.

*Held:* Appeal allowed, conviction quashed, not guilty verdict entered.

Determining whether a directed verdict should have been granted is a matter of law, thus reviewable on the standard of correctness. The appellant was charged with failure to attend for medical treatment, not medical assessment. As members of the Canadian Forces are usually free to refuse medical treatment, failure to attend for medical treatment cannot amount to conduct to the prejudice of good order and discipline per

R. c. Tomczyk, 2012 CACM 4

CMAC 549

**BDR N.J. Tomczyk**

*Appellant,*

c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée.*

Audience : Ottawa (Ontario), le 22 juin 2012.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 3 décembre 2012.

Devant : Les juges Heneghan, Trudel et Mainville, J.C.A.

Appel interjeté aux termes de l'alinéa 230b) de la *Loi sur la défense nationale* contestant la légalité de la déclaration de culpabilité de l'appelant rendue par la cour martiale générale à la Base des Forces canadiennes Petawawa (Ontario), le 9 septembre 2011.

*Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline — Art. 129 de la Loi sur la défense nationale — Distinction entre l'évaluation médicale et le traitement médical — Le refus de consentir à un traitement médical ne constitue généralement pas une contravention à l'art. 129.*

L'appelant s'est blessé au cou en faisant des développés-couchés alors qu'il était en déploiement en Afghanistan et a été envoyé à Kandahar pour être évalué et traité par un médecin militaire. Après cette évaluation, il est rentré à la Base des Forces canadiennes Petawawa pour son congé normalement prévu. Alors qu'il était à Petawawa, l'appelant ne s'est pas présenté à la revue des malades, même si le médecin militaire à Kandahar lui avait ordonné de le faire. L'appelant a été reconnu coupable d'un chef d'accusation pour avoir eu une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline, en contravention à l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* en raison de son omission de se présenter à la revue des malades.

*Arrêt :* L'appel est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et un verdict de non-culpabilité est rendu.

Déterminer si un verdict imposé aurait dû être rendu est une question de droit susceptible de révision selon la norme de la décision correcte. L'appelant a été accusé de ne s'être pas présenté à un traitement médical, et non à une évaluation médicale. Puisque les membres des Forces armées canadiennes sont généralement libres de refuser un traitement médical, le défaut de se présenter à un traitement médical ne peut constituer une

subsection 129(1) of the *National Defence Act*. A charge must be proven as particularized as part of the right to full defence and a fair trial. The charge should have been amended to accurately reflect the nature of the conduct and it was an error for the Military Judge to allow the trial to proceed.

conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline aux termes du paragraphe 129(1) de la *Loi sur la défense nationale*. Dans le cadre du droit à une défense pleine et entière et à un procès équitable, l'accusation prouvée doit être précise. L'accusation aurait dû être modifiée pour refléter exactement la nature de la conduite et le juge militaire a commis une erreur en permettant l'instruction du procès.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Forces Medical Instruction* 4030-57, "Consent to Medical Treatment".  
*Defence Administrative Orders and Directives* (DAOD), 5023-2, Physical Fitness Program.  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 83, 129, 228(b), 230.  
*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>), art. 112.05(13).

#### CASES CITED

*R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368; *R. v. Bradt*, 2010 CMAC 2, 7 C.M.A.R. 417; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, 224 N.R. 120; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362, 202 N.R. 1; *R. v. Jones*, 2002 CMAC 11, 6 C.M.A.R. 293; *R. v. Moore*, [1988] 1 S.C.R. 1097, 65 C.R. (3d) 1; *R. v. Saunders*, [1990] 1 S.C.R. 1020, 108 N.R. 234; *R. v. Winters*, 2011 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 546; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, 9 N.R. 215.

#### COUNSEL

*Major Edmund Thomas*, for the appellant.  
*Lieutenant Commander D.T. Reeves*, for the respondent.

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

[1] HENEGHAN J.A.: Bombardier Nathan J. Tomczyk (Appellant) appeals from his conviction by a General Court Martial on September 9, 2011, upon a charge of conduct to the prejudice of good order and discipline, pursuant to section 129 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (Act). The impugned conduct was

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Instruction médicale des Forces armées canadiennes*, 4030-57, « Consentement au traitement médical ».  
*Directives et ordonnances administratives de la défense* (DOAD), 5023-2, Programme de conditionnement physique.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 83, 129, 228b), 230.  
*Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/ministere-defense-nationale/organisation/politiques-normes/ordonnances-reglements-royaux.html>), art. 112.05(13).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

*R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *R. c. Bradt*, 2010 CACM 2, 7 C.A.C.M. 417; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, 224 N.R. 120; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362, 202 N.R. 1; *R. c. Jones*, 2002 CACM 11, 6 C.A.C.M. 293; *R. c. Moore*, [1988] 1 R.C.S. 1097, 65 C.R. (3<sup>d</sup>) 1; *R. c. Saunders*, [1990] 1 R.C.S. 1020, 108 N.R. 234; *R. c. Winters*, 2011 CACM 1, 7 C.A.C.M. 546; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, 9 N.R. 215.

#### AVOCATS

*Major Edmund Thomas*, pour l'appellant.  
*Capitaine de corvette D.T. Reeves*, pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE HENEGHAN, J.C.A. : Le bombardier Nathan J. Tomczyk (l'appellant) interjette appel de sa déclaration de culpabilité, le 9 septembre 2011, par une cour martiale générale, d'une accusation de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline, visée à l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5

the failure to present himself for treatment as prescribed by his treating physician. For the reasons set out below, I would allow this appeal.

[2] Briefly stated, under existing military instructions, military personnel are usually free to consent to or refuse medical treatment. Consequently, the refusal to present oneself for medical treatment cannot constitute conduct to the prejudice of good order and discipline under the meaning of subsection 129(1) of the Act.

[3] Although military personnel are obliged to attend to medical assessments in order to ascertain their fitness for duties, and the refusal to do so may indeed constitute conduct to the prejudice of good order and discipline, this was not the charge made against the Appellant. The charge should have been amended. Since no such amendment was made, the Military Judge erred in allowing the trial to proceed.

#### I. Background

[4] At all times material to this case, the Appellant was a member of the Regular Force, Canadian Forces (CF), and a member of the 2nd Regiment, Royal Canadian Horse Artillery, based in Petawawa, Ontario. From May 13, 2010, until November 19, 2010, he deployed to Afghanistan with the 1st Battalion, Royal Canadian Regiment Battle Group. The Appellant was deployed to Patrol Base Shoja.

[5] On September 18, 2010, the Appellant suffered a non-battle related neck injury while bench-pressing. He was seen at the Patrol Base Shoja Unit Medical Station and medevaced to the Kandahar Airfield on September 19, 2010, for an assessment at the Role 3 Unit Medical Station. He followed up at the Role 1 Medical Station where his treating physician was Dr. Fraser. She held the rank of Captain at all times material to this case.

[6] The Appellant had a final consultation with Captain Fraser on September 23, 2010, before leaving Afghanistan for a scheduled leave commonly known as “Home Leave Travel Assistance” (HLTA). The Appellant left

(la Loi). Le comportement en question se rapporte au fait qu’il ne s’est pas présenté pour recevoir le traitement prescrit par son médecin traitant. Pour les motifs exposés ci-après, j’accueillerais le présent appel.

[2] Pour résumer, selon les directives militaires existantes, les membres du personnel militaire sont généralement libres de consentir à des traitements médicaux ou de les refuser. Par conséquent, le refus de se présenter en vue de recevoir un traitement médical ne peut constituer un comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline au sens du paragraphe 129(1) de la Loi.

[3] Même si les militaires doivent se soumettre à des évaluations médicales pour établir leurs aptitudes à remplir leurs fonctions, et que leur refus de s’y soumettre puisse effectivement constituer un comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline, ce n’est pas ce dont l’appelant a été accusé. L’accusation aurait dû être modifiée. Comme cela n’a pas été fait, le juge militaire a eu tort d’autoriser la tenue du procès.

#### I. Contexte

[4] À toutes les dates pertinentes en l’espèce, l’appelant était membre de la force régulière des Forces canadiennes (FC) et du 2<sup>e</sup> Régiment, Royal Canadian Horse Artillery, basé à Petawawa (Ontario). Du 13 mai au 19 novembre 2010, il a participé à un déploiement en Afghanistan avec le groupement tactique du 1<sup>er</sup> Bataillon, Royal Canadian Regiment. L’appelant a été envoyé en mission à la base de patrouille Shoja.

[5] Le 18 septembre 2010, il a subi une blessure au cou hors combat alors qu’il effectuait un exercice développé-couché. Il a été examiné au poste sanitaire d’unité de la base de patrouille Shoja, puis évacué vers l’aérodrome de Kandahar, le 19 septembre, pour être examiné au poste sanitaire d’unité de rôle 3. Il a ensuite effectué une visite de suivi au poste sanitaire de rôle 1, où son médecin traitant était la D<sup>re</sup> Fraser; celle-ci avait le grade de capitaine à toutes les dates pertinentes en l’espèce.

[6] L’appelant a eu une dernière consultation avec le capitaine Fraser le 23 septembre 2010, avant de quitter l’Afghanistan pour une permission prévue et couramment appelée « aide de retour au domicile en congé »

Afghanistan on September 24, 2010, for his scheduled HLTA.

[7] On September 27, 2010, Captain Fraser sent an email to Major Rodgman, Base Surgeon at Canadian Forces Base Petawawa. That email said the following:

I'm e-mailing re a member who was seen at the Role 1 just prior to leaving on HLTA. Bdr Tomczyk, Nathan [...] was transported from Shoja UAS to Role 3 on 19 Sept 10 for a neck injury. He was bench pressing and lifted his head off the bench with sudden onset of neck pain radiating down both arms. At the role 3 his CT scan was negative for fractures and he was D/C'd with dx of soft tissue injury. They gave him a soft collar, flexiril and NSAIDs. He followed up with us at Role 1. The NSAIDs bothered his stomach so I switched him to Arthropec and told him to D/C the collar. When he left for HLTA on the 26<sup>th</sup> he was still in considerable pain with very limited ROM but no signs of radiculopathy. I gave him enough T3s to get him home (Petawawa) and told him to follow up at sick parade.

Could whoever sees him liase [*sic*] with us on management and prognosis? I would hate to have him show back in theatre only to require a med repat.

[8] The Appellant was on leave in Petawawa from September 28, 2010, until October 17, 2010. He did not attend the Base Medical Clinic during this time nor did he consult with a health care professional during this leave.

[9] At the end of this scheduled leave, the Appellant returned to Afghanistan. He reported to the Role 1 Unit Medical Station at Kandahar Airfield on October 21, 2010, suffering from neck pain. As a result of his injury, the Appellant was unable to deploy back to Patrol Base Shoja. Instead he was repatriated to Canada on November 19, 2010, approximately two weeks before his deployment in Afghanistan was scheduled to end.

[10] On December 3, 2010, the Appellant was charged with disobeying a lawful command of a superior officer, contrary to section 83 of the Act.

(ARDC). L'appelant a quitté l'Afghanistan le 24 septembre 2010 pour son ARDC.

[7] Le 27 septembre 2010, le capitaine Fraser a envoyé un courriel au major Rodgman, médecin-chef de la base des Forces canadiennes Petawawa. En voici la teneur :

[TRADUCTION] Le présent courriel concerne un soldat qui a été vu au poste de rôle 1 juste avant son départ pour une ARDC. Le Bdr Tomczyk, Nathan [...] a été transporté du PSU de Shoja au poste de rôle 3 le 19 septembre 2010 pour une blessure au cou. Alors qu'il effectuait des exercices développé-couché, il a soulevé la tête du banc et ressenti une douleur soudaine au cou qui irradiait le long de ses deux bras. Au poste de rôle 3, son tomodensitogramme n'a révélé aucune fracture, il a reçu son congé et un diagnostic de lésion des tissus mous. On lui a remis un collier souple, du flexiril et des AINS. Il est revenu nous voir pour une visite de suivi au poste de rôle 1. Les AINS lui causaient des douleurs à l'estomac, je les ai donc remplacés par de l'Arthropec et lui ai dit de cesser d'utiliser le collier. Au moment de son départ pour l'ARDC le 26, il ressentait encore de graves douleurs, présentait une ADM très limitée, mais aucun signe de radiculopathie. Je lui ai remis suffisamment de T3 pour le soulager jusqu'à son retour à la maison (Petawawa) et lui ai dit d'effectuer un suivi lors de la revue des malades.

La personne qui le verra peut-elle nous contacter pour discuter de la prise en charge et du pronostic? Je n'aimerais vraiment pas le voir revenir sur le théâtre des opérations juste pour un renouvellement d'ordonnance.

[8] L'appelant était en permission à Petawawa du 28 septembre au 17 octobre 2010. Il ne s'est pas rendu à la clinique de la base durant cette période, pas plus qu'il n'a consulté de professionnel de la santé durant cette permission.

[9] L'appelant est retourné en Afghanistan au terme de sa permission. Le 21 octobre 2010, il s'est présenté au poste sanitaire d'unité du rôle 1 de l'aérodrome de Kandahar avec une douleur au cou. À cause de sa blessure, il n'a pu participer de nouveau au déploiement à la base de patrouille Shoja et a dû être rapatrié au Canada le 19 novembre 2010, environ deux semaines avant la fin prévue de sa mission en Afghanistan.

[10] Le 3 décembre 2010, l'appelant a été accusé de désobéissance à un ordre légitime d'un supérieur, en violation de l'article 83 de la Loi.

[11] On April 18, 2011, charges were preferred in this matter. The charge sheet, with particulars of the charges, provides as follows:

[11] Le 18 avril 2011, des accusations ont été portées en l'espèce. L'acte d'accusation, contenant le détail des accusations, est rédigé ainsi :

[TRADUCTION]

First Charge  
(alternative to  
second charge)  
Section 83 *NDA*

Disobeyed a lawful command of  
a superior officer

Premier chef  
d'accusation  
(subsidaire au  
deuxième chef  
d'accusation)  
Article 83 *LDN*

Avoir désobéi à un ordre  
légitime d'un supérieur

*Particulars:* In that he,  
between 24 September  
and 18 October 2010, at or  
near Canadian Forces Base  
Petawawa, Petawawa, Ontario,  
did not present himself for  
treatment at the Base Medical  
Clinic, as ordered by Capt Fraser  
on or about 23 September 2010.

*Détails :* En ce que, entre  
le 24 septembre et le  
18 octobre 2010, à la base des  
Forces canadiennes Petawawa,  
Petawawa (Ontario), ou à  
proximité, il ne s'est pas présenté  
pour recevoir un traitement à la  
clinique de la base, comme le lui  
avait ordonné le capitaine Fraser  
le 23 septembre 2010 ou vers  
cette date.

Second Charge  
(alternative to first  
charge)  
Section 129 *NDA*

Conduct to the prejudice of good  
order and discipline

Deuxième chef  
d'accusation  
(subsidaire au  
premier chef  
d'accusation)  
Article 129 *LDN*

Comportement préjudiciable au  
bon ordre et à la discipline

*Particulars:* In that he,  
between 24 September  
and 18 October 2010, at or  
near Canadian Forces Base  
Petawawa, Petawawa, Ontario,  
failed to present himself for  
treatment at the Base Medical  
Clinic, as prescribed by his  
treating physician, Capt Fraser,  
on or about 23 September 2010.

*Détails :* En ce que, entre  
le 24 septembre et le  
18 octobre 2010, à la base des  
Forces canadiennes Petawawa,  
Petawawa (Ontario), ou à  
proximité, il ne s'est pas  
présenté pour recevoir le  
traitement prescrit par son  
médecin traitant, le capitaine  
Fraser, le 23 septembre 2010 ou  
vers cette date.

[12] Captain Holly Fraser was the only witness called by the prosecution. She is a medical doctor who had treated the Appellant at the Role 1 Unit Medical Station at Kandahar Airfield. She testified about her interaction with the Appellant between September 21, 2010, and November 19, 2010.

[12] Le capitaine Holly Fraser était le seul témoin appelé par la poursuite. Elle est le médecin qui a traité l'appelant au poste sanitaire d'unité de rôle 1 de l'aérodrome de Kandahar. Son témoignage a porté sur ses interactions avec l'appelant entre le 21 septembre et le 19 novembre 2010.

[13] Her testimony was that she had asked the Appellant to attend sick parade in Petawawa in order to have him assessed for redeployment in Afghanistan.

[14] Following a *voir dire*, her evidence about a statement made by the Appellant, on or about October 19, 2010, was admitted into evidence. That statement was made by the Appellant following his return to Kandahar after his HLTA. Captain Fraser had asked the Appellant why he had not reported to the clinic in Petawawa and he replied that he did not do so “because he knew they would not allow him to come back to theatre”.

[15] At the conclusion of the evidence for the prosecution, Counsel for the Appellant moved for a directed verdict on both charges. The Military Judge allowed the motion of no *prima facie* case with respect to charge number one on the ground that the prosecution had failed to prove an essential element of the offence, that is, that Captain Fraser ordered the Appellant to report to the Base Medical Clinic in Petawawa. A finding of not guilty was entered with respect to charge number one.

[16] Although the Military Judge acknowledged that there was no direct evidence of prejudice to good order and discipline caused by the alleged conduct of the Appellant and concluded that there was no evidence “before this Court reasonably capable of supporting the inference of prejudice at Patrol Base Shoja” (Appeal Book, Vol. I, page 185), he dismissed the motion with respect to charge number two. He noted that Captain Fraser’s evidence about the Appellant’s injury before he left for his HLTA, together with his condition upon his return from the HLTA and his statement to Captain Fraser upon his return, could be weighed by the Panel and “used to infer” prejudice to good order and discipline (Appeal Book, Vol. I, page 186).

## II. Issue

[17] Although the parties raise several issues, in my view, the only question I need address is whether the

[13] D’après son témoignage, elle avait demandé à l’appelant de se présenter à une revue des malades à Petawawa pour qu’il soit évalué avant d’être renvoyé en Afghanistan.

[14] À la suite d’un voir-dire, son témoignage au sujet d’une déclaration que lui aurait faite l’appelant, le 19 octobre 2010 ou vers cette date, a été reçu en preuve. Cette déclaration aurait été faite par l’appelant après son retour à Kandahar, alors qu’il avait terminé son ARDC. Lorsque le capitaine Fraser lui a demandé pourquoi il ne s’était pas présenté à la clinique de Petawawa, il lui aurait répondu qu’il ne l’avait pas fait [TRADUCTION] « parce qu’il savait qu’on ne l’autoriserait pas à retourner sur le théâtre des opérations ».

[15] Lorsque la poursuite a clos sa preuve, l’avocat de l’appelant a réclamé un verdict imposé à l’égard des deux accusations. Le juge militaire a fait droit à la requête pour absence de preuve *prima facie* à l’égard du premier chef d’accusation au motif que la poursuite n’avait pas prouvé un élément essentiel de l’infraction, à savoir que le capitaine Fraser avait ordonné à l’appelant de se présenter à la clinique de la base à Petawawa. Un verdict de non-culpabilité a été consigné à l’égard du premier chef d’accusation.

[16] Bien qu’il ait reconnu qu’aucune preuve directe n’établissait que la conduite alléguée de l’appelant avait porté préjudice au bon ordre et à la discipline et conclu que la Cour martiale ne disposait d’aucun élément de preuve « pouvant raisonnablement étayer l’inférence selon laquelle un préjudice aurait été causé à la base de patrouille Shoja » (dossier d’appel, vol. I, page 185), le juge militaire a rejeté la requête en ce qui a trait au deuxième chef d’accusation. D’après lui, le témoignage du capitaine Fraser sur la blessure qu’avait subie l’appelant avant son départ pour l’ARDC, l’état dans lequel celui-ci se trouvait à son retour de l’ARDC et la déclaration qu’il lui a faite à ce moment-là étaient des éléments dont le comité pouvait tenir compte et « se servir pour déduire » qu’il y avait eu préjudice au bon ordre et à la discipline (dossier d’appel, vol. I, page 186).

## II. Question en litige

[17] Bien que les parties soulèvent plusieurs questions, j’estime que la seule que je dois trancher est celle de

Appellant should have succeeded on his motion for a directed verdict.

### III. Discussion and disposition

#### A. *Standard of review*

[18] This is an appeal from a conviction. Section 230 of the Act sets the rights of appeal following a conviction. Paragraph 230(b) is relevant and provides as follows:

**230.** Every person subject to the Code of Service Discipline has, subject to subsection 232(3), the right to appeal to the Court Martial Appeal Court from a court martial in respect of any of the following matters:

...

(b) the legality of any finding of guilty;

[19] Paragraph 230(b) focuses on the “legality” of a guilty verdict. “Legality” is defined in section 228 as follows:

**228.** For the purposes of this Division, the expressions “legality” and “illegal” shall be deemed to relate either to questions of law alone or to questions of mixed law and fact.

[20] In *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368 at paragraph 48, the Supreme Court of Canada held that the availability of a directed verdict is a question of law that is not entitled to deference. Likewise, the provision of erroneous instructions to a jury, or a panel as in this case, raises a question of law reviewable on the standard of correctness (see: *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362, at paragraph 49).

B. *Was the appellant entitled to succeed on his motion for a directed verdict?*

[21] Following the entry of evidence on behalf of Her Majesty the Queen (Respondent), that is the evidence of Captain Fraser, the Appellant argued that the prosecution had not established a *prima facie* case. The

savoir si l’appelant aurait dû voir sa requête en verdict imposé accueillie.

### III. Analyse et décision

#### A. *Norme de contrôle*

[18] La Cour est saisie de l’appel d’une déclaration de culpabilité. L’article 230 de la Loi établit les droits d’appel découlant d’un verdict de culpabilité. L’alinéa 230(b) est pertinent :

**230.** Toute personne assujettie au code de discipline militaire peut, sous réserve du paragraphe 232(3), exercer un droit d’appel devant la Cour d’appel de la cour martiale en ce qui concerne les décisions suivantes d’une cour martiale :

[...]

b) la légalité de tout verdict de culpabilité;

[19] L’alinéa 230(b) met l’accent sur la « légalité » du verdict de culpabilité. L’article 228 définit en ces termes la « légalité » :

**228.** Pour l’application de la présente section, les termes « légalité » et « illégalité » (ou « illégal ») sont censés qualifier soit des questions de droit soit des questions mixtes de droit et de fait.

[20] Dans l’arrêt *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, au paragraphe 48, la Cour suprême du Canada a estimé que l’opportunité d’un verdict imposé est une question de droit qui ne commande aucune déférence. De même, la communication d’instructions erronées à un jury, ou à un comité comme en l’espèce, soulève une question de droit assujettie à la norme de la décision correcte (voir *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362, au paragraphe 49).

B. *L’appelant aurait-il dû voir sa requête en verdict imposé accueillie?*

[21] Après que la présentation de la preuve pour le compte de Sa Majesté la reine (l’intimée), c’est-à-dire le témoignage du capitaine Fraser, l’appelant a soutenu que la poursuite n’avait pas établi de preuve *prima facie*. La

motion was brought pursuant to paragraph 112.05(13) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O) which directs the entry of a not-guilty verdict if the prosecution fails to establish a *prima facie* case.

[22] The parties to this appeal agree that a directed verdict is analogous to ordinary criminal law motions for a non-suit for which the recognized test is “whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty” (see: *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at page 1080). In *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, at paragraph 3, the Supreme Court said the following:

For there to be “evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty” in accordance with the Shephard test, the Crown must adduce some evidence of culpability for every essential definitional element of the crime for which the Crown has the evidential burden [Emphasis added.]

[23] The Appellant was convicted of a charge pursuant to section 129. Subsections 129(1) and (2) of the Act are relevant and provide as follows:

**129.** (1) Any act, conduct, disorder or neglect to the prejudice of good order and discipline is an offence and every person convicted thereof is liable to dismissal with disgrace from Her Majesty's service or to less punishment.

(2) An act or omission constituting an offence under section 72 or a contravention by any person of

(a) any of the provisions of this Act,

(b) any regulations, orders or instructions published for the general information and guidance of the Canadian Forces or any part thereof, or

(c) any general, garrison, unit, station, standing, local or other orders,

is an act, conduct, disorder or neglect to the prejudice of good order and discipline.

requête a été présentée en vertu du paragraphe 112.05(13) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC), qui impose le prononcé d'un verdict de non-culpabilité si la poursuite n'établit pas de preuve *prima facie*.

[22] Les parties au présent appel conviennent que la requête en verdict imposé est comparable à la requête ordinaire en non-lieu présentée en droit criminel et à l'égard de laquelle le critère reconnu consiste à examiner « [s]'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité » (voir *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, à la page 1080). Dans l'arrêt *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, au paragraphe 3, la Cour suprême a déclaré ce qui suit :

Pour qu'il y ait des éléments de preuve au vu desquels un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité, selon le critère de l'arrêt *Shephard* [...] le ministère public doit, pour s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombe, présenter quelque preuve de culpabilité pour chaque élément essentiel de la définition du crime reproché. [Je souligne.]

[23] L'appellant a été déclaré coupable d'une accusation portée en vertu de l'article 129. Les paragraphes (1) et (2) de cette disposition sont pertinents en l'espèce :

**129.** (1) Tout acte, comportement ou négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

(2) Est préjudiciable au bon ordre et à la discipline tout acte ou omission constituant une des infractions prévues à l'article 72, ou le fait de contrevenir à :

a) une disposition de la présente loi;

b) des règlements, ordres ou directives publiés pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes;

c) des ordres généraux, de garnison, d'unité, de station, permanents, locaux ou autres.

contravention paraît avoir entraîné une injustice à son égard.



[24] Section 129 is a broad provision that criminalizes any conduct judged prejudicial to good order and discipline in the CF. Subsection 129(1) creates the offence while subsection 129(2) deems a number of activities to be prejudicial. In *R. v. Winters*, 2011 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 546 (*Winters*), at paragraph 24, Létourneau J.A. summarized the constituent elements of a section 129 offence as follows:

When a charge is laid under section 129, other than the blameworthy state of mind of the accused, the prosecution must establish beyond a reasonable doubt the existence of an act or omission whose consequence is prejudicial to good order and discipline.

[25] Proof of prejudice is an essential element of the offence. The conduct must have been actually prejudicial (*Winters*, above, at paragraphs 24 and 25). According to *R. v. Jones*, 2002 CMAC 11, 6 C.M.A.R. 293, at paragraph 7, the standard of proof is that of proof beyond a reasonable doubt. However, prejudice may be inferred if, according to the evidence, prejudice is clearly the natural consequence of proven acts (see: *R. v. Bradt*, 2010 CMAC 2, 7 C.M.A.R. 417, at paragraphs 40 and 41).

[26] Two issues are not seriously disputed. First, the charge sheet provides that the Appellant was charged under section 129 of the Act for failing to present himself for “treatment” as prescribed by Captain Fraser. Second, Captain Fraser’s evidence was that she directed the Appellant to attend the clinic for “assessment”. The following extract from the cross-examination of Captain Fraser is relevant:

Q: So he can’t be compelled to go. You can’t force him to go because he’s free to consent or refuse consent?

A: “Patients must always be free to consent or refuse treatment” which is not follow-up.

Q: Let’s look at the definition of treatment ... “anything that is done for a therapeutic, preventative, palliative,

[24] L’article 129 est une disposition générale qui criminalise tout comportement jugé préjudiciable au bon ordre et à la discipline au sein des FC. Le paragraphe 129(1) crée l’infraction, alors que le paragraphe (2) énumère un certain nombre d’activités réputées préjudiciables. Dans l’arrêt *R. c. Winters*, 2011 CACM 1, 7 C.A.C.M. 546 (*Winters*), au paragraphe 24, le juge Létourneau a résumé les éléments constitutifs de l’infraction prévue à l’article 129 en ces termes :

Lorsqu’une accusation est portée en vertu de l’article 129, outre l’état d’esprit blâmable de l’accusé, la poursuite doit établir hors de tout doute raisonnable l’existence d’un geste ou d’une omission dont la conséquence a été de porter préjudice au bon ordre et à la discipline.

[25] La preuve de l’existence d’un préjudice est un élément essentiel de l’infraction. Le comportement doit réellement avoir été préjudiciable (*Winters*, précité, aux paragraphes 24 et 25). D’après l’arrêt *R. c. Jones*, 2002 CACM 11, 6 C.A.C.M. 293, au paragraphe 7, la norme de preuve applicable à cet égard est celle de la preuve hors de tout doute raisonnable. Cependant, on peut déduire qu’il y a eu préjudice si la preuve montre clairement que celui-ci constitue une conséquence naturelle des actes prouvés (voir *R. c. Bradt*, 2010 CACM 2, 7 C.A.C.M. 417, aux paragraphes 40 et 41).

[26] Deux questions ne sont pas vraiment en litige. Premièrement, l’acte d’accusation précise que l’appelant a été accusé en vertu de l’article 129 de la Loi parce qu’il ne s’était pas présenté en vue de recevoir le « traitement » prescrit par le capitaine Fraser. Deuxièmement, cette dernière a déclaré dans son témoignage qu’elle avait ordonné à l’appelant de se rendre à la clinique pour une « évaluation ». L’extrait suivant de son contre-interrogatoire est pertinent :

[TRADUCTION]

Q : Donc il ne peut être contraint de s’y rendre. Vous ne pouvez pas le forcer à y aller parce qu’il est libre de consentir ou de refuser?

R : « Les patients doivent toujours être libres de consentir ou de refuser un traitement », on ne parle pas d’un suivi.

Q : Regardons la définition de traitement [...] « toute intervention à des fins thérapeutiques, préventives, palliatives,

diagnostic, cosmetic or other health related-purpose, and include a course of treatment or plan of treatment”. So having [the Appellant] assessed at [the Clinic], that would meet this definition of treatment. Correct?

A: No. Assessment and treatment are two different things medically. Treatment, medically is, for example, a course of medication or a procedure that a doctor or a medical professional’s performing on you physically. You need consent to allow us to physically touch you or operate on you.

Q: But you said he was going there for management and assessment. Is that correct?

A: Assessment. ... we don’t advise other clinicians to manage our patients, we ask them to assess them, manage them and then they will advise us or they will inform us of what their plan was for treatment.

[27] The distinction between medical treatment and assessment is important. Under paragraph 7 of the CF Medical Instruction 4030-57 entitled “Consent to Medical Treatment” (Appeal Book, Vol. III, page 389), military patients must always be free to consent to or refuse treatment, except in cases when the patient is unable to consent and there is imminent threat to life or health. On the other hand, the CF must be in a position to assess the fitness of military personnel to perform their duties: see notably *Defence Administrative Orders and Directives* (DAOD), 5023-2, Physical Fitness Program (Respondent’s Authorities, Vol. I, Tab 6). Consequently, such personnel must comply with instructions to attend medical assessments made with the purpose of determining their fitness for deployment, particularly where, as here, the deployment is in a theatre of active military engagement.

[28] In this case, the charge was deficient and, in any event, the evidence adduced by the prosecution did not establish that the Appellant was under a duty to present himself for treatment. The appropriate course of action would have been for the prosecution to seek an amendment to the charge. In *R. v. Moore*, [1988] 1 S.C.R. 1097, at page 1128, the Supreme Court of Canada observed that amendments are generally preferable to quashing

diagnostiques, cosmétiques ou autres ayant trait à la santé, de même que la série de traitements ou le plan de traitement ». Donc, soumettre [l’appelant] à une évaluation à [la clinique] satisfierait à la définition de traitement. Est-ce exact?

R : Non. L’évaluation et le traitement sont deux choses distinctes d’un point de vue médical. Le traitement désigne par exemple les médicaments administrés ou l’intervention qu’un médecin ou un professionnel de la santé effectue sur votre personne. Votre consentement est nécessaire pour nous autoriser à vous toucher ou à vous opérer.

Q : Mais vous avez déclaré qu’il devait aller à cette clinique pour une prise en charge et une évaluation. Est-ce exact?

R : Une évaluation. [...] nous ne recommandons pas à d’autres cliniciens de prendre en charge nos patients, nous leur demandons de les évaluer, de les prendre en charge et de nous aviser ou de nous informer ensuite de leur plan de traitement.

[27] La distinction entre le traitement médical et l’évaluation est importante. En vertu de l’article 7 de l’Instruction médicale 4030-57 des FC intitulée « Consentement au traitement médical » (dossier d’appel, vol. III, page 389), les patients militaires doivent toujours être libres de consentir au traitement ou de le refuser, sauf dans les cas où ils ne sont pas en mesure de fournir un tel consentement et que leur vie ou leur santé est menacée par un risque imminent. D’un autre côté, les FC doivent être en mesure d’évaluer l’aptitude physique des militaires à remplir leurs fonctions : voir notamment la *Directive et ordonnance administrative de la Défense* (DOAD), 5023-2, Programme de conditionnement physique (cahier de la jurisprudence et de la doctrine de l’intimée, vol. I, onglet 6). Par conséquent, les militaires doivent obéir aux consignes les sommant de subir des évaluations médicales afin d’établir s’ils sont aptes à être envoyés en mission, en particulier sur un théâtre d’opérations militaires actives, comme en l’espèce.

[28] Dans la présente affaire, l’accusation comportait un vice et, quoi qu’il en soit, la preuve produite par la poursuite n’établissait pas que l’appelant était tenu de se présenter en vue d’un traitement. Il aurait fallu que la poursuite demande l’autorisation de modifier l’accusation. Dans l’arrêt *R. c. Moore*, [1988] 1 R.C.S. 1097, à la page 1128, la Cour suprême du Canada a fait observer qu’il est généralement préférable de modifier les accusations

charges. However, in this case, the Respondent did not seek an amendment so the charge must be examined in its original form.

[29] According to the decision in *R. v. Saunders*, [1990] 1 S.C.R. 1020 (*Saunders*), the prosecution should be held to the charge as pleaded. At pages 1023-1024 of *Saunders*, Justice McLachlin (as she then was) writing for a unanimous Court, said the following:

I am of the view that the appeal must be dismissed. It is a fundamental principle of criminal law that the offence, as particularized in the charge, must be proved. ... [T]his Court [has] decided that once the Crown has particularized the narcotic in a charge, the accused cannot be convicted if a narcotic other than the one specified is proved. The Crown chose to particularize the offence in this case as a conspiracy to import heroin. Having done so, it was obliged to prove the offence thus particularized. To permit the Crown to prove some other offence characterized by different particulars would be to undermine the purpose of providing particulars, which is to permit “the accused to be reasonably informed of the transaction alleged against him, thus giving him the possibility of a full defence and a fair trial” ... There must be a new trial in this case, not because a conviction for conspiracy to import a narcotic cannot be supported without proof of the type of narcotic involved, but rather because the Crown chose in this case to particularize the drug involved and failed to prove the conspiracy thus particularized.

[30] In my opinion, analogous principles apply in this case. The prosecution chose to particularize the charge as failing to present himself for treatment. Having chosen this specific language, the prosecution must bear the consequences of leading evidence that did not correspond to the language of the charge sheet, a document prepared by the prosecution.

[31] The prosecution was obliged to prove, beyond a reasonable doubt, that the Appellant was under a duty to act, since the charge is fundamentally premised upon an omission. What was the Appellant told to do? Was he told to report for treatment or for assessment?

plutôt que de les annuler. Cependant, en l’espèce, l’intimée n’a pas demandé de telle modification, et l’accusation doit donc être examinée dans sa forme originale.

[29] D’après l’arrêt *R. c. Saunders*, [1990] 1 R.C.S. 1020 (*Saunders*), la poursuite doit s’en tenir à l’accusation telle qu’elle l’a formulée. Aux pages 1023 et 1024 de cet arrêt, la juge McLachlin (maintenant juge en chef) a déclaré ce qui suit au nom de la Cour unanime :

Je suis d’avis que le pourvoi doit être rejeté. Il existe un principe fondamental en droit criminel que l’infraction, précisée dans l’acte d’accusation, doit être prouvée. [...] [N]otre Cour a décidé que lorsque le ministère public a précisé le stupéfiant dans un chef d’accusation, l’accusé ne peut être déclaré coupable si on fait la preuve d’un autre stupéfiant que celui qui est précisé. Le ministère public a choisi de particulariser l’infraction en l’espèce en précisant qu’il s’agissait d’un complot pour importer de l’héroïne. Ayant fait cela, il était obligé de faire la preuve de l’infraction ainsi précisée. Permettre au ministère public de faire la preuve d’une autre infraction ayant des caractéristiques différentes reviendrait à miner la raison pour laquelle des détails sont apportés, c’est-à-dire permettre à « l’accusé [...] [d’]être raisonnablement informé de l’infraction qu’on lui impute, pour lui donner ainsi la possibilité d’une défense complète et d’un procès équitable » [...] En l’espèce, il doit y avoir un nouveau procès non pas parce qu’une déclaration de culpabilité relativement à un complot pour importer un stupéfiant ne peut être justifiée sans la preuve du type de stupéfiant visé, mais plutôt parce que le ministère public a choisi en l’espèce de préciser le stupéfiant visé et n’a pas fait la preuve du complot ainsi particularisé.

[30] À mon avis, des principes analogues s’appliquent à la présente affaire. La poursuite a choisi de particulariser l’accusation en précisant que l’appelant ne s’était pas présenté en vue d’un traitement. Puisqu’elle a choisi d’utiliser précisément ces termes et qu’elle a présenté une preuve ne concordant pas avec le libellé de l’acte d’accusation, un document qu’elle a elle-même préparé, la poursuite doit en subir les conséquences.

[31] La poursuite était tenue de prouver, hors de tout doute raisonnable, que l’appelant avait l’obligation d’agir, puisque l’accusation repose essentiellement sur une omission. Qu’a-t-on ordonné à l’appelant de faire? Lui a-t-on ordonné de se présenter pour un traitement ou pour une évaluation?

[32] These questions relate to whether the Appellant was entitled to a directed verdict at the close of the prosecution's case. The charge as drafted could not be sustained and, in any event, the evidence did not support the charge of failing to obtain treatment.

[33] In light of Captain Fraser's evidence, the conclusion must be that the Respondent provided no evidence that the Appellant had to present himself for "treatment". He was entitled to succeed on the motion for a directed verdict. Since the applicable standard of review for this issue is correctness, this Court can substitute its own view and enter a verdict of not guilty. This result is based upon the circumstances of this case and should not be taken as a judgment upon the behaviour of the Appellant.

TRUDEL J.A.: I concur.

MAINVILLE J.A.: I concur.

[32] Ces questions visent à déterminer si l'appelant avait droit à un verdict imposé lorsque la poursuite a clos sa preuve. L'acte d'accusation, tel qu'il était rédigé, ne pouvait être défendu et, quoi qu'il en soit, la preuve n'était pas l'accusation voulant que l'appelant ne se soit pas présenté pour recevoir un traitement.

[33] Compte tenu du témoignage du capitaine Fraser, je dois conclure que l'intimée n'a pas prouvé que l'appelant devait se présenter en vue d'un « traitement ». Ce dernier aurait dû voir sa requête en verdict imposé accueillie. Comme la norme de contrôle applicable à cette question est celle de la décision correcte, notre Cour peut substituer à la décision sa propre opinion et imposer un verdict de non-culpabilité. Cette conclusion repose sur les circonstances de la présente affaire et ne devrait pas être considérée comme une appréciation du comportement de l'appelant.

TRUDEL, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

MAINVILLE, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.