

R. v. Larouche, 2014 CMAC 6

CMAC 558

**Private R. Larouche**

*Appellant,*

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent.*

Heard: Montreal, Quebec November 8, 2013, January 24, 2014.

Judgment: Ottawa, Ontario, April 30, 2014.

Present: Cournoyer, Boivin and Doyon JJ.A.

Appeal from a conviction by Standing Court Martial at St.-Jean Garrison, St-Jean-sur-Richelieu, Quebec, on May 22, 2012.

*Constitutional Law — S. 11(f) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Constitutionality of s. 130(1)(a) of the National Defence Act — Exclusion of evidence — S. 24(2) of the Charter — Validity of search warrants — Integrity of the judicial pre-authorization system — Charter breach — Justification of the breach under s. 1 of the Charter — Application of the two-prong Oakes test — S. 52 of the Constitution Act, 1982 — Pressing and substantial objective — Burden of proof under s. 1 — Balancing of the various factors under s. 24(2) of the Charter.*

*Voyeurism — Possession of child pornography — Criminal Code — Overbreadth of s. 130(1)(a) of the National Defence Act — Military nexus test — Trial by jury — Reading down — Reading into — Code of Service Discipline — An offence under military law — Presumption of knowledge on the Parliament's side — Consent — Sincerity of belief — Conduct to the Prejudice of Good Order and Discipline — Specific and distinct nature of military courts — Acquittal.*

The appellant challenges the constitutionality of paragraph 130(1)(a) of the *National Defence Act* on the basis of infringement of paragraph 11(f) of the Charter. He also challenges the failure of the Military Judge to exclude evidence under subsection 24(2) of the Charter. The Military Judge refused to exclude inculpatory evidence resulting from two warrants for the appellant's electronic devices as well as printed graphic material. The Military Judge found that these

R. c. Larouche, 2014 CACM 6

CMAC 558

**Soldat R. Larouche**

*Appelant,*

c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée.*

Audience : Montréal (Québec), le 8 novembre 2013, le 24 janvier 2014.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 30 avril 2014.

Devant : Les juges Cournoyer, Boivin et Doyon, J.C.A.

Appel d'une déclaration de culpabilité rendue par une cour martiale permanente tenue à la Garnison Saint-Jean, à Saint-Jean-sur-Richelieu (Québec), le 22 mai 2012.

*Droit constitutionnel — Art. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés — Constitutionnalité de l'art. 130(1)a) de la Loi sur la défense nationale — Exclusion de la preuve — Art. 24(2) de la Charte — Validité des mandats de perquisition — Intégrité du système d'autorisation judiciaire — Violation de la Charte — Justification de la violation en vertu de l'article premier de la Charte — Application du critère à deux volets de l'arrêt Oakes — Art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Préoccupations urgentes et réelles — Fardeau de la preuve sous l'article premier — Pondération des facteurs sous l'art. 24(2) de la Charte.*

*Voyeurisme — Possession de pornographie juvénile — Code criminel — Portée excessive de l'art. 130(1)a) de la Loi sur la défense nationale — Critère du lien de connexité avec le service militaire — Procès par jury — Interprétation atténuée — Interprétation large — Code de discipline militaire — Infraction relevant de la justice militaire — Présomption de connaissance du Parlement — Consentement — Sincérité de la croyance — Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline — Caractère spécifique et distinct des tribunaux militaires — Acquittement.*

L'appelant conteste la constitutionnalité de l'alinéa 130(1)a) de la *Loi sur la défense nationale* pour cause de violation de l'alinéa 11f) de la Charte. Il conteste aussi le refus du juge militaire d'exclure la preuve en application du paragraphe 24(2) de la Charte. Le juge militaire a refusé d'exclure la preuve inculpatoire résultant de deux mandats de perquisition visant des appareils électroniques de l'appelant de même que du matériel graphique imprimé. Le juge militaire a estimé que ces

warrants were illegally obtained, however he admitted the evidence on the basis of society's interest in adjudication of the case on its merits.

*Held:* Appeal allowed, convictions set aside, acquittal entered.

The impugned section of the *National Defence Act* infringes section 7 of the Charter on the basis of overbreadth where there is no military nexus reading. It is appropriate to read in such a nexus, to allow the trial under the section 130 when the charge is so connected with the military in its nature and circumstance that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the Canadian Forces. Such charges pertain directly to the discipline, efficiency and morale of the military. The test, stated as such, is consistent with both *MacKay* and *Généreux*. The Court is bound by the conclusions on this matter as stated in *Moriarity*.

With respect to the subsection 24(2) analysis, the Military Judge erred by not addressing the reasonableness of the investigator's belief in the presence of the elements of the voyeurism charge. It was unreasonable for the investigating officer to be unaware of the requirement that observations constituting voyeurism be surreptitious. The Military Judge also failed to consider that the seriousness of the offence is a factor which cuts both ways. In this case, as both the breach and the offence are serious, the integrity of prior authorization of searches as a protection of constitutional rights is in peril. The balancing of the protection of section 8 of the Charter and maintenance of confidence in the justice system is not different in the military justice context than it is in the civilian criminal justice context. The Military Judge placed undue emphasis on the protection of the military justice system. In this case, the protection of the integrity of the administration of justice favours the exclusion of the evidence.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Amendments to the *National Defence Act*, Schedule 1 of *An Act to amend certain Acts having regard to the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, R.S.C. 1985 (1st Supp.), c. 31.
- An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35.
- An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act*, S.C. 2008, c. 29.
- An Act to amend the National Defence Act (military judges)*, S.C. 2011, c. 22.

mandats avaient été obtenus illégalement, toutefois il a admis la preuve au motif de l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond.

*Arrêt* : Appel accueilli, condamnations annulées, verdict d'acquiescement inscrit.

L'article contesté de la *Loi sur la défense nationale* enfreint l'article 7 de la Charte, au motif qu'il a une portée excessive si on en fait une interprétation restrictive qui n'inclut pas de lien de connexité avec le service militaire. Il est approprié d'y inclure un tel lien, afin d'autoriser la poursuite du procès au titre de l'article 130, lorsque l'infraction est, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu'elle serait susceptible d'influer sur le niveau général de discipline et d'efficacité et le moral des Forces canadiennes. Les infractions de ce type touchent directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes. Le critère, formulé de cette façon, est compatible à la fois avec l'arrêt *MacKay* et l'arrêt *Généreux*. La Cour est liée par les conclusions sur cette question énoncées dans l'arrêt *Moriarity*.

En ce qui a trait à l'analyse du paragraphe 24(2), le juge militaire a commis une erreur en ne traitant pas du caractère raisonnable de la croyance de l'enquêteur en la présence d'éléments d'une infraction de voyeurisme. Il était déraisonnable que le policier ne soit pas au courant de l'exigence liée au caractère subreptice des observations constituant du voyeurisme. Le juge militaire a également omis de tenir compte du fait que la gravité de l'infraction est un facteur qui peut jouer dans les deux sens. En l'espèce, comme la violation de la Charte et l'infraction sont toutes deux graves, l'intégrité de l'autorisation préalable de mandats de perquisition comme moyen de protection des droits constitutionnels est menacée. L'équilibre visé entre la protection offerte par l'article 8 de la Charte et le maintien de la confiance dans le système de justice n'est pas différent que ce soit dans le contexte de la justice militaire ou dans le contexte de la justice pénale civile. Le juge militaire a accordé trop d'importance à la protection du système de justice militaire. En l'espèce, la protection de l'intégrité de l'administration de la justice joue en faveur de l'exclusion de la preuve.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11f), 24(2).
- Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 162(5), 163.1(4).
- Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44.
- Directives et ordonnances administratives de la défense* (DOAD), 5012-0 (Prévention et résolution du harcèlement).
- Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, ch. 29.
- Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, ch. 35.

Bill C-7, *An Act to amend the National Defence Act*, 39th Parl., 1st Sess., 2006.  
 Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 36th Parl., 1st Sess., 1998.  
 Bill C-41, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 40<sup>th</sup> Parl., 3<sup>rd</sup> Sess., 2010.  
 Bill C-45, *An Act to Amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 39th Parl., 2nd Sess., 2008.  
*Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(f), 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 162(5), 163.1(4).  
*Defence Administrative Orders and Directives (DAOD)*, 5012-0 (Harassment Prevention and Resolution).  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 130(1)(a).  
*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. 112.24.  
*Strengthening Military Justice in the Defence of Canada Act*, S.C. 2013, c. 24.

*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (juges militaires)*, L.C. 2011, ch. 22.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 130(1)a).  
*Loi visant à renforcer la justice militaire pour la défense du Canada*, L.C. 2013, ch. 24.  
 Modifications à la *Loi sur la défense nationale*, Annexe 1 de la *Loi modifiant certaines lois eu égard à la Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. 1985 (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31.  
*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. 112.24.  
 Projet de loi C-7, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale*, 39<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 2006.  
 Projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 36<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 1998.  
 Projet de loi C-41, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 40<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess., 2010.  
 Projet de loi C-45, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 39<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., 2008.

## CASES CITED

*ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Caudal v. The Queen* (1985), 4 C.M.A.R. 338, 63 N.R. 58; *Cojocar v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2012 SCC 30, [2013] 2 S.C.R. 357; *Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433, 120 N.R. 82 (aff'd [1989] 2 S.C.R. 1073); *MacDonald v. The Queen*, 4 C.M.A.R. 277, 1983 CanLII 3128; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, 114 D.L.R. (3d) 393; *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233, 78 D.L.R. (3d) 655; *Murphy v. Welsh* (1991), 81 D.L.R. (4th) 475, 50 O.A.C. 246; *O'Callahan v. Parker* (1969), 395 U.S. 258; *R. v. Arcand*, 2010 ABCA 363, 499 A.R. 1; *R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 48; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, 90 N.R. 321; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, 58 N.R. 81; *R. c. Boudreau-Fontaine*, 2010 QCCA 1108, 93 W.C.B. (2d) 47; *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918, 155 N.R. 225; *R. v. Brown*, 5 C.M.A.R. 280, 35 C.R. (4th) 318, [1995] C.M.A.J. No. 1 (QL); *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75,

## JURISPRUDENCE CITÉE

*ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Caudal c. La Reine* (1985), 4 C.A.C.M. 338, 63 N.R. 58; *Cojocar c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2012 CSC 30, [2013] 2 R.C.S. 357; *Ionson c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 433, 120 N.R. 82 (conf. par [1989] 2 R.C.S. 1073); *MacDonald c. La Reine*, 4 C.A.C.M. 277, 1983 CanLII 3128; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, 114 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 393; *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233, 78 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 655; *Murphy v. Welsh* (1991), 81 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 475, 50 O.A.C. 246; *O'Callahan v. Parker*, (1969), 395 U.S. 258; *R. v. Arcand*, 2010 ABCA 363, 499 A.R. 1; *R. c. Aucoin*, 2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 48; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, 90 N.R. 321; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 58 N.R. 81; *R. c. Boudreau-Fontaine*, 2010 QCCA 1108, 93 W.C.B. (2<sup>d</sup>) 47; *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918, 155 N.R. 225; *R. c. Brown*, 5 C.A.C.M. 280, 35 C.R. (4<sup>th</sup>) 318, [1995] A.C.A.C. n° 1 (QL); *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. c. Davey*, 2012 CSC 75, [2012] 3 R.C.S. 828; *R.*

[2012] 3 S.C.R. 828; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, 142 N.R. 1; *R. v. Dombrowski* (1985), 18 C.C.C. (3d) 164, 37 Sask. R. 259 (SK CA); *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, 103 N.R. 86; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Gagnéux*, [1992] 1 S.C.R. 259, 88 D.L.R. (4th) 110; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Hayden*, 1997 ABCA 259, 200 A.R. 279; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, 174 N.R. 81; *R. v. Ionson*, [1989] 2 S.C.R. 1073, 120 N.R. 81; *R. v. Keough*, 2011 ABQB 48, 267 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, 121 N.R. 161; *R. v. Larouche*, 2012 CM 3008, 108 W.C.B. (2d) 61; *R. v. Larouche*, 2012 CM 3009, 108 W.C.B. (2d) 45; *R. v. Larouche*, 2012 CM 3023, 108 W.C.B. (2d) 68, 2012 CarswellNat 5721; *R. v. Leblanc*, 2011 CMAC 2, 7 C.M.A.R. 559; *R. v. Lévesque*, 6 C.M.A.R. 149, [1999] C.M.A.J. no 7 (QL), 46 W.C.B. (2d) 282; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Moriarity*, 2014 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 720 (aff'd 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485); *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, 53 O.R. (2d) 71; *R. v. Pastro*, 42 C.C.C. (3d) 485, 1988 CanLII 214 (SK CA); *R. v. Reddick* (1996), 5 C.M.A.R. 485, 112 C.C.C. (3d) 491; *R. v. Rocha*, 2012 ONCA 707, 292 C.C.C. (3d) 325; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, 128 N.R. 81; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, 122 N.R. 241; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, 75 N.R. 321; *R. v. Sullivan* (1986), 4 C.M.A.R. 414 (leave to appeal to SCC refused, [1986] 2 S.C.R. ix); *R. v. Teskey*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267; *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 180 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 32672); *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, 96 N.R. 115; *R. v. Vezina*, 2014 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 777 (aff'd 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485); *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. Wehmeier*, 2014 CMAC 5, 7 C.M.A.R. 828 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 35933); *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, 38 D.L.R. (4th) 530; *Relford v. Commandant* (1970), 397 U.S. 934; *Restaurant Le Clémenceau Inc. v. Drouin*, [1987] 1 S.C.R. 706, 77 NR 72; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, 93 D.L.R. (4th) 1; *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527, 32 N.R. 70; *Solorio v. United States* (1987), 483 U.S. 435; *Thomson v. Workers' Compensation Board (Nova Scotia)*, 2002 NSCA 58, 205 N.S.R. (2d) 55.

*c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, 142 N.R. 1; *R. v. Dombrowski* (1985), 18 C.C.C. (3d) 164, 37 Sask. R. 259 (SK CA); *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, 103 N.R. 86; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Gagnéux*, [1992] 1 R.C.S. 259, 88 D.L.R. (4th) 110; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. v. Hayden*, 1997 ABCA 259, 200 A.R. 279; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 174 N.R. 81; *R. c. Ionson*, [1989] 2 R.C.S. 1073, 120 N.R. 81; *R. v. Keough*, 2011 ABQB 48, 267 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, 121 N.R. 161; *R. c. Larouche*, 2012 CM 3008, 108 W.C.B. (2d) 61; *R. c. Larouche*, 2012 CM 3009, 108 W.C.B. (2d) 45; *R. c. Larouche*, 2012 CM 3023, 108 W.C.B. (2d) 68, 2012 CarswellNat 5543; *R. c. Leblanc*, 2011 CACM 2, 7 C.A.C.M. 559; *R. c. Lévesque*, 6 C.A.C.M. 149, [1999] A.C.A.C. n° 7 (QL), 46 W.C.B. (2d) 282; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Moriarity*, 2014 CACM 1, 7 C.A.C.M. 720 (conf. par 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485); *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 53 O.R. (2d) 71; *R. v. Pastro*, 42 C.C.C. (3d) 485, 1988 CanLII 214 (SK CA); *R. c. Reddick* (1996), 5 C.A.C.M. 485, 112 C.C.C. (3d) 491; *R. v. Rocha*, 2012 ONCA 707, 292 C.C.C. (3d) 325; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 128 N.R. 81; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, 122 N.R. 241; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, 75 N.R. 321; *R. c. Sullivan* (1986), 4 C.A.C.M. 414 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [1986] 2 R.C.S. ix); *R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267; *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, 7 C.A.C.M. 180 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la cour : 32672); *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 96 N.R. 115; *R. c. Vezina*, 2014 CACM 3, 7 C.A.C.M. 777 (conf. par 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485); *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *R. c. Wehmeier*, 2014 CACM 5, 7 C.M.A.C. 828 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la Cour : 35933); *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, 38 D.L.R. (4th) 530; *Relford v. Commandant* (1970), 397 U.S. 934; *Restaurant Le Clémenceau Inc. c. Drouin*, [1987] 1 R.C.S. 706, 77 NR 72; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 93 D.L.R. (4th) 1; *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527, 32 N.R. 70; *Solorio v. United States* (1987), 483 U.S. 435; *Thomson v. Workers' Compensation Board (Nova Scotia)*, 2002 NSCA 58, 205 N.S.R. (2d) 55.

## AUTHORS CITED

Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. New York: Cambridge University Press, 2012.

## DOCTRINE CITÉE

Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. New York, Cambridge University Press, 2012.

- Béliveau, Pierre and Martin Vaclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 20th ed. Cowansville, Qc.: Éditions Yvon Blais, 2013.
- Canada. Department of National Defence. *Judge Advocate General Annual Report* (2007-2008, 2008-2009, 2009-2010 and 2010-2011). Ottawa, 2008-2011.
- Canada. Department of National Defence. *Report of the Second Independent Review Authority to The Honourable Peter G. MacKay Minister of National Defence*, by the Honourable Patrick J. Lesage. Ottawa: Minister of National Defence, December 2011.
- Canada. Library of Parliament. *Legislative Summary of Bill C-15: An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, Legislative Summary 41-1-C15-E by Erin Shaw and Dominique Valiquet, revised 2 May 2013. Ottawa, 24 April 2012, revised 2 May 2013.
- Cormier, Patrick. « La Justice militaire canadienne : le procès sommaire est-il conforme à l'article 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés? » (2000), 45 *McGill L.J.* 209.
- Côté, Pierre-André, Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Halsbury's Laws of Canada – Military*, 1st ed., by Natalie Venslovaitis and Catherine Morin, eds. with the collaboration of the Office of the Judge Advocate General for the Canadian Armed Forces. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2011, updated December 15, 2013.
- Heard, Andrew D. « Military Law and the Charter of Rights » (1987-88), 11 *Dal. L.J.* 514.
- Ho, Rubsun. « A World That Has Walls: A Charter Analysis of Military Tribunals » (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149.
- Hogg, Peter W. *Canada Act 1982 Annotated*. Toronto: Carswell, 1982.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Vol. 2, loose-leaf, update 1, 2013. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.
- Hutchison, Scott C. *Hutchison's Canadian Search Warrant Manual 2005: A Guide to Legal and Practical Issues Associated with Judicial Pre-Authorization of Investigative Techniques*, 2nd ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2004.
- Lamer, Right Honourable Antonio. « The First Independent Review of the provisions and operation of Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998, c. 35 ». Submitted to the Minister of National Defence, September 3, 2003 (online: <http://mgerc-ceedm.gc.ca/documents/lamer-eng.pdf>).
- Lunau, Ronald D. « Military Tribunals Under the Charter » (1992), 2 *N.J.C.L.* 197.
- Manning, Morris and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Béliveau, Pierre et Martin Vaclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 20<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2013.
- Canada. Bibliothèque du Parlement. *Résumé législatif du projet de loi C-15 : Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, Résumé législatif 41-1-C15-F par Erin Shaw et Dominique Valiquet, révisé le 2 mai 2013. Ottawa, 24 avril 2012, révisé le 2 mai 2013.
- Canada. Ministère de la Défense nationale. *Rapport annuel du Juge-avocat général* (2007-2008, 2008-2009, 2009-2010 et 2010-2011). Ottawa, 2008-2011.
- Canada. Ministère de la Défense nationale. *Rapport final de l'autorité indépendante chargée de deuxième examen à l'honorable Peter G. MacKay Ministre de la Défense nationale*, par L'honorable Patrick J. Lesage. Ottawa, ministre de la Défense nationale, décembre 2011.
- Cormier, Patrick. « La Justice militaire canadienne : le procès sommaire est-il conforme à l'article 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés? » (2000), 45 *R.D. McGill* 209.
- Côté, Pierre-André, Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal, Thémis, 2009.
- Halsbury's Laws of Canada – Military*, 1<sup>re</sup> éd., par Natalie Venslovaitis et Catherine Morin, dir., avec la collaboration du Cabinet du Juge-avocat général des Forces armées canadiennes. Markham (Ont.), LexisNexis Canada, 2011, à jour au 15 décembre 2013.
- Heard, Andrew D. « Military Law and the Charter of Rights » (1987-88), 11 *Dal. L.J.* 514.
- Ho, Rubsun. « A World That Has Walls: A Charter Analysis of Military Tribunals » (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149.
- Hogg, Peter W. *Canada Act 1982 Annotated*. Toronto, Carswell, 1982.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto, Carswell, 1985.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. supp., vol. 2, feuilles mobiles, mise à jour 1, 2013. Toronto, Thomson/Carswell, 2007.
- Hutchison, Scott C. *Hutchison's Canadian Search Warrant Manual 2005: A Guide to Legal and Practical Issues Associated with Judicial Pre-Authorization of Investigative Techniques*, 2<sup>nd</sup> ed. Toronto, Thomson/Carswell, 2004.
- Lamer, le très honorable Antonio. « Le premier examen indépendant des dispositions et de l'application du projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, conformément à l'article 96 des Lois du Canada 1998, ch. 35 ». Présenté au ministre de la Défense nationale, le 3 septembre 2003 (en ligne : <http://mgerc-ceedm.gc.ca/documents/lamer-fra.pdf>).
- Lunau, Ronald D. « Military Tribunals Under the Charter » (1992), 2 *N.J.C.L.* 197.
- Manning, Morris et Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4<sup>e</sup> éd. Markham (Ont.), LexisNexis, 2009.
- McDonald, R. Arthur. *Les avocats militaires du Canada*. Ottawa, Cabinet du Juge-avocat général, 2002.

- McDonald, R. Arthur. *Canada's Military Lawyers*. Ottawa: Office of the Judge Advocate General, 2002.
- McNairn, David. "A Military Justice Primer" (2002), 7 *Can. Crim. L. Rev.* 299.
- Morel, André. "Certain Guarantees of Criminal Procedure" in Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms — Commentary*. Toronto: Carswell, 1982.
- Morel, André. "Les garanties en matière de procédure et de peines" in Gérald-A. Beaudoin and Walter S. Tarnopolsky, eds., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1982.
- Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*. Markham (Ont.): LexisNexis, 2011.
- Pitzul, Jerry S.T. and John C. Maguire. "A Perspective on Canada's Code of Service Discipline", in E.R. Fidell and D.H. Sullivan, eds, *Evolving Military Justice*, 233-245. Annapolis, Md.: Naval Institute Press, 2002. Also available in 52 *A.F.L. Rev.* 1.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Marham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Tarnopolsky, Walter S. "The New Canadian Charter of Rights and Freedoms as Compared and Contrasted With the American Bill of Rights" (1983), 5 *Hum. Rts. Q.*, 227.
- Walker, Janet. "Military Justice: From Oxymoron to Aspiration" (1994), 32(1) *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Morel, André. « Certain Guarantees of Criminal Procedure » dans Walter S. Tarnopolsky et Gérald-A. Beaudoin, dir., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms — Commentary*. Toronto, Carswell, 1982.
- McNairn, David. « Introduction au système de justice militaire » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 299.
- Morel, André. « Les garanties en matière de procédure et de peines » dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal, Wilson & Lafleur, 1982.
- Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli et James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*. Markham (Ont.), LexisNexis, 2011.
- Pitzul, Jerry S.T. et John C. Maguire, « A Perspective on Canada's Code of Service Discipline », dans E. R. Fidell et D.H. Sullivan, dir, *Evolving Military Justice*, 233-245. Annapolis (Md.), Naval Institute Press, 2002. Aussi disponible dans 52 *A.F.L. Rev.* 1.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham (Ont.), LexisNexis, 2008.
- Tarnopolsky, Walter S. « The New Canadian Charter of Rights and Freedoms as Compared and Contrasted With the American Bill of Rights » (1983), 5 *Hum. Rts. Q.*, 227.
- Walker, Janet. « Military Justice: From Oxymoron to Aspiration » (1994), 32(1) *Osgoode Hall L.J.* 1.

## COUNSEL

*Lieutenant-Commander Mark Létourneau*, for the appellant.  
*Lieutenant-Colonel Jean-Bruno Cloutier*, for the respondent.

*The following is the English version of the reasons for judgment delivered by*

COURNOYER J.A.:

I. Introduction

[1] The appellant is appealing from a decision of a Standing Court Martial dated August 31, 2012 (*R. v. Larouche*, 2012 CM 3009), convicting him of voyeurism (subsection 162(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*Criminal Code*)) and possession of child pornography (subsection 163.1(4) of the *Criminal Code*) (The appellant also faces criminal charges under sections 139, 151, 152, 212(4), 153(1)(a), 153(1)(b), 163.1(2)(a) and

## AVOCATS

*Capitaine de corvette Mark Létourneau*, pour l'appellant.  
*Lieutenant-colonel Jean-Bruno Cloutier*, pour l'intimée.

*Ce qui suit sont les motifs du jugement prononcés en français par*

LE JUGE COURNOYER, J.C.A. :

I. Introduction

[1] L'appellant se pourvoit à l'encontre d'une décision rendue le 31 août 2012 (*R. c. Larouche*, 2012 CM 3009) par une cour martiale permanente qui le déclare coupable de voyeurisme (paragraphe 162(5) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (*Code criminel*)) et de possession de pornographie juvénile (paragraphe 163.1(4) du *Code criminel*) (L'appellant fait aussi l'objet d'accusations criminelles selon les articles 139, 151, 152, 212(4),

163.1(4)(a) of the *Criminal Code* in the ordinary criminal courts (docket 150-01-038423-126 (QC CQ)).

[2] He raises two grounds of appeal: the unconstitutionality of paragraph 130(1)(a) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (NDA), and the trial judge's refusal to exclude evidence under subsection 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) (*R. v. Larouche*, 2012 CM 3008).

[3] At the hearing held on November 8, 2013, the appellant was granted leave, in accordance with the rule in *R. v. Wigman* ([1987] 1 S.C.R. 246), to raise a constitutional argument with respect to paragraph 130(1)(a) of the NDA, since this Court had to decide on this issue in *R. v. Moriarity*, (2014 CMAc 1, 7 C.M.A.R. 720 (aff'd 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485) (*Moriarity*), at paragraphs 25 and 26) which was heard on September 27, 2013. Had the provision been declared unconstitutional, there would no longer have been any legal basis for the appellant's conviction. (*R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918, at page 924) In addition, this case involves no prejudice to the respondent, the Director of Military Prosecutions (DMP), who has not requested to make a case under section 1 of the Charter. The hearing of this issue was adjourned to January 24, 2014.

[4] Several days before the second day of the appeal hearing, this Court rendered its decision in *Moriarity*, above, in which it found that paragraph 130(1)(a) of the NDA was overly broad, but confirmed that it was constitutional by reason of the application of the military nexus test.

[5] The parties received a copy of this decision as well as a direction from the Court requesting their submissions on the decision, on the Supreme Court's decision in *R. v. Ionson*, ([1989] 2 S.C.R. 1073 (*Ionson*)) on the application of *stare decisis* and on the use of reading in as a remedy.

[6] In accordance with article 112.24 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O),

153(1)a), 153(1)b), 163.1(2)a) et 163.1(4)a) du *Code criminel* devant les tribunaux criminels ordinaires (dossier 150-01-038423-126 (QC CQ)).

[2] Il formule deux moyens d'appel : l'inconstitutionnalité de l'alinéa 130(1)a) de la *Loi sur la défense nationale* (LDN) et le refus du juge d'instance d'exclure la preuve en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte) (*R. c. Larouche*, 2012 CM 3008).

[3] Lors de l'audition tenue le 8 novembre 2013, l'appelant a été autorisé, conformément à la règle énoncée dans l'arrêt *R. c. Wigman* ([1987] 1 R.C.S. 246), à soulever le moyen relatif à la constitutionnalité de l'alinéa 130(1)a) de la LDN, car notre Cour devait trancher cette question dans l'affaire *R. c. Moriarity* (2014 CACM 1, 7 C.A.C.M. 720 (conf. par 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485) (*Moriarity*), aux paragraphes 25 et 26) qui avait été entendue le 27 septembre 2013. Dans la perspective d'une déclaration d'inconstitutionnalité, la déclaration de culpabilité de l'appelant n'aurait plus aucun fondement juridique (*R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918, à la page 924). De plus, il n'y a, en l'espèce, aucun préjudice pour l'intimée, le Directeur des poursuites militaires (DPM), qui n'a pas demandé qu'une preuve soit présentée sous l'article 1 de la Charte. Nous avons ajourné l'audition de cette question au 24 janvier 2014.

[4] Il faut aussi préciser que quelques jours avant la deuxième journée d'audition du pourvoi, notre Cour a rendu l'arrêt *Moriarity*, précité, où elle a conclu à la portée excessive de l'alinéa 130(1)a) de la LDN, mais en a confirmé la constitutionnalité en raison de l'application du critère du lien de connexité avec le service militaire (« military nexus test »).

[5] Les parties ont reçu copie de cette décision de même qu'une directive de la Cour leur demandant leurs observations à propos de celle-ci, de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Ionson* ([1989] 2 R.C.S. 1073 (*Ionson*)), de l'application du *stare decisis* et de l'utilisation de l'interprétation large (« reading in ») comme mesure correctrice.

[6] La constitutionnalité de l'alinéa 130(1)a) de la LDN est, selon l'article 112.24 des *Ordonnances et*

the constitutionality of paragraph 130(1)(a) of the NDA is an issue of jurisdiction, which I will examine first.

## II. Issues

[7] The following two topics will therefore be analyzed in turn:

- (1) Constitutionality of paragraph 130(1)(a) of the NDA; and
- (2) Exclusion of evidence under subsection 24(2) of the Charter.

## III. Analysis

### A. *First ground of appeal: constitutionality of paragraph 130(1)(a) of the NDA*

#### (1) *Moriarity*

[8] I fully agree with the approach and conclusions of Chief Justice Blanchard in *Moriarity*, above, with regard to the overbreadth of paragraph 130(1)(a) of the NDA and the violation of section 7 and paragraph 11(f) of the Charter (See also *R. v. Vezina*, 2014 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 777 (aff'd 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485), at paragraphs 11 to 15).

[9] First, I note that the appellant has, as stated by Chief Justice Blanchard, the legal standing required within the meaning of *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* ([1985] 1 S.C.R. 295) to raise the issue of whether section 130 of the NDA is constitutional even though military nexus has been established in his case. In this regard, it must be recalled that the circumstances surrounding the offences are not important, as the Supreme Court rejected the American “constitutional as applied” approach in *R. v. DeSousa* ([1992] 2 S.C.R. 944, at page 955) and *R. v. Smith* ([1987] 1 S.C.R. 1045, at page 1078) In fact, any accused may “defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid” (*R. v. Big M Drug Mart*, at pages 313 and 314).

*règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC)*, une question de compétence, que j’aborderai en premier.

## II. Questions en litige

[7] Les deux sujets suivants seront donc analysés tour à tour :

- 1) La constitutionnalité de l’alinéa 130(1)a) de la LDN; et
- 2) L’exclusion de la preuve sous le paragraphe 24(2) de la Charte.

## III. Analyse

### A. *Le premier moyen d’appel : La constitutionnalité de l’alinéa 130(1)a) de la LDN*

#### (1) L’arrêt *Moriarity*

[8] Je partage entièrement l’approche et les conclusions du juge en chef Blanchard dans l’arrêt *Moriarity*, précité, au sujet de la portée excessive de l’alinéa 130(1)a) de la LDN et de la violation de l’article 7 et de l’alinéa 11f) de la Charte (Voir aussi *R. v. Vezina*, 2014 CMAC 3, 7 C.A.C.M. 777 (conf. par 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485), aux paragraphes 11 à 15).

[9] Je précise d’abord que l’appelant possède, comme l’affirme le juge en chef Blanchard, l’intérêt juridique requis au sens de l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart* ([1985] 1 R.C.S. 295) pour soulever la question de la constitutionnalité de l’article 130 de la LDN, même si le lien de connexité avec le service militaire est établi dans son dossier. À cet égard, il faut rappeler que les circonstances de la perpétration des infractions sont sans importance, car la Cour suprême a rejeté la théorie américaine de la « constitutionnalité du texte tel qu’appliqué » dans *R. c. DeSousa* ([1992] 2 R.C.S. 944, à la page 955) et *R. c. Smith* ([1987] 1 R.C.S. 1045, à la page 1078). En effet, tout accusé peut « contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l’accusation est portée est inconstitutionnelle » (*R. c. Big M Drug Mart*, aux pages 313 et 314).



[10] Paragraph 130(1)(a) of the NDA reads as follows:

*Offences Punishable by Ordinary Law*

Service trial of civil offences

**130.** (1) An act or omission

(a) that takes place in Canada and is punishable under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament,

...

is an offence under this Division and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2).

[11] Section 7 and paragraph 11(f) of the Charter read as follows:

*Life, liberty and security of person*

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

...

*Proceedings in criminal and penal matters*

**11.** Any person charged with an offence has the right

...

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

...

[12] Paragraph 130(1)(a) of the NDA confers jurisdiction on military courts with respect to both military offences covered by the NDA and criminal offences punishable by ordinary law. The issue is whether it is overly broad and whether it deprives persons who are governed by the NDA of the right to the benefit of trial

[10] L'alinéa 130(1)a) de la LDN prévoit :

*Infractions de droit commun*

Procès militaire pour infractions civiles

**130.** (1) Constitue une infraction à la présente section tout acte ou omission :

a) survenu au Canada et punissable sous le régime de la partie VII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale;

[...]

Quiconque en est déclaré coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2).

[11] L'article 7 et l'alinéa 11f) de la Charte énoncent ce qui suit :

*Vie, liberté et sécurité*

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

[...]

*Affaires criminelles et pénales*

**11.** Tout inculpé a le droit :

[...]

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

[...]

[12] L'alinéa 130(1)a) de la LDN confère compétence aux tribunaux militaires à l'égard tant des infractions militaires contenues dans la LDN que des infractions pénales à la loi ordinaire. La question est de savoir s'il a une portée excessive et s'il prive les personnes assujetties à la LDN du droit de bénéficier d'un procès avec

by jury in respect of offences under military law within the meaning of paragraph 11(f) of the Charter.

[13] In *Moriarity*, above, Chief Justice Blanchard makes a remarkable summary of the jurisprudence of this Court and of that of the Supreme Court; the legislative history, purpose and functioning of the NDA; and the purpose of the *Code of Service Discipline*, which he defines in the words of Chief Justice Lamer in *R. v. Généreux* ([1992] 1 S.C.R. 259, at page 293 (*Généreux*)): “[t]he purpose of a separate system of military tribunals is to allow the Armed Forces to deal with matters that pertain directly to the discipline, efficiency and morale of the military”.

[14] Like him, I am of the view that the constitutionality of paragraph 130(1)(a) cannot be preserved unless it is interpreted as it was done by Chief Justice Mahoney in *MacDonald v. The Queen* ((1983), 4 C.M.A.R. 277 (*MacDonald*)) over 30 years ago:

An offence that has a real military *nexus* and falls within the letter of subsection 120(1) [now subsection 130(1)] of the *National Defence Act* is an offence under military law as that term is used in paragraph 11(f) of the Charter of Rights.

[15] For the reasons below, I find that subsection 130(1) of the NDA violates section 7 and paragraph 11(f) of the Charter because it is overly broad and, without application of the military nexus test, is therefore likely to deprive Canadian military personnel of their constitutional right to the benefit of trial by jury.

[16] Like Chief Justice Blanchard, I also reject the claim that the DMP’s discretion precludes challenges of the overbreadth of section 130. This discretion, which must be exercised in an autonomous and independent manner that is free from any intervention from the chain of command (See the recent decision in *R. v. Wehmeier*, 2014 CMAC 5, 7 C.M.A.R. 828 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 35933), at paragraph 31. I am not expressing any opinion here regarding the scope of the instructions that the Judge Advocate General can give to the DMP under section 165.17 of the NDA. This issue

jury relativement à des infractions qui ne relèvent pas de la justice militaire au sens de l’alinéa 11f) de la Charte.

[13] Dans l’arrêt *Moriarity*, précité, le juge en chef Blanchard fait une synthèse remarquable de la jurisprudence de notre Cour et de celle de la Cour suprême, de l’histoire législative de la LDN, son objet et son fonctionnement de même que de l’objet du *Code de discipline militaire* qu’il définit selon les termes utilisés par le juge en chef Lamer dans *R. c. Généreux* ([1992] 1 R.C.S. 259, à la page 293 (*Généreux*)) : « [l]e but d’un système de tribunaux militaires distinct est de permettre aux Forces armées de s’occuper des questions qui touchent directement à la discipline, à l’efficacité et au moral des troupes ».

[14] J’estime, comme lui, que la constitutionnalité de l’alinéa 130(1)a) ne peut être préservée que si on l’interprète comme le juge en chef Mahoney l’a fait dans *MacDonald c. La Reine* ((1983), 4 C.A.C.M. 277 (*MacDonald*)) il y a plus de trente ans :

An offence that has a real military nexus and falls within the letter of subsection 120(1) [maintenant le paragraphe 130(1)] of the *National Defence Act* is an offence under military law as that term is used in paragraph 11(f) of the Charter of Rights.

[15] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le paragraphe 130(1) de la LDN viole l’article 7 et l’alinéa 11f) de la Charte, car il a une portée excessive qui est susceptible — sans l’application du critère du lien de connexité avec le service militaire — de priver les militaires canadiens de leur droit constitutionnel de bénéficier d’un procès par jury.

[16] Je rejette aussi, tout comme le juge en chef Blanchard, la prétention selon laquelle la discrétion du DPM empêche la contestation de la portée excessive de l’article 130. Cette discrétion, qui doit s’exercer de manière autonome et indépendante et à l’abri de toute intervention de la chaîne de commandement (Voir la décision récente dans *R. c. Wehmeier*, 2014 CMAC 5, 7 C.M.A.C. 828 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la Cour : 35933), au paragraphe 31. Je n’exprime ici aucune opinion sur la portée des instructions qui peuvent être données par le juge-avocat général au DPM selon l’article 165.17

goes beyond the scope of the appeal and raises separate statutory and constitutional questions of interpretation. See *R. v. Trépanier*, 2008 C.M.A.R. 3, 7 C.M.A.R. 180, at paragraph 98), cannot be relied on to preserve the constitutionality of section 130 (*R. v. Smith*, above, at page 1078).

[17] Section 130 does not comply with the principles of fundamental justice because it goes too far by sweeping conduct into its ambit that bears no relation to its objective (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paragraph 117 (*Bedford*)).

[18] The decision in *Catudal v. The Queen* provides such an example ((1985), 4 C.M.A.R. 338). Mr. Catudal was charged with several counts of arson, but this Court found that one of them had no military nexus because it had been committed in a motel while he was en route to his new military posting (In *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, at page 410, Justice McIntyre stated that a serviceman charged with negligence while he was driving his own vehicle on leave away from his base or any other military establishment should not be tried by military tribunals. This is certainly a reasonable assumption in accordance with *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, and *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45 (*Sharpe*), at paragraph 112).

[19] In applying the principles set out in *Schachter v. Canada* ([1992] 2 S.C.R. 679 (*Schachter*)) and *R. v. Ferguson*, (2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, (*Ferguson*)) it is possible and constitutionally appropriate to read down this provision to limit its scope and to read into it the military nexus requirement enunciated by Justice McIntyre in his concurring opinion in *MacKay v. The Queen* ([1980] 2 S.C.R. 370 (*MacKay*)).

[20] In my view, the question of whether paragraph 130(1)(a) of the NDA is constitutional is asked in a similar manner to that of section 163.1 of the *Criminal Code*, which was at issue in *Sharpe*, above, and whose overbreadth was being disputed. We are also “[c]onfronted

de la LDN. Cette question déborde le cadre du pourvoi et soulève des questions d’interprétation législatives et constitutionnelles distinctes. Voir *R. c. Trépanier*, 2008 C.M.A.R. 3, 7 C.A.C.M. 180, au paragraphe 98), ne peut être invoquée pour sauvegarder la constitutionnalité de l’article 130 (*R. c. Smith*, précité, à la page 1078).

[17] L’article 130 n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale, car il va trop loin en faisant tomber sous le coup de son application des comportements qui n’ont aucun lien avec son objectif (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, au paragraphe 117 (*Bedford*)).

[18] L’arrêt *Catudal v. La Reine* fournit un tel exemple ((1985), 4 C.A.C.M. 338). M. Catudal faisait l’objet de plusieurs chefs d’accusation d’incendies criminels, mais notre Cour a conclu que l’un d’entre eux n’avait aucun lien de connexité avec le service militaire puisqu’il avait été commis dans un motel durant son déplacement vers sa nouvelle affectation militaire (Dans *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, à la page 410, le juge McIntyre affirme que le militaire qui, accusé de négligence alors qu’il conduit son propre véhicule pendant une permission, hors de sa base et de toute autre installation militaire, ne doit pas être assujéti à la compétence des tribunaux militaires. Il s’agit certainement d’une hypothèse raisonnable au sens des arrêts *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761 et *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45 (*Sharpe*), au paragraphe 112).

[19] En appliquant les principes formulés dans les arrêts *Schachter c. Canada* ([1992] 2 R.C.S. 679 (*Schachter*)) et *R. c. Ferguson* (2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96 (*Ferguson*)), il est possible et constitutionnellement approprié d’adopter une interprétation atténuée (« reading down ») de cet article pour en restreindre la portée et d’y inclure à cette fin, par interprétation large (« reading in »), le critère du lien de connexité avec le service militaire formulé par le juge McIntyre dans son opinion concordante dans l’arrêt *MacKay c. La Reine* ([1980] 2 R.C.S. 370 (*MacKay*)).

[20] À mon avis, la manière dont se pose la question de la constitutionnalité de l’alinéa 130(1)a) de la LDN ressemble à celle de l’article 163.1 du *Code criminel* qui était en cause dans l’affaire *Sharpe*, précitée, et dont on contestait la portée excessive. Nous sommes ici aussi

with a law that is substantially constitutional and peripherally problematic” (*Sharpe*, at paragraph 111) here. In *Sharpe*, Chief Justice McLachlin found that “the appropriate remedy in this case is to read into the law an exclusion of the problematic applications of s. 163.1” (*Sharpe*, at paragraph 114). The same reasoning applies here with respect to section 130 of the NDA.

[21] An offence under section 130 of the NDA may be tried under the *Code of Service Discipline* when it is so connected with the military service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the Canadian Forces. Such an offence is an offence under military law within the meaning of paragraph 11(f) of the Charter and falls under the jurisdiction of the military courts because it pertains directly to the discipline, efficiency and morale of the military.

[22] This is the interpretation that has been followed by this Court over the last 30 years. There has been no compelling reason for the Court to depart from this interpretation, which has stood the test of time.

[23] The military nexus test is part of the “pith and marrow” of Canadian military law. It is not appropriate today to perform further constitutional surgery.

[24] I will now discuss the parties’ submissions regarding the decision in *Moriarity*, above, as they warrant some additional observations and clarifications.

(2) Parties’ positions

(a) *Appellant*

[25] The appellant submits that the decision in *Moriarity* should not be followed given the many analytical errors made by this Court.

[26] First, the appellant argues that the Court confused the analysis required by section 7 of the Charter with that required by section 1.

« [e]n présence d’une disposition législative substantiellement constitutionnelle et marginalement problématique » (*Sharpe*, au paragraphe 111). Dans *Sharpe*, la juge en chef McLachlin concluait que « la réparation qui convient en l’espèce consiste à exclure de la portée de l’art. 163.1, au moyen d’une interprétation large, les applications problématiques de cette disposition » (*Sharpe*, au paragraphe 114). Ce même raisonnement trouve application en l’espèce concernant l’article 130 de la LDN.

[21] Une infraction prévue à l’article 130 de la LDN peut être jugée sous le *Code de discipline militaire* lorsqu’elle est à ce point reliée à la vie militaire, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, qu’elle est susceptible d’influer sur le niveau général de discipline et d’efficacité des Forces canadiennes. Une telle infraction relève de la justice militaire au sens de l’alinéa 11f) de la Charte et de la compétence des tribunaux militaires canadiens, car elle touche directement à la discipline, à l’efficacité et au moral des troupes.

[22] Il s’agit là de l’interprétation adoptée par notre Cour durant les trente dernières années. On n’a fait valoir aucun motif impérieux de s’écarter de cette interprétation, qui a subi avec succès l’épreuve du temps.

[23] Le critère du lien de connexité avec le service militaire fait partie de la « substantifique moelle » du droit militaire canadien. Il n’est pas opportun de procéder aujourd’hui à une nouvelle chirurgie constitutionnelle.

[24] J’aborde maintenant les observations présentées par les parties au sujet de la décision rendue dans *Moriarity*, précité, car elles rendent nécessaires certaines remarques et précisions supplémentaires.

(2) La position des parties

(a) *L’appellant*

[25] L’appellant prétend que la décision rendue dans *Moriarity* ne doit pas être suivie en raison des nombreuses erreurs d’analyse qui ont été commises par notre Cour.

[26] Premièrement, l’appellant soutient que la Cour a confondu l’analyse requise par l’article 7 de la Charte avec celle de l’article 1.

[27] Second, in the appellant's opinion, the Court usurped the function of Parliament in confirming the constitutionality of paragraph 130(1)(a) by reading into that provision the military nexus requirement.

[28] Third, the tests in *MacKay*, above, and *Généreux*, above, referred to by Chief Justice Blanchard in his decision, are incompatible.

[29] Fourth, there is no evidence of a sufficiently pressing and substantial objective to warrant the limitation of these rights and freedoms or of the means chosen by the Court.

(b) *Director of Military Prosecutions*

[30] The DMP has the following position.

[31] First, he argues that Justice McIntyre's opinion in *MacKay*, above, is not binding because it is not a decision of the Court, but rather a concurring opinion on the outcome.

[32] Relying on *Sellars v. The Queen* ([1980] 1 S.C.R. 527 (*Sellars*)), he urges this Court to adopt the obiter of Chief Justice Strayer in *R. v. Reddick* ((1996), 5 C.M.A.R. 485 (*Reddick*)), followed in *R. v. Lévesque* (6 C.M.A.R. 149), according to which the military nexus exists but under the heading of the division of powers. According to the DMP, this decision reversed the prior case law of this Court.

[33] The DMP also submits that the Supreme Court's decision in *Ionson*, above, is not a binding precedent.

(3) Analysis

(a) *Appropriate remedy*

[34] The appellant voices a legitimate concern regarding the use of reading in. He believes that this Court should declare section 130 unconstitutional and that it is for Parliament to determine the nature of the statutory

[27] Deuxièmement, à son avis, la Cour usurpe la fonction du législateur en confirmant la constitutionnalité de l'alinéa 130(1)a par le biais d'une interprétation large qui inclut à cet article le critère du lien de connexité avec le service militaire.

[28] Troisièmement, les critères des arrêts *MacKay*, précité, et *Généreux*, précité, auxquels réfère le juge en chef Blanchard dans sa décision seraient incompatibles entre eux.

[29] Quatrièmement, il y aurait absence de preuve au sujet des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier la restriction de ces droits ou libertés, de même qu'à l'égard de la mesure choisie par la Cour.

(b) *Le Directeur des poursuites militaires*

[30] La position du DPM est la suivante.

[31] D'abord, il postule que l'opinion du juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay* n'est pas contraignante, car il ne s'agit pas d'une décision de la Cour, mais plutôt d'une opinion concordante sur le résultat.

[32] Invoquant l'arrêt *Sellars c. La Reine* ([1980] 1 R.C.S. 527 (*Sellars*)), il enjoint notre Cour à adopter l'opinion incidente du juge en chef Strayer dans *Reddick c. La Reine* ((1996), 5 C.A.C.M. 485 (*Reddick*)), suivie dans l'arrêt *Lévesque c. La Reine* (6 C.A.C.M. 149), selon laquelle un lien de connexité avec le service militaire existe, mais sous la rubrique du partage des compétences. Cette décision aurait renversé la jurisprudence antérieure de notre Cour.

[33] De plus, il estime que la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Ionson*, précité, n'est pas un précédent contraignant.

(3) Analyse

(a) *La réparation appropriée*

[34] L'appelant formule une préoccupation légitime au sujet de l'utilisation de l'interprétation large. Il estime que notre Cour doit déclarer l'article 130 inconstitutionnel et qu'il appartient au Parlement de déterminer

amendments, if any, to be made to the NDA. These claims must be carefully analyzed.

[35] First, it must be mentioned that, in 1983, our Court did not have the benefit of the detailed analysis performed by Chief Justice Lamer in *Schachter*, above, with respect to reading in as a remedy under section 52 of the *Constitution Act, 1982*, or of Chief Justice McLachlin's more recent one in *Ferguson*, above.

[36] However, it cannot be denied that both the reading in and reading down of section 130 by this Court since *MacDonald*, above, has added to this provision a component that is missing from the actual wording of section 130: the case-by-case analysis described by Justice McIntyre in his concurring opinion in *MacKay*, above.

[37] This result could be seen as the recognition of a discretion that is not contained in the provision and that, in appearance at least, is incompatible with the Supreme Court's approach in *Schachter* and *Ferguson*, and, more recently, *Bedford*, above.

[38] Chief Justice McLachlin set out the relevant principles in *Ferguson*, which I summarize as follows (*Ferguson*, above, at paragraphs 49 to 51 and 65):

- Subsection 52(1) of the Constitution provides for alternative remedies to striking down laws that are inconsistent with it, to the extent of the inconsistency, including severance, reading in and reading down;
- In considering alternatives to striking down, courts must carefully consider whether the alternative being considered represents a lesser intrusion on Parliament's legislative role than striking down, that is, courts must be guided by respect for the role of Parliament, as well as respect for the purposes of the Charter when choosing a remedy;
- When a court opts for severance or reading in as an alternative to striking down a provision, it does so

la nature des amendements législatifs qui doivent, le cas échéant, être apportés à la LDN. Ces prétentions méritent d'être soigneusement analysées.

[35] Il faut d'abord dire que notre Cour n'avait pas en 1983 le bénéfice de l'analyse nuancée formulée par le juge en chef Lamer dans *Schachter*, précité, au sujet de l'interprétation large comme mesure correctrice en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et celle plus récente de la juge en chef McLachlin dans *Ferguson*, précité.

[36] Par ailleurs, on ne peut nier que l'interprétation à la fois large et atténuée de l'article 130 adoptée par notre Cour depuis l'arrêt *MacDonald*, précité, a introduit à cet article un élément qui est absent du texte même de l'article 130 : l'analyse au cas par cas décrite par le juge McIntyre dans son opinion concordante dans l'arrêt *MacKay*, précité.

[37] Ce résultat pourrait être perçu comme la reconnaissance d'une discrétion qui n'existe pas à l'article et qui est, en apparence du moins, incompatible avec l'approche formulée par la Cour suprême dans les arrêts *Schachter* et *Ferguson* et encore plus récemment dans l'arrêt *Bedford*, précité.

[38] La juge en chef McLachlin a énoncé les principes pertinents dans *Ferguson* que je résume (*Ferguson*, précité, aux paragraphes 49 à 51 et 65) :

- le paragraphe 52(1) de la Constitution donne ouverture à des solutions de rechange à l'invalidation de dispositions incompatibles avec celle-ci, notamment la dissociation, l'interprétation large et l'interprétation atténuée;
- en examinant les solutions de rechange à l'invalidation, les tribunaux doivent vérifier attentivement si elles représentent un empiètement moins grave que l'invalidation sur les fonctions du législateur — c'est donc dire que les tribunaux sont guidés par le respect du rôle du législateur et des objectifs de la Charte dans le choix de la réparation;
- lorsqu'un tribunal choisit la dissociation ou l'interprétation large plutôt que l'invalidation, il part du

on the assumption that had Parliament been aware of the provision's constitutional defect, it would likely have passed it with the alterations now being made by the court by means of severance or reading in;

- If it is not clear that Parliament would have passed the scheme with the modifications being considered by the court—or if it is probable that it would not have passed it—then for the court to make these modifications would represent an inappropriate intrusion into the legislative sphere; in such cases, the least intrusive remedy is to strike down the constitutionally defective legislation under section 52. It is then left up to Parliament to decide what legislative response, if any, is appropriate;
- The presence of subsection 52(1) with its mandatory wording suggests an intention of the framers of the Charter that unconstitutional laws are deprived of effect to the extent of their inconsistency, not left on the books subject to discretionary case-by-case remedies;
- In cases where the requirements for severance or reading in are met, it may be possible to remedy the inconsistency judicially instead of striking down the impugned legislation as a whole; where this is not possible, the unconstitutional provision must be struck down.

[39] In light of these principles, the issue is whether it can be concluded that Parliament would have passed section 130 with the alterations this Court has made for over 30 years and with those of the Supreme Court in *Ionson*, above.

[40] To answer this question, we must begin by examining the historical background against which this Court's case law has evolved.

[41] Second, I propose performing the analysis described by Chief Justice Lamer in *Schachter* in order to

principe que si le législateur avait su que la disposition était entachée d'un vice sur le plan constitutionnel, il l'aurait probablement édictée sous la forme modifiée que lui donne maintenant le tribunal en ayant recours à la dissociation ou à l'interprétation large;

- s'il n'est pas clair que le législateur aurait édicté la disposition avec les modifications envisagées par le tribunal, ou encore s'il est probable qu'il ne l'aurait pas fait, le tribunal empiéterait de façon injustifiée sur le domaine législatif en les introduisant; en pareil cas, la réparation qui constitue l'empiètement le moins grave consiste à invalider la disposition législative inconstitutionnelle, en application de l'article 52. Il revient alors au législateur de décider quelle doit être la solution législative appropriée, le cas échéant;
- la présence du paragraphe 52(1) et de son libellé obligatoire permet de croire que les rédacteurs de la Charte voulaient que les dispositions législatives inconstitutionnelles soient inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité, et non qu'elles restent en vigueur sous réserve de l'octroi d'une réparation discrétionnaire accordée au cas par cas;
- lorsqu'il est satisfait aux conditions permettant la dissociation ou une interprétation large, les tribunaux peuvent corriger l'incompatibilité plutôt que d'invalider globalement la disposition contestée; lorsque cela n'est pas possible, la disposition inconstitutionnelle doit être invalidée.

[39] À la lumière de ces enseignements, la question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si on peut conclure que le législateur aurait adopté l'article 130 sous la forme que lui a donnée la jurisprudence de notre Cour depuis plus de trente années et la Cour suprême dans l'arrêt *Ionson*, précité.

[40] Pour répondre à cette question, il faut examiner, dans un premier temps, le contexte historique dans lequel la jurisprudence de notre Cour s'est développée.

[41] Dans un deuxième temps, je propose de procéder à l'analyse décrite par le juge en chef Lamer dans *Schachter*

determine whether in *Moriarity*, as the appellant claims, this Court confused the analysis required by section 7 with that required by section 1 and whether it also erred in identifying the pressing and substantial objective of section 130.

[42] Finally, a description of the many legislative reforms made to the NDA since the adoption of the Charter is required to determine whether, in light of these reforms, it can be concluded that Parliament would have passed section 130 in accordance with this Court's interpretation.

[43] This review will confirm that Justice McIntyre's opinion in *MacKay*, above, contains all of the elements required by the *Schachter* test and that this Court was correct in adopting a narrow approach, that is, in reading down section 130, which requires a reading in of the military nexus requirement.

(i) Historical background

[44] As noted by Chief Justice Blanchard, it was in 1980, in *MacKay*, that Justice McIntyre, supported by Justice Dickson (as he then was), commented on the need for a military nexus to confer on military tribunals the jurisdiction to try offences under section 130.

[45] Justice McIntyre refers to American law in his opinion. He does not name them specifically, but it is reasonable to think that he had the Supreme Court of the United States decisions in *O'Callahan v. Parker* ((1969), 395 U.S. 258) (*O'Callahan*) and *Relford v. Commandant* ((1970), 397 U.S. 934 (*Relford*)) in mind (See the opinion of Justice Brooke of this Court in *R. v. Sullivan* (1986), 4 C.M.A.R. 414, at pages 419 to 423; Rubsun Ho, "A World That Has Walls: A Charter Analysis of Military Tribunals" (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149 at page 152; Ronald D. Lunau, "Military Tribunals Under the Charter" (1992), 2 *N.J.C.L.* 197 at pages 201 to 203).

[46] Since the adoption of the Charter and, particularly, paragraph 11(f), it has been clear to any observer

afin de déterminer si, comme le prétend l'appelant, notre Cour a confondu dans *Moriarity* d'une part l'analyse requise en vertu de l'article 7, et d'autre part celle sous l'article 1, et si elle a également erré dans l'identification de l'objectif urgent et réel que poursuit l'article 130.

[42] Finalement, il est nécessaire de décrire les nombreuses réformes législatives apportées à la LDN depuis l'adoption de la Charte afin de déterminer si, en raison de celles-ci, on peut conclure que le législateur aurait adopté l'article 130 en conformité avec l'interprétation de notre Cour.

[43] Cet examen confirmera que l'opinion du juge McIntyre dans *MacKay*, précité, contient tous les éléments exigés par la grille d'analyse de l'arrêt *Schachter* et que notre Cour a eu raison d'adopter une interprétation restrictive ou atténuée de la portée de l'article 130 (« reading down »), qui exige son interprétation large (« reading in ») afin d'y inclure le critère du lien de connexité avec le service militaire.

(i) Le contexte historique

[44] Comme le note le juge en chef Blanchard, c'est en 1980, dans l'arrêt *MacKay*, que le juge McIntyre, avec l'appui du juge Dickson (tel était alors son titre), formule ses observations au sujet du lien de connexité avec le service militaire pour conférer aux tribunaux militaires la compétence pour juger d'une infraction visée à l'article 130.

[45] Dans son opinion, il réfère au droit américain. Sans les identifier spécifiquement, il est raisonnable de penser que ce sont les décisions de la Cour suprême des États-Unis dans *O'Callahan v. Parker* ((1969), 395 U.S. 258) (*O'Callahan*) et *Relford v. Commandant* ((1970), 397 U.S. 934 (*Relford*)) qu'il a à l'esprit (Voir l'opinion du juge Brooke de notre Cour dans *R. c. Sullivan* (1986), 4 C.A.C.M. 414 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [1986] 2 R.C.S. ix), aux pages 419 à 423; Rubsun Ho, « A World That Has Walls: A Charter Analysis of Military Tribunals » (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149 à la page 152; Ronald D. Lunau, « Military Tribunals Under the Charter » (1992), 2 *N.J.C.L.* 197 aux pages 201 à 203).

[46] Dès l'adoption de la Charte et notamment son alinéa 11(f), il est évident pour tout observateur du droit



of Canadian military law that United States law is, at least in part, a source of inspiration for paragraph 11(f) of the Charter. In my view, there is no question about this given the contemporaneity of Justice McIntyre's comments in *MacKay*, above, the state of U.S. law on the "service connection test" at that time and the wording of paragraph 11(f).

[47] In *O'Callahan*, above, the Supreme Court of the United States had to interpret the meaning of the expression "cases arising in the land or naval forces", which appears in the Sixth Amendment of the United States Constitution. This expression is reminiscent of the wording in paragraph 11(f) of the Charter: "an offence under military law", or in French "une infraction relevant de la justice militaire".

[48] Justice Douglas wrote the following on behalf of the majority (*O'Callahan*, at pages 261 and 262):

The Fifth Amendment specifically exempts "cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger" from the requirement of prosecution by indictment and, inferentially, from the right to trial by jury. (Emphasis supplied.) See *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1, 40. The result has been the establishment and development of a system of military justice with fundamental differences from the practices in the civilian courts.

If the case does not arise "in the land or naval forces," then the accused gets first, the benefit of an indictment by a grand jury and second, a trial by jury before a civilian court as guaranteed by the Sixth Amendment ... [Emphasis added, italics in original.]

[49] He found that the jurisdiction of military courts has to be "service connected", writing as follows (*O'Callahan*, at pages 273 and 274):

In the present case, petitioner was properly absent from his military base when he committed the crimes with which he is charged. There was no connection – not even the remotest one – between his military duties and the crimes in question. The crimes were not committed on a military post or enclave; nor was the person whom he attacked performing any duties relating to the military. Moreover, Hawaii, the situs of the crime, is not an armed camp under military control, as are some of our far-flung outposts.

militaire canadien que le droit américain est, en partie du moins, une source d'inspiration de l'alinéa 11f) de la Charte. À mon avis, la contemporanéité des commentaires du juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay*, précité, l'état du droit américain sur la question du « service connection test » à ce moment et le texte même de l'alinéa 11f) le révèlent indubitablement.

[47] Dans l'affaire *O'Callahan*, précitée, la Cour suprême des États-Unis devait interpréter le sens de l'expression « cases arising in the land or naval forces » que l'on trouve au Sixième Amendement de la Constitution américaine. Cette expression rappelle celle que l'on trouve à l'alinéa 11f) de la Charte, « une infraction relevant de la justice militaire » ou dans la version anglaise, « an offence under military law ».

[48] Le juge Douglas écrit pour la majorité (*O'Callahan*, aux pages 261 et 262) :

The Fifth Amendment specifically exempts "cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger" from the requirement of prosecution by indictment and, inferentially, from the right to trial by jury. (Emphasis supplied.) See *Ex parte Quirin*, 317 U. S. 1, 317 U. S. 40. The result has been the establishment and development of a system of military justice with fundamental differences from the practices in the civilian courts.

If the case does not arise "in the land or naval forces," then the accused gets first, the benefit of an indictment by a grand jury, and second, a trial by jury before a civilian court as guaranteed by the Sixth Amendment [...]. [Je souligne, en italique dans l'original.]

[49] Il conclut que la compétence des tribunaux militaires doit être liée au service militaire (« service-connected »). Il écrit (*O'Callahan*, aux pages 273 et 274) :

In the present case, petitioner was properly absent from his military base when he committed the crimes with which he is charged. There was no connection – not even the remotest one – between his military duties and the crimes in question. The crimes were not committed on a military post or enclave; nor was the person whom he attacked performing any duties relating to the military. Moreover, Hawaii, the situs of the crime, is not an armed camp under military control, as are some of our far-flung outposts.

Finally, we deal with peacetime offenses, not with authority stemming from the war power. Civil courts were open. The offenses were committed within our territorial limits, not in the occupied zone of a foreign country. The offenses did not involve any question of the flouting of military authority, the security of a military post, or the integrity of military property.

We have accordingly decided that, since petitioner's crimes were not service connected, he could not be tried by court-martial, but rather was entitled to trial by the civilian courts. [Emphasis added, citations omitted.]

[50] This approach was confirmed in 1970 in *Relford*, above, but overturned in 1987 in *Solorio v. United States* ((1987), 483 U.S. 435).

[51] On this side of the border, Justice McIntyre's opinion in *MacKay*, above, had a considerable impact on the development of Canadian military law, as noted by Colonel (Retired) R. Arthur McDonald when he discusses *MacKay* in his book *Canada's Military Lawyers* (Ottawa: Office of the Judge Advocate General, 2002, at page 120):

Despite this seemingly strong support by the majority, the decision that was to have a greater future impact was the concurring opinion of Justice (later Chief Justice) Dickson and Justice McIntyre.

...

The McIntyre formula with respect to the jurisdiction of military tribunals over offences was the one most frequently cited by the lower courts in the years to follow.

(See also Andrew D. Heard, "Military Law and the *Charter of Rights*" (1987-88) 11 *Dal. L.J.* 514 at pages 532 and 533; Rubsun Ho, "A World That Has Walls: A *Charter* Analysis of Military Tribunals" (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149 at pages 152 and 153; Ronald D. Lunau, "Military Tribunals Under the *Charter*" (1992), 2 *N.J.C.L.* 197 at pages 200 to 209).

[52] In light of Justice McIntyre's opinion in *MacKay* and shortly after the adoption of the Charter, professors Peter Hogg (*Canada Act 1982 Annotated*. Toronto: Carswell, 1982), André Morel ("Les garanties en matière

Finally, we deal with peacetime offenses, not with authority stemming from the war power. Civil courts were open. The offenses were committed within our territorial limits, not in the occupied zone of a foreign country. The offenses did not involve any question of the flouting of military authority, the security of a military post or the integrity of military property.

We have accordingly decided that, since petitioner's crimes were not service-connected, he could not be tried by court-martial, but rather was entitled to trial by the civilian courts. [Je souligne, notes en bas de page omises.]

[50] Cette approche sera confirmée en 1970 dans l'arrêt *Relford*, précité, mais infirmée en 1987 dans l'arrêt *Solorio v. United States* ((1987), 483 U.S. 435).

[51] De ce côté-ci de la frontière, l'opinion du juge McIntyre dans *MacKay*, précité, a eu un impact considérable sur le développement du droit militaire canadien tel que le constate le colonel à la retraite R. Arthur McDonald dans son ouvrage *Les avocats militaires du Canada* (Ottawa, Cabinet du Juge-avocat général, 2002) lorsqu'il discute de l'arrêt *MacKay* (à la page 136) :

En dépit de ce soutien apparemment fort de la majorité, le jugement qui devait avoir le plus d'influence dans l'avenir était l'opinion concordante des juges Dickson (par la suite juge en chef) et McIntyre.

[...]

La proposition McIntyre touchant la juridiction des tribunaux militaires sur les infractions est la proposition qui a été la plus fréquemment citée par les cours inférieures dans les années qui allaient suivre.

(Voir aussi Andrew D. Heard, « Military Law and the *Charter of Rights* » (1987-88) 11 *Dal. L.J.* 514 aux pages 532 et 533; Rubsun Ho, « A World That Has Walls: A *Charter* Analysis of Military Tribunals » (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149 aux pages 152 et 153; Ronald D. Lunau, « Military Tribunals Under the *Charter* » (1992), 2 *N.J.C.L.* 197 aux pages 200 à 209).

[52] C'est ainsi qu'à la lumière de l'opinion du juge McIntyre dans *MacKay* et peu de temps après l'adoption de la Charte, les professeurs Peter Hogg (*Canada Act 1982 Annotated*. Toronto, Carswell, 1982), André Morel

de procédure et de peines” in Gérald-A. Beaudoin and Walter S. Tarnopolsky, eds., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1982, at page 459; “Certain Guarantees of Criminal Procedure” in Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms — Commentary*. Toronto: Carswell, 1982, at page 367) and Walter Tarnopolsky (“The New Canadian Charter of Rights and Freedoms as Compared and Contrasted With the American Bill of Rights” (1983), *5 Hum. Rts. Q.*, 227, at page 244, footnote 89) noted the problems associated with the overly broad nature of paragraph 130(1)(a).

[53] For example, Professor Hogg believes that paragraph 130(1)(a) has to be read down (*Canada Act 1982 Annotated*, above, at page 42):

Probably, as McIntyre J. has suggested in the context of the equality clause of the *Canadian Bill of Rights*, that definition should be read down to encompass only service-related offences (*MacKay v. R.* [1980] 2 S.C.R. 370, 408).

[54] He would maintain this opinion in subsequent editions of his classic treatise on constitutional law (Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985, at page 774, see note 193; Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Vol. 2, loose-leaf, update 1, 2013. Toronto: Thomson/Carswell, 2007, at page 51-30, see note 143).

[55] I also note that, before reaching his conclusion in *MacKay* with regard to the military nexus test, a conclusion that Chief Justice Blanchard refers to in *Moriarity*, (above, see paragraphs 48 to 50, 63 and 64) Justice McIntyre wrote the following (*MacKay*, at page 408):

It must not however be forgotten that, since the principle of equality before the law is to be maintained, departures should be countenanced only where necessary for the attainment of desirable social objectives, and then only to the extent necessary in the circumstances to make possible the attainment of such objectives. The needs of the military must be met but the departure from the concept of equality before the law must not be greater than is necessary for

(« Les garanties en matière de procédure et de peines » dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, à la page 459; « Certain Guarantees of Criminal Procedure » dans Walter S. Tarnopolsky et Gérald-A. Beaudoin, dir., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms — Commentary*. Toronto, Carswell, 1982, à la page 367) et Walter Tarnopolsky (« The New Canadian Charter of Rights and Freedoms as Compared and Contrasted With the American Bill of Rights » (1983), *5 Hum. Rts. Q.*, 227, à la page 244, note 89) identifient les problèmes associés à la portée excessive de l’alinéa 130(1)a).

[53] Par exemple, le professeur Hogg formule l’avis que l’alinéa 130(1)a doit faire l’objet d’une interprétation atténuée (« reading down ») (*Canada Act 1982 Annotated*, précité, à la page 42) :

Probably, as McIntyre J. has suggested in the context of the equality clause of the Canadian Bill of Rights, that definition should be read down to encompass only service-related offences (*MacKay v. R.* [1980] 2 S.C.R. 370, 408).

[54] Il maintiendra d’ailleurs cette opinion dans les éditions subséquentes de son traité classique de droit constitutionnel (Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1985, à la page 774, voir la note 193; Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. supp., vol. 2, feuilles mobiles, mise à jour 1, 2013. Toronto, Thomson/Carswell, 2007, à la page 51-30, voir la note 143).

[55] Je note aussi qu’avant de formuler sa conclusion dans l’affaire *MacKay* au sujet du critère du lien de connexité avec le service militaire, conclusion à laquelle réfère le juge en chef Blanchard dans *Moriarity* (précité, voir paragraphes 48 à 50, 63 et 64), le juge McIntyre écrit ce qui suit (*MacKay*, à la page 408) :

Il ne faut cependant pas oublier que, puisqu’on doit respecter le principe de l’égalité devant la loi, on ne peut y déroger que lorsque cela est nécessaire pour accomplir des objectifs socialement souhaitables et, dans ce cas, seulement dans la mesure nécessaire pour y parvenir dans les circonstances. Il faut répondre aux besoins des forces armées, mais l’on ne doit pas déroger au principe de l’égalité devant la loi plus que cela n’est nécessaire.

those needs. The principle which should be maintained is that the rights of the serviceman at civil law should be affected as little as possible considering the requirements of military discipline and the efficiency of the service. With this concept in mind, I turn to the situation presented in this case. [Emphasis added.]

[56] It is easy to recognize here the language that foreshadows the pressing and substantial objective test and the proportionality of the legislative measures chosen which would eventually be adopted by the Supreme Court in 1986, in *R. v. Oakes*, ([1986] 1 S.C.R. 103 (*Oakes*)). With regard to section 1 and Justice McIntyre's opinion in *MacKay*, see Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., above, at page 794. With regard to the proportionality test, see Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. New York: Cambridge University Press, 2012, at pages 175 to 210 and which, according to *Schachter* (above, at pages 702 and 703), must be applied when a court determines whether it can read into a statutory provision.

[57] In my view, considering the observations of Justice McIntyre in *MacKay* inspired by decisions of the Supreme Court of the United States, as well as the comments of professors Hogg, Morel and Tarnopolsky, this Court's interpretation of paragraph 11(f) of the Charter and the expression "an offence under military law" ("une infraction relevant de la justice militaire") was completely natural and justified under the Charter instead of under the *Canadian Bill of Rights* (S.C. 1960, c. 44). The Supreme Court also departed from *MacKay* in *Généreux*, on the subject of the independence of military tribunals (*Généreux*, above, at page 293).

[58] Since waivers of the benefit of trial by jury cannot be achieved by reading a limit into this right (*R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1314; André Morel, "Les garanties en matière de procédure et de peines", above, at page 473; André Morel, "Certain Guarantees of Criminal Procedure", above at page 376), this Court's interpretation is consistent with the fact that this is an exception to the right to the benefit of trial by jury, a right whose fundamental nature does not have to be established at length (*R. v. Trépanier*, above, at paragraphs 75 to 80;

Le principe à respecter est celui de l'intervention la plus minime possible dans les droits d'un soldat en vertu du droit commun compte tenu des exigences de la discipline militaire et de l'efficacité des forces armées. Avec ce concept à l'esprit, je passe maintenant à la situation présente. [Je souligne.]

[56] On reconnaîtra aisément ici une formulation qui préseigne du critère des préoccupations urgentes et réelles et de la proportionnalité des mesures législatives choisies qui sera finalement adopté en 1986 par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Oakes* ([1986] 1 R.C.S. 103 (*Oakes*)). Au sujet de l'article 1 et de l'opinion du juge McIntyre dans *MacKay*, voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2<sup>e</sup> éd., précité, à la page 794. Au sujet du critère de proportionnalité, voir Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. New York, Cambridge University Press, 2012, aux pages 175 à 210) et qui doit être appliqué, selon l'arrêt *Schachter* (précité, aux pages 702 et 703), lorsque le tribunal détermine s'il peut adopter une interprétation large d'une disposition législative.

[57] À mon avis, compte tenu des observations du juge McIntyre dans *MacKay* inspirées par les décisions de la Cour suprême des États-Unis, de même que les commentaires des professeurs Hogg, Morel et Tarnopolsky, l'interprétation adoptée par notre Cour de l'alinéa 11f) de la Charte et de l'expression « une infraction relevant de la justice militaire » (« an offence under military law ») était tout à fait naturelle et justifiée sous le régime de la Charte plutôt que sous celui de la *Déclaration canadienne des droits* (S.C. 1960, ch. 44). Rappelons que la Cour suprême s'est elle aussi écartée de l'arrêt *MacKay* dans l'arrêt *Généreux* au sujet de l'indépendance des tribunaux militaires (*Généreux*, précité, à la page 293).

[58] Toute dérogation au bénéfice d'un procès avec jury devant être interprétée restrictivement (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1314; André Morel, « Les garanties en matière de procédure et de peines », précité, à la page 473; André Morel, « Certain Guarantees of Criminal Procedure », précité, à la page 376), l'interprétation de notre Cour est compatible avec le fait qu'il s'agit d'une exception au droit de bénéficier d'un procès avec jury, un droit dont le caractère fondamental ne nécessite pas une longue démonstration (*R. c. Trépanier*,

*R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Davey*, 2012 SCC 75, [2012] 3 S.C.R. 828, at paragraph 30; *R. v. Turpin*, above).

[59] In *MacKay*, above, Justice McIntyre held that the service-discipline requirements do not justify depriving military personnel of their right to a jury trial under any circumstances *MacKay*, at page 409):

The all-embracing reach of the questioned provisions of the *National Defence Act* goes far beyond any reasonable or required limit. The serviceman charged with a criminal offence is deprived of the benefit of a preliminary hearing or the right to a jury trial.

...

While such differences may be acceptable on the basis of military need in some cases, they cannot be permitted universal effect in respect of the criminal law of Canada as far as it relates to members of the armed services serving in Canada.

[60] One can only agree with the wisdom of these observations given the importance of the right to the benefit of trial by jury (*R. v. Sherratt*, above, at pages 523 and 524).

[61] In conclusion, the incorporation of the military nexus requirement in section 130 of the NDA by Chief Justice Mahoney in *MacDonald*, above, was completely justified. That is what Justice Hugessen expressed in *R. v. Brown* ((1995), 5 C.M.A.R. 280, at page 327 (*Brown*)) by referring to the Supreme Court's decision in *Ionson*, above, as did Chief Justice Blanchard in *Moriarity*.

[62] That being said, the more specific question raised by the appellant in this appeal, that of the appropriate remedy in the circumstances, remains. Must this Court declare section 130 unconstitutional or can it read into it?

(ii) *Schachter* analytical framework

[63] Even though, in my opinion, its application is implied in the case law of this Court, I propose to formally

précité, aux paragraphes 75 à 80; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Davey*, 2012 CSC 7, [2012] 3 R.C.S. 828, au paragraphe 30; *R. c. Turpin*, précité).

[59] Dans l'arrêt *MacKay*, précité, le juge McIntyre affirmait que les exigences de la discipline militaire ne justifient pas de priver les militaires du droit au procès par jury en toutes circonstances (*MacKay*, à la page 409) :

La portée exhaustive des dispositions en cause de la *Loi sur la défense nationale* dépasse toute limite raisonnable ou nécessaire. Le soldat inculpé d'une infraction criminelle est privé du bénéfice d'une enquête préliminaire ou du droit à un procès devant jury.

[...]

Bien que ces différences puissent être acceptables, compte tenu des besoins militaires, dans certains cas, on ne peut leur donner d'effet universel dans l'application du droit pénal canadien aux membres des forces armées en poste au Canada.

[60] On ne peut que partager la sagesse de ces observations compte tenu de l'importance du droit de bénéficier d'un procès avec jury (*R. c. Sherratt*, précité, aux pages 523 et 524).

[61] En conclusion, l'intégration à l'article 130 de la LDN du critère du lien de connexité avec le service militaire par le juge en chef Mahoney dans *MacDonald*, précité, était tout à fait justifiée. C'est ce que rappelait le juge Hugessen dans *R. c. Brown* ((1995), 5 C.A.C.M. 280, à la page 327 (*Brown*)) en référant notamment à la décision de la Cour suprême dans *Ionson*, précitée, de même que le juge en chef Blanchard dans *Moriarity*.

[62] Cela dit, demeure toute entière la question plus précise posée par l'appelant dans le présent pourvoi, celle de la réparation appropriée dans les circonstances. Notre Cour doit-elle déclarer l'article 130 inconstitutionnel ou peut-elle recourir à l'interprétation large?

(ii) Le cadre d'analyse de l'arrêt *Schachter*

[63] Bien que son application soit à mon avis implicite dans la jurisprudence de notre Cour, je me propose

proceed with the analysis developed by Chief Justice Lamer in *Schachter*, above.

[64] That exercise is necessary to determine whether, as the appellant claims, this Court is usurping Parliament's function by reading the military nexus requirement into section 130.

[65] In my view, this will establish that this Court did not confuse the tests required by sections 1 and 7 of the Charter, that it did not identify the pressing and substantial objective of section 130 in the absence of evidence and that, in the very specific case at bar, it is not usurping Parliament's legislative function.

[66] The interpretation of section 130 of the NDA occupies what can only be described as a unique place in the Canadian case law. In fact, in order to prevent this provision from being overly broad, this Court, in 1983, incorporated the military nexus requirement into section 130 by reading it in. This Court therefore applied reading down and reading in techniques in a very specific context, but this, in my opinion, is merely a "manner in which the extent of the inconsistency" (*Schachter*, above, at page 698) between section 130 and the Charter is defined.

#### 1. Reading in

[67] According to Chief Justice Lamer, "[r]eading in should ... be recognized as a legitimate remedy akin to severance and should be available under s. 52 in cases where it is an appropriate technique to fulfil the purposes of the Charter and at the same time minimize the interference of the court with the parts of legislation that do not themselves violate the Charter" (*Schachter*, at page 702).

[68] The first step in the *Schachter* analysis is to "defin[e] the extent of the inconsistency which must be struck down". The "manner in which the law violates the Charter and the manner in which it fails to be justified under s. 1" is part of this determination (*Schachter*, at page 702).

maintenant de procéder formellement à l'analyse formulée par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schachter*, précité.

[64] Cet exercice est nécessaire afin de déterminer si, comme le prétend l'appelant, notre Cour usurpe la fonction du législateur en procédant à l'interprétation large de l'article 130 pour y incorporer le critère du lien de connexité avec le service militaire.

[65] À mon avis, cela établira que notre Cour n'a pas confondu les critères des articles 1 et 7 de la Charte, qu'elle n'a pas identifié les préoccupations urgentes et réelles de l'article 130 en l'absence de preuve et qu'elle n'usurpe pas, dans le cas très particulier de l'espèce, la fonction législative du Parlement.

[66] L'interprétation de l'article 130 de la LDN occupe une place qui peut être décrite comme unique dans la jurisprudence canadienne. En effet, afin d'éviter la portée excessive de cet article, notre Cour a intégré à l'article 130 dès 1983 le critère du lien de connexité avec le service militaire par le biais de l'interprétation large. Dans ce contexte très particulier, notre Cour a donc appliqué à la fois les techniques d'interprétation atténuée et d'interprétation large, mais il ne s'agit à mon avis que d'une « façon de déterminer la mesure de l'incompatibilité » (*Schachter*, précité, à la page 698) de l'article 130 avec la Charte.

#### 1. L'interprétation large

[67] Selon le juge en chef Lamer, « l'interprétation large devrait être reconnue comme une mesure corrective légitime semblable à la dissociation et devrait pouvoir être utilisée en vertu de l'art. 52 dans les cas où elle constitue une technique appropriée pour satisfaire aux objets de la Charte et réduire au minimum l'ingérence judiciaire dans les parties de la loi qui en soi ne sont pas contraires à la Charte » (*Schachter*, à la page 702).

[68] La première étape de l'analyse de l'arrêt *Schachter* est de « déterminer l'étendue de l'incompatibilité qui doit être annulée » ce qui exige « d'examiner de quelle façon la loi en question viole la Charte et pourquoi cette violation ne peut être justifiée en vertu de l'article premier » (*Schachter*, à la page 702).

[69] This requires applying the two-prong *Oakes* test to section 130: a sufficiently pressing and substantial objective and the proportionality of the measures chosen.

[70] Having concluded in its analysis under section 7 of the Charter that section 130 of the NDA is overly broad, this Court must determine whether reading in is an acceptable remedy under section 52 of the *Constitution Act, 1982*. Because this analysis involves the *Oakes* test, I find that there is no possible confusion between the analyses required by sections 1 and 7 of the Charter as the issue of reading in only arises if the Court has already concluded that section 130 of the NDA infringes section 7 and paragraph 11(f) of the Charter.

## 2. Pressing and substantial objective

[71] There is no doubt that the requirements for discipline within the Canadian Forces bear on the pressing and substantial objective. The appellant incorrectly sees a reversal of the burden of proof under section 1 here. The purpose of a system of military tribunals and the need to maintain the Canadian Forces in a state of readiness were recognized by both Justice McIntyre in *MacKay* (above, at pages 407 to 411) and Chief Justice Lamer in *Généreux* (above, at page 293).

[72] Chief Justice Blanchard noted the fact that the Supreme Court has recognized that the military justice system responds to a sufficiently pressing and substantial objective.

[73] A separate and different finding is not required for section 130 because, in *Généreux*, Chief Justice Lamer agreed with the comments of Justice Cattanach in *MacKay v. Rippon*, ([1978] 1 F.C. 233, at pages 235 and 236) including those concerning the commission of offences punishable under civil law by members of the military (*Généreux*, above, at page 294).

[74] In my view, specific evidence was not required because these are “elements of the s. 1 analysis [that] are obvious or self-evident” (*Oakes*, above, at page 138; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, at paragraph 18; *R. v. Bryan*, 2007

[69] Cela requiert l’application du critère à deux volets de l’arrêt *Oakes* à l’article 130 : les préoccupations suffisamment urgentes et réelles et la proportionnalité des mesures choisies.

[70] Ayant conclu à la portée excessive de l’article 130 de la LDN dans son analyse sous l’article 7 de la Charte, notre Cour doit décider si l’interprétation large est une mesure corrective acceptable sous l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Puisque cette analyse applique le test de l’arrêt *Oakes*, je conclus qu’il n’y a pas de confusion possible entre l’analyse requise sous les articles 1 et 7 de la Charte, car la question de l’interprétation large ne se pose que si la Cour a déjà conclu que l’article 130 de la LDN viole l’article 7 et l’alinéa 11f) de la Charte.

## 2. Les préoccupations urgentes et réelles

[71] Il ne fait aucun doute que les exigences de la discipline dans les Forces canadiennes se rapportent à des préoccupations urgentes et réelles. L’appelant voit ici, à tort, un renversement du fardeau de la preuve sous l’article 1. Le but d’un système de tribunaux militaires et la nécessité que les Forces canadiennes soient prêtes à intervenir ont été reconnus tant par le juge McIntyre dans *MacKay* (précité, aux pages 407 à 411) que par le juge en chef Lamer dans *Généreux* (précité, à la page 293).

[72] Le juge en chef Blanchard a pris acte du fait que la Cour suprême a reconnu que le système de justice militaire répond à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles.

[73] Une conclusion distincte et différente ne s’impose pas à l’égard de l’article 130 en raison de l’adoption par le juge en chef Lamer dans *Généreux* des observations du juge Cattanach dans *MacKay c. Rippon* ([1978] 1 C.F. 233, aux pages 235 et 236), notamment celles concernant la commission d’infractions au droit commun par un militaire (*Généreux*, précité, à la page 294).

[74] À mon avis, une preuve spécifique n’était pas nécessaire, car il s’agit là de « certains éléments constitutifs d’une analyse en vertu de l’article premier [qui sont] manifestes ou évidents en soi » (*Oakes*, précité, à la page 138; *Sauvé c. Canada (Directeur général des*

SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527, at paragraphs 100 to 103 (Justice Fish)).

### 3. Proportionality of measures chosen

[75] An important consideration is whether section 130 of the NDA is rationally connected to the legislative objective and whether it is designed to impair the constitutional right at issue as little as possible.

[76] I have no hesitation in finding, like Chief Justice Blanchard, that section 130 is rationally connected to the objective of discipline in the Canadian Forces (*Moriarity*, above, at paragraph 44).

[77] However, a problem arises when we get to the minimal impairment test given the overbreadth of paragraph 130(1)(a).

[78] Chief Justice Lamer gave the following description of the problem in *Schachter* (above, at pages 704 and 705):

Where the second and/or third elements of the proportionality test are not met, there is more flexibility in defining the extent of the inconsistency. For instance, if the legislative provision fails because it is not carefully tailored to be a minimal intrusion, or because it has effects disproportionate to its purpose, the inconsistency could be defined as being the provisions left out of the legislation which would carefully tailor it, or would avoid a disproportionate effect. According to the logic outlined above, such an inconsistency could be declared inoperative with the result that the statute was extended by way of reading in.

[79] The challenge lies in identifying the appropriate remedy. Chief Justice Lamer described the substance of that challenge as follows (*Schachter*, at page 705):

While reading in is the logical counterpart of severance, and serves the same purposes, there is one important distinction between the two practices which must be kept in mind. In the case of severance, the inconsistent part of the statutory provision can be defined with some precision on the basis of the requirements of the Constitution. This will not always be so in the case of reading in. In

*élections*), 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, au paragraphe 18; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527, aux paragraphes 100 à 103 (le juge Fish)).

### 3. La proportionnalité des mesures choisies

[75] Il convient de se demander si l'article 130 de la LDN a un lien rationnel avec l'objectif législatif et s'il est conçu de manière à porter le moins possible atteinte au droit constitutionnel en cause.

[76] Je n'hésite pas à conclure, comme le juge en chef Blanchard, que l'article 130 a un lien rationnel avec l'objectif de la discipline dans les Forces canadiennes (*Moriarity*, précité, au paragraphe 44).

[77] Toutefois, c'est au niveau du critère de l'atteinte minimale que le bât blesse en raison de la portée excessive de l'alinéa 130(1)a).

[78] Voici comment le juge en chef Lamer pose le problème dans *Schachter* (précité, aux pages 704 et 705) :

Lorsqu'une loi ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément du critère de la proportionnalité, ou aux deux, on dispose d'une plus grande latitude pour déterminer quelles sont les dispositions incompatibles. Par exemple, si le texte législatif ne satisfait pas au critère parce qu'il n'est pas conçu de façon à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté ou parce que ses effets sont disproportionnés à son objectif, on pourrait déterminer que l'incompatibilité consiste dans les dispositions non incluses dans la loi qui permettraient qu'elle soit bien conçue ou éviteraient que son effet soit disproportionné. Dans la logique du raisonnement exposé, cette incompatibilité pourrait être déclarée inopérante de sorte que la portée de la loi serait étendue par interprétation large.

[79] Le défi est l'identification de la mesure corrective appropriée. Le juge en chef Lamer en décrit la teneur en ces termes (*Schachter*, à la page 705) :

Bien que l'interprétation large soit le pendant logique de la dissociation et serve la même fin, il importe de se rappeler qu'il existe une distinction importante entre les deux pratiques. En ce qui concerne la dissociation, la partie incompatible de la disposition législative peut être déterminée avec une certaine précision en fonction des exigences de la Constitution, ce qui ne sera pas toujours



some cases, the question of how the statute ought to be extended in order to comply with the Constitution cannot be answered with a sufficient degree of precision on the basis of constitutional analysis. In such a case, it is the legislature's role to fill in the gaps, not the court's.

[80] Care should be taken to prevent interference with the legislative function. That is the appellant's main objection.

[81] The appellant believes that if section 130 is declared unconstitutional, Parliament could decide to do nothing, adopt an amended provision including a military nexus requirement, with or without a list of criteria to guide the decision to be rendered, or even choose to circumscribe the crimes that could be prosecuted under section 130. Finally, he states that the case-by-case approach is not an appropriate remedy under section 52 of the *Constitution Act, 1982*, according to *Ferguson*, above and *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society* (2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134 (PHS)).

[82] It is true that this Court's interpretation of section 130 limited the scope of this provision, but it did so by reading in, thus by adding a requirement that was absent from the text in section 130, namely, the military nexus requirement.

[83] As previously mentioned, however, that interpretation has withstood the test of time. It shows that it was possible to answer "the question of how the statute ought to be [limited] in order to comply with the Constitution ... with a sufficient degree of precision on the basis of constitutional analysis" (*Schachter*, above, at page 705). Consequently, the military nexus requirement had to be incorporated in section 130 in order to prevent it from being overly broad.

[84] I readily admit that if the constitutionality of the provision had first been challenged in 1992, that is, shortly after the Supreme Court's decision in *Schachter*, this Court may well have simply invalidated section 130 and

possible dans le cas de l'interprétation large. Dans certains cas, il ne sera pas possible, à partir d'une analyse fondée sur la Constitution, de déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution. Il appartient alors aux législateurs et non aux tribunaux de combler les lacunes.

[80] La prudence est de mise afin d'éviter une ingérence dans la fonction législative. C'est là l'objection principale de l'appelant.

[81] Il estime que si l'article 130 est déclaré inconstitutionnel, le législateur pourrait soit décider de ne rien faire, soit adopter un article modifié qui comporterait une exigence de lien de connexité avec le service militaire, avec ou sans une liste de critères encadrant la décision qui doit être rendue, ou encore il pourrait choisir de circonscrire les crimes pouvant faire l'objet d'une poursuite en vertu de l'article 130. Il affirme finalement que l'approche au cas par cas n'est pas une réparation appropriée sous l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* selon les arrêts *Ferguson*, précité et *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society* (2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 (PHS)).

[82] Il est vrai que l'interprétation que notre Cour a donnée à l'article 130 a restreint sa portée, mais cela par le biais d'une interprétation large, qui ajoute une exigence qui était absente du texte de l'article 130, soit le critère du lien de connexité avec le service militaire.

[83] Comme je le mentionnais précédemment, cette interprétation a cependant subi l'épreuve du temps. Celle-ci fait la démonstration qu'il était possible, « à partir d'une analyse fondée sur la Constitution, de déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut [restreindre] la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution » (*Schachter*, précité, à la page 705). Ainsi, afin d'empêcher la portée excessive de l'article 130, il fallait y intégrer le critère du lien de connexité avec le service militaire.

[84] J'admets volontiers que si la contestation de la constitutionnalité de l'article avait eu lieu pour la première fois en 1992, soit peu de temps après la décision de la Cour suprême dans *Schachter*, il aurait bien été

left it to Parliament to identify the amendments to be made.

[85] In fact, one might have argued at the time that the use of the military nexus test imported into section 130 “an element which the legislature specifically chose to exclude—the discretion of the trial judge”, as Justice McLachlin (as she then was) noted in *R. v. Seaboyer* ([1991] 2 S.C.R. 577, at page 628. Chief Justice McLachlin refers to this in *Ferguson*, above, at paragraph 45).

[86] However, in the unique context of section 130, that claim must be rejected for the reasons given by Chief Justice McLachlin in *Ferguson* regarding the rule of law and the values that underpin it: certainty, accessibility, intelligibility, clarity and predictability (*Ferguson*, above, at paragraph 69). In my view, the application of the military nexus test by this Court respects the rule of law and the values that underpin it.

[87] The appellant therefore raised no compelling reason to justify departing from the case law of this Court (*R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833. See also *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489), which takes into consideration the Supreme Court’s decision in *Ionson*, above, and incorporates the essential requirements of *Schachter*, as demonstrated by Chief Justice Blanchard’s analysis.

[88] Regarding *Ionson*, the DMP submits that the Supreme Court did not formally affirm Justice McIntyre’s approach concerning nexus. This very limited interpretation must be rejected.

[89] In that case, the main issue was the military tribunal’s jurisdiction in light of the military nexus test (Justice Heald dissented on this issue). According to the DMP, the Supreme Court merely affirmed the result of the majority decision of this Court (*Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433), that is, Mr. Ionson’s conviction, nothing more. With respect, I cannot interpret Chief Justice Dickson’s decision, which concurred with

possible que notre Cour annule purement et simplement l’article 130 tout en laissant le soin au législateur d’identifier les modifications devant être apportées à cet article.

[85] En effet, on aurait pu prétendre à ce moment que l’utilisation du critère du lien de connexité avec le service militaire incorpore à l’article 130 « un élément que le législateur a spécifiquement choisi d’exclure, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès », comme le faisait remarquer la juge McLachlin (tel était alors son titre) dans *R. c. Seaboyer* ([1991] 2 R.C.S. 577, à la page 628. La juge en chef McLachlin y réfère dans *Ferguson*, précité, au paragraphe 45).

[86] Toutefois, dans le contexte unique de l’article 130, cette prétention doit être rejetée pour les motifs invoqués par la juge en chef McLachlin dans *Ferguson* au sujet de la primauté du droit et des valeurs qui la sous-tendent : la certitude, l’accessibilité, l’intelligibilité, la clarté et la prévisibilité de la règle de droit (*Ferguson*, précité, au paragraphe 69). À mon avis, l’application par notre Cour du critère du lien de connexité avec le service militaire respecte la primauté du droit et les valeurs qui la sous-tendent.

[87] On ne nous a donc fait valoir aucune raison impérieuse de nous écarter de la jurisprudence de notre Cour (*R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833. Voir aussi *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489). Celle-ci tient compte de la décision rendue par la Cour suprême dans *Ionson*, précitée, et elle intègre les exigences essentielles de l’arrêt *Schachter*, comme le démontre l’analyse du juge en chef Blanchard.

[88] Au sujet de l’arrêt *Ionson*, le DPM soutient que la Cour suprême n’a pas formellement confirmé l’approche du juge McIntyre concernant le lien de connexité. Cette interprétation très limitée doit être rejetée.

[89] Dans cette affaire, la principale question en litige était celle de la compétence du tribunal militaire à la lumière du critère du lien de connexité avec le service militaire (La dissidence du juge Heald était à l’égard de cette question). Selon le DPM, la Cour suprême n’aurait fait que confirmer le résultat de la décision de la majorité de notre Cour (*Ionson c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 433), soit la condamnation de M. Ionson,

Justice McIntyre's opinion in *MacKay*, above, in such a narrow manner (Walker, Janet. "Military Justice: From Oxymoron to Aspiration" (1994), 32(1) *Osgoode Hall L.J.* 1. The author, who criticizes Justice McIntyre's analysis in *MacKay*, writes the following at pages 13 and 14: "Following this decision, the elusive "military nexus" doctrine developed". In footnote 44, she refers to the Supreme Court's decision in *Ionson*, above. See *Brown*, above, at page 327).

[90] Without overstating the scope of *Ionson*, I do not believe that the opposite error should be made and the decision be considered to be unimportant. The Supreme Court affirmed the decision of this Court, which had analyzed the military nexus test and applied it to the circumstances of the case. This is a precedent that this Court must respect.

(iii) Many legislative amendments since enactment of Charter

[91] There have been many legislative amendments to the NDA since 1985 (See Pitzul, Jerry S.T. and John C. Maguire, "A Perspective on Canada's Code of Service Discipline" in E. R. Fidell and D.H. Sullivan, eds., *Evolving Military Justice*. Annapolis, Md.: Naval Institute Press, 2002, at pages 239 to 245). Few aspects of it have remained unchanged.

[92] The most significant amendments followed the adoption of the Charter (Amendments to the *National Defence Act*, Schedule 1 of *An Act to amend certain Acts having regard to the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, R.S.C. 1985 (1st Supp.), c. 31; Heard, Andrew D. "Military Law and the *Charter of Rights*", above, at pages 532 and 533) the Supreme Court's decision in *Généreux*, above, and a major reform of military justice following the events in Somalia. Bill C-25 came into force on September 1, 1999 (*An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35).

[93] In 2002, former Judge Advocate General Jerry S.T. Pitzul gave the following description (Pitzul, Jerry S.T.

sans plus. Avec respect, je ne peux interpréter la décision du juge en chef Dickson, qui concourait d'ailleurs à l'opinion du juge McIntyre dans *MacKay*, d'une manière si limitée (Walker, Janet. « Military Justice: From Oxymoron to Aspiration » (1994), 32(1) *Osgoode Hall L.J.* 1. L'auteure, qui critique l'analyse du juge McIntyre dans *MacKay*, écrit ce qui suit aux pages 13 et 14 : « Following this decision, the elusive "military nexus" doctrine developed ». À la note en bas de page 44, elle réfère à la décision de la Cour suprême dans *Ionson*, précitée. Voir *Brown*, précité, à la page 327).

[90] Sans exagérer la portée de l'arrêt *Ionson*, il ne faut pas commettre l'erreur inverse et le considérer comme une décision sans importance. La Cour suprême a confirmé la décision de notre Cour qui avait analysé le critère du lien de connexité avec le service militaire et l'avait appliqué aux circonstances de l'affaire. Il s'agit d'un précédent que notre Cour doit respecter.

(iii) Les nombreuses réformes législatives depuis l'adoption de la Charte

[91] Les amendements législatifs à la LDN depuis 1985 ont été nombreux (Voir Pitzul, Jerry S.T. et John C. Maguire, « A Perspective on Canada's Code of Service Discipline », dans E. R. Fidell et D.H. Sullivan, dir., *Evolving Military Justice*. Annapolis (Md.), Naval Institute Press, 2002, aux pages 239 à 245). Peu d'aspects de celle-ci ont été négligés par ces réformes.

[92] Les réformes les plus importantes suivent l'adoption de la Charte (Modifications à la *Loi sur la défense nationale*, Annexe 1 de la *Loi modifiant certaines lois eu égard à la Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. 1985 (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31; Heard, Andrew D. « Military Law and the *Charter of Rights* », précité, aux pages 532 et 533), la décision de la Cour suprême dans *Généreux*, précitée, et une réforme majeure de la justice militaire à la suite des événements en Somalie, le projet de loi C-25 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1999 (*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, ch. 35).

[93] En 2002, l'ancien juge-avocat général Jerry S.T. Pitzul en donne la description suivante (Pitzul, Jerry S.T.

and John C. Maguire. “A Perspective on Canada’s Code of Service Discipline”, above, at page 239):

What followed was a relatively intense process of review, both internal and judicial, during which the Canadian Forces was called upon to reconcile its military justice provisions and processes with the constitutional protections embodied in the *Charter*. That process, which is still ongoing, resulted in an unprecedented series of amendments to the *Code of Service Discipline* and subordinate regulations and orders as well as what has been appropriately characterized as the “rapid convergence between military and civilian criminal justice processes.”

Some of the more significant changes implemented between 1982 and 1992 include:

establishing a process under which an accused who had been found guilty at court-martial and sentenced to a term of incarceration could apply for judicial interim release;

developing a *Charter*-compliant scheme for dealing with mentally disordered accused;

creating a truly comprehensive civilian appellate review process in respect of both courts-martial findings and sentences accessible by both the Crown and the accused; and

enhancing the independence of courts-martial by (1) separating the functions of convening courts-martial and appointing judges and panel members; (2) adopting a random methodology for selecting courts-martial panel members; and (3) implementing reforms to ensure the security of tenure, financial security, and institutional independence of military judges, including appointing judges for fixed terms, adopting the civilian “cause-based” removal standard and discontinuing the use of career evaluations as a measure of judicial performance. [Emphasis added, footnotes omitted.]

[94] Bill C-25 (*An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 36th Parl., 1st Sess., 1998) came into force on September 1, 1999. The summary of the Bill reads as follows:

This enactment reforms and modernizes the *National Defence Act* and, in particular, the Code of Service Discipline. Key components of the enactment include:

clarification of the roles and responsibilities of the principal actors in the military justice system, including the

et John C. Maguire. « A Perspective on Canada’s Code of Service Discipline », précité, à la page 239) :

What followed was a relatively intense process of review, both internal and judicial, during which the Canadian Forces was called upon to reconcile its military justice provisions and processes with the constitutional protections embodied in the *Charter*. That process, which is still ongoing, resulted in an unprecedented series of amendments to the *Code of Service Discipline* and subordinate regulations and orders as well as what has been appropriately characterized as the “rapid convergence between military and civilian criminal justice processes.”

Some of the more significant changes implemented between 1982 and 1992 include:

establishing a process under which an accused who had been found guilty at court-martial and sentenced to a term of incarceration could apply for judicial interim release;

developing a *Charter*-compliant scheme for dealing with mentally disordered accused;

creating a truly comprehensive civilian appellate review process in respect of both courts-martial findings and sentences accessible by both the Crown and the accused; and

enhancing the independence of courts-martial by (1) separating the functions of convening courts-martial and appointing judges and panel members; (2) adopting a random methodology for selecting courts-martial panel members; and (3) implementing reforms to ensure the security of tenure, financial security, and institutional independence of military judges, including appointing judges for fixed terms, adopting the civilian “cause-based” removal standard and discontinuing the use of career evaluations as a measure of judicial performance. [Je souligne, notes de bas de page omises.]

[94] Le projet de loi C-25 (*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d’autres lois en conséquence*, 36<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 1998) entre en vigueur le 1 septembre 1999. Le sommaire du projet de loi se lit :

Le texte vise à remanier et moderniser la *Loi sur la défense nationale* et, en particulier, le code de discipline militaire. Les points saillants en sont les suivants :

la clarification des rôles des principaux intervenants du système de justice militaire, y compris le ministre

Minister of National Defence and the Judge Advocate General, and the establishment of clear standards of institutional separation between the investigative, prosecutorial, defence and judicial functions;

establishment of a Director of Military Prosecutions who prefers all charges to be tried by court martial and has conduct of all prosecutions at court martial;

establishment of a Canadian Forces Grievance Board to make findings and provide recommendations to the Chief of the Defence Staff on grievances by members of the Canadian Forces;

establishment of a Military Police Complaints Commission to investigate complaints as to military police conduct and interference with military police investigations;

abolition of the death penalty and substitution of the punishment of life imprisonment; and

increased reporting through the release of annual reports by the Canadian Forces Grievance Board, the Military Police Complaints Commission and the Judge Advocate General.

de la Défense nationale et le juge-avocat général, et l'établissement de normes de séparation institutionnelle entre les fonctions d'enquête, de poursuite et de défense et les fonctions judiciaires;

la création du poste de directeur des poursuites militaires chargé de prononcer les mises en accusation pour les personnes qui seront jugées par une cour martiale et de mener les poursuites devant les cours martiales;

la constitution du Comité d'examen des griefs des Forces canadiennes qui transmet ses conclusions et recommandations au Chef d'état-major de la défense en ce qui touche les griefs des membres des Forces canadiennes;

la constitution de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire responsable d'enquêter sur les allégations d'ingérence dans les enquêtes de la police militaire et sur les plaintes relatives à la conduite des policiers militaires;

l'abolition de la peine de mort et son remplacement par l'emprisonnement à perpétuité;

l'obligation accrue de faire rapport par l'établissement de rapports annuels par le Comité d'examen des griefs, la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire et le juge-avocat général.

[95] The Right Honourable Antonio Lamer subsequently conducted the first independent review of the operation of Bill C-25. (Lamer, The Right Honourable Antonio. "The First Independent Review of the provisions and operation of Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998, c. 35". Submitted to the Minister of National Defence, September 3, 2003). Several of his recommendations gave rise to proposed legislative amendments, which were not enacted because bills C-7 (*An Act to amend the National Defence Act*, 39th Parl., 1st Sess., 2006), C-45 (*An Act to Amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 39th Parl., 2nd Sess., 2008) and C-41 (*An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 40th Parl., 3rd Sess., 2010) died on the Order Paper (See the excellent summary of the recent recommendations and reforms with respect to the Canadian military justice system: Canada. Library of Parliament.

[95] Par la suite, le très honorable Antonio Lamer procède au premier examen indépendant de l'application du projet de loi C-25 (Lamer, Le très honorable Antonio. « Le premier examen indépendant des dispositions et de l'application du projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, conformément à l'article 96 des Lois du Canada 1998, ch. 35 ». Présenté au ministre de la Défense nationale le 3 septembre 2003). Plusieurs de ses recommandations donnent lieu à des propositions d'amendements législatifs, mais qui ne seront pas adoptées puisque les projets de loi C-7 (*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale*, 39<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 2006), C-45 (*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 39<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., 2008) et C-41 (*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 40<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess., 2010) meurent au feuillet (Voir l'excellent résumé des recommandations et réformes récentes dans le système de justice militaire canadien : Canada. Bibliothèque du Parlement. *Résumé législatif du projet*

*Legislative Summary of Bill C-15: An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, Legislative Summary 41-1-C15-E by Erin Shaw and Dominique Valiquet, revised 2 May 2013. Ottawa, 24 April 2012, at pages 2 to 8).

[96] In May 2011, the Honourable Patrick J. LeSage, retired Chief Justice of the Ontario Superior Court, was tasked with performing a second independent review of Bill C-25 and of Bill C-60, which was enacted in 2008. He submitted his report to the Minister of National Defence in December 2011 (Canada. Department of National Defence. *Report of the Second Independent Review Authority to The Honourable Peter G. MacKay Minister of National Defence*, by the Honourable Patrick J. Lesage. Ottawa: Minister of National Defence, December 2011).

[97] Some changes were also made following this Court's decisions in *R. v. Trépanier*, above (See *An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act*, S.C. 2008, c. 29, which received Royal Assent on June 18, 2008), regarding the constitutionality of section 165.14 and subsection 165.19(1) (choice of the type of courts martial), and in *R. v. Leblanc* (2011 CMAC 2, 7 C.M.A.R. 559, at paragraph 55. See *An Act to amend the National Defence Act (military judges)*, S.C. 2011, c. 22, which received Royal Assent on November 29, 2011) (appointment of military judges and the length of their term).

[98] Finally, Bill C-15, the *Strengthening Military Justice in the Defence of Canada Act*, (S.C. 2013, c. 24) which incorporates several elements from bills that died on the Order Paper, was assented to on June 19, 2013.

[99] Yet, despite this Court's many decisions regarding the military nexus requirement, no amendment was ever proposed or tabled with respect to section 130 of the NDA.

[100] This historical overview and the legislative effervescence lead me to find that Parliament passed up many opportunities to amend section 130, which has been consistently interpreted by this Court (*ATCO Gas*

*de loi C-15 : Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, Résumé législatif 41-1-C15-F par Erin Shaw et Dominique Valiquet, révisé le 2 mai 2013. Ottawa, 24 avril 2012, aux pages 2 à 8).

[96] En mai 2011, l'honorable Patrick J. LeSage, juge en chef à la retraite de la Cour supérieure de l'Ontario, sera chargé d'effectuer le deuxième examen indépendant du projet de loi C-25 et du projet de loi C-60, adopté en 2008. Il présente son rapport au ministre de la Défense nationale en décembre 2011 Canada. Ministère de la Défense nationale. *Rapport final de l'autorité indépendante chargée du deuxième examen à l'honorable Peter G. MacKay Ministre de la Défense nationale*, par L'honorable Patrick J. Lesage. Ottawa, ministre de la Défense nationale, décembre 2011.).

[97] Certaines réformes seront aussi apportées après les décisions de notre Cour dans *R. c. Trépanier*, précité (Voir la *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, ch. 29, ayant reçu la sanction royale le 18 juin 2008), au sujet de la constitutionnalité de l'article 165.14 et du paragraphe 165.19(1) (le choix du type de cour martiale) et dans *R. c. Leblanc* (2011 CACM 2, 7 C.A.C.M. 559, au paragraphe 55. Voir la *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (juges militaires)*, L.C. 2011, ch. 22, ayant reçu la sanction royale le 29 novembre 2011) (nomination des juges militaires et durée de leur mandat).

[98] Finalement, le projet de loi C-15, la *Loi visant à renforcer la justice militaire pour la défense du Canada* (L.C. 2013, ch. 24), qui incorpore plusieurs éléments des projets de lois morts au feuillet, sera sanctionné le 19 juin 2013.

[99] Or, malgré les nombreuses décisions de cette Cour au sujet du critère du lien de connexité avec le service militaire, jamais un amendement n'a été proposé ou présenté à l'égard de l'article 130 de la LDN.

[100] Ce panorama historique et cette effervescence législative m'amènent à la conclusion que le Parlement a laissé passer plusieurs occasions de modifier l'article 130, qui avait fait l'objet d'une interprétation constante par

& *Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 59; Côté, Pierre-André, Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011, at page 576; Sullivan Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008, at page 205).

[101] For these reasons, I believe that it is reasonable to apply the presumption of knowledge and find that Parliament knew that section 130 was constitutionally flawed and that it was aware of the interpretation adopted by this Court and affirmed by the Supreme Court in *Ionson*, above.

[102] As I have said before, that was a unique situation.

[103] It can therefore be asserted and held that Parliament would have passed section 130 with the alternations made by this Court in the last 30 years by means of reading in (*Ferguson*, above, at paragraph 51).

[104] A broad interpretation of paragraph 130(1)(a), as of section 163.1 of the *Criminal Code*, which was at issue in *Sharpe*, above, eliminates the problematic applications of this provision.

[105] I will now address some of the alternative arguments submitted by the parties.

(b) *Is Reddick binding?*

[106] *Reddick* was handed down less than two years after *Brown*, above. In *Reddick*, Chief Justice Strayer stated that “the nexus doctrine is superfluous and potentially misleading in a distribution of powers context”. He added that the approach “distract[s] from the real issue which is one of the division of powers” (*Reddick*, above, at page 487). Some have interpreted these comments as meaning either that the military nexus requirement had been eliminated in Canadian military law or that the test was no longer as relevant (*Halsbury’s Laws of Canada – Military*, 1st ed., by Natalie Venslovaitis and Catherine Morin, eds. with the collaboration of the Office of the Judge Advocate General for the Canadian Armed Forces. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2011, at page 397;

notre Cour (*ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 59; Côté, Pierre-André, Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal, Thémis, 2009, à la page 624, paragraphe 1715; Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham (Ont), LexisNexis, 2008, à la page 205).

[101] Pour ces raisons, j’estime qu’il est raisonnable d’appliquer la présomption de connaissance du Parlement et de conclure que celui-ci savait que l’article 130 était entaché d’un vice constitutionnel et qu’il connaissait l’interprétation adoptée par notre Cour et confirmée par la Cour suprême dans l’arrêt *Ionson*, précité.

[102] Il s’agit là, je le répète, d’un cas de figure unique.

[103] On peut dès lors affirmer et conclure que le Parlement aurait adopté l’article 130 sous la forme modifiée que lui a donnée notre Cour en ayant recours à l’interprétation large au cours des trente dernières années (*Ferguson*, précité, au paragraphe 51).

[104] L’interprétation large de l’alinéa 130(1)a), tout comme l’article 163.1 du *Code criminel* en cause dans l’arrêt *Sharpe*, précité, permet d’éliminer les applications de cet article qui posent problème.

[105] J’aborde maintenant quelques arguments subsidiaires présentés par les parties.

(b) *L’arrêt Reddick doit-il être suivi?*

[106] L’arrêt *Reddick* a été rendu moins de deux ans après l’arrêt *Brown*, above. Dans cette affaire, le juge en chef Strayer affirme que « [l]a théorie du lien est superflue et qu’elle risque d’induire en erreur dans le contexte du partage des pouvoirs ». Il ajoute que cette approche « distrait de la véritable question, qui en est une de partage des pouvoirs » (*Reddick*, précité, à la page 487). Ces propos ont été interprétés par certains comme signifiant soit l’abolition du critère du lien de connexité avec le service militaire en droit militaire canadien, soit que ce critère n’avait plus la même pertinence (*Halsbury’s Laws of Canada – Military*, 1<sup>re</sup> éd., par Natalie Venslovaitis et Catherine Morin, dir., avec la collaboration du Cabinet du Juge-avocat général des Forces armées canadiennes.

McNairn, David. “A Military Justice Primer” (2002), 7 *Can. Crim. L. Rev.* 299, at pages 302 to 321).

[107] If I understand the DMP’s argument correctly, he would like this Court to replace the military nexus test under section 130 of the NDA with a similar or equivalent test, but in the context of a division of powers analysis.

[108] Such an approach is undesirable because it is preferable to maintain the necessary distinctions between a division of powers analysis and a Charter analysis.

[109] Furthermore, it seems to me that this approach is incompatible with Chief Justice McLachlin’s comments in *PHS*, above, where she wrote the following (at paragraph 82):

More broadly, the principle that one part of the Constitution cannot be abrogated or diminished by another part of the Constitution is of no assistance in dealing with division of powers issues on the one hand, and *Charter* issues on the other. There is no conflict between saying a federal law is validly adopted under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, and asserting that the same law, in purpose or effect, deprives individuals of rights guaranteed by the *Charter*. The *Charter* applies to all valid federal and provincial laws. Indeed, if the [*Controlled Drugs and Substances Act*] were ultra vires the federal government, there would be no law to which the *Charter* could apply. Laws must conform to the constitutional division of powers and to the *Charter*.

[110] In this case, there is no doubt that Parliament has the constitutional competence to enact section 130 (*MacKay*, above; McNairn, David. “A Military Justice Primer”, above, at page 301). At issue is rather whether that provision, in purpose or effect, deprives Canadian military personnel of their Charter rights.

[111] The DMP raises the Supreme Court’s *Sellars* principle and is asking us to apply it and to follow *Reddick*, which, in his opinion, reversed the prior case law of this Court.

Markham (Ont.), LexisNexis Canada, 2011, à la page 397; McNairn, David. « Introduction au système de justice militaire » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 299, aux pages 302 à 321).

[107] Si je comprends bien la prétention du DPM, il souhaite que notre Cour remplace le critère du lien de connexité avec le service militaire sous l’article 130 de la LDN par un critère similaire ou équivalent, mais dans le cadre d’une analyse de partage des pouvoirs.

[108] Une telle approche n’est pas souhaitable, car il est préférable de conserver les distinctions qui s’imposent entre l’analyse du partage des pouvoirs et celle sous la Charte.

[109] De plus, il me semble que cette approche est incompatible avec les propos tenus par la juge en chef McLachlin dans l’affaire *PHS*, précitée, où elle écrit ce qui suit (au paragraphe 82) :

D’un point de vue plus général, le principe selon lequel une partie de la Constitution ne peut pas être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution n’est d’aucune utilité pour trancher les questions de partage des compétences et les questions relatives à la *Charte*. Il n’y a aucune contradiction entre affirmer qu’une loi fédérale a été validement adoptée en vertu de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et prétendre que cette même loi, par son objet ou ses effets, prive des personnes de leurs droits garantis par la *Charte*. La *Charte* s’applique à toutes les lois fédérales et provinciales valides. En fait, si la *Loi* outrepassait les pouvoirs fédéraux, elle n’existerait pas et ne pourrait donc pas être assujettie à la *Charte*. Les lois doivent être conformes à la fois au partage constitutionnel des compétences et à la *Charte*.

[110] En l’espèce, il ne fait aucun doute que le Parlement a la compétence constitutionnelle pour adopter l’article 130 (*MacKay*, précité; McNairn, David. « Introduction au système de justice militaire » précité, à la page 301). Toutefois, la question est plutôt de savoir si cet article, par son objet ou ses effets, prive les militaires canadiens de leurs droits garantis par la Charte.

[111] Le DPM invoque le principe de l’arrêt *Sellars* de la Cour suprême et nous enjoint de l’appliquer et de suivre l’arrêt *Reddick* qui, à son avis, aurait renversé la jurisprudence antérieure de notre Cour.



[112] The Supreme Court commented on *Sellars*, above, in *R. v. Henry* (2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609).

[113] Justice Binnie explained that Justice Chouinard's opinion in *Sellars* had been taken to "suggest that other courts are bound by this Court's considered ruling on a point of law, even a point not strictly necessary to the conclusion". He held that this is not the case (*R. v. Henry*, above, at paragraph 54):

[57] The issue in each case, to return to the Halsbury question, is what did the case decide? Beyond the *ratio decidendi* which, as the Earl of Halsbury L.C. pointed out, is generally rooted in the facts, the legal point decided by this Court may be as narrow as the jury instruction at issue in *Sellars* or as broad as the *Oakes* test. All *obiter* do not have, and are not intended to have, the same weight. The weight decreases as one moves from the dispositive *ratio decidendi* to a wider circle of analysis which is obviously intended for guidance and which should be accepted as authoritative. Beyond that, there will be commentary, examples or exposition that are intended to be helpful and may be found to be persuasive, but are certainly not "binding" in the sense the *Sellars* principle in its most exaggerated form would have it. The objective of the exercise is to promote certainty in the law, not to stifle its growth and creativity. The notion that each phrase in a judgment of this Court should be treated as if enacted in a statute is not supported by the cases and is inconsistent with the basic fundamental principle that the common law develops by experience. [Emphasis added.]

[114] These teachings apply to *Reddick*.

[115] First, I agree with Chief Justice Blanchard's analysis according to which the issue in *Reddick* is the division of powers.

[116] Second, *Reddick's* usefulness is greatly reduced given that the overbreadth of section 130 is not at issue in that decision.

[117] Third, and significantly, *Reddick* does not examine the Supreme Court's decision in *Ionson*, above.

[112] L'arrêt *Sellars*, précité, a fait l'objet de commentaires de la Cour suprême dans *R. c. Henry* (2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609).

[113] Le juge Binnie y souligne qu'on a interprété l'opinion du juge Chouinard dans l'arrêt *Sellars* « comme signifiant que les autres tribunaux sont liés par l'opinion que la Cour exprime sur un point de droit après l'avoir examiné attentivement, même lorsqu'il n'était pas nécessaire qu'elle l'examine pour rendre jugement ». Il affirme que cela n'est pas le cas. Il écrit (*R. c. Henry*, précité, au paragraphe 54) :

[57] Pour reprendre la formulation du comte Halsbury, il faut se demander chaque fois quelles questions ont été effectivement tranchées. Au delà de la *ratio decidendi* qui est généralement ancrée dans les faits, comme l'a signalé le comte Halsbury, le point de droit tranché par la Cour peut être aussi étroit que la directive au jury en cause dans *Sellars* ou aussi large que le test établi par l'arrêt *Oakes*. Les remarques incidentes n'ont pas et ne sont pas censées avoir toutes la même importance. Leur poids diminue lorsqu'elles s'éloignent de la stricte *ratio decidendi* pour s'inscrire dans un cadre d'analyse plus large dont le but est manifestement de fournir des balises et qui devrait être accepté comme faisant autorité. Au delà, il s'agira de commentaires, d'exemples ou d'exposés qui se veulent utiles et peuvent être jugés convainquants, mais qui ne sont certainement pas « contraignants » comme le voudrait le principe *Sellars* dans son expression la plus extrême. L'objectif est de contribuer à la certitude du droit, non de freiner son évolution et sa créativité. La thèse voulant que chaque énoncé d'un jugement de la Cour soit traité comme s'il s'agissait d'un texte de loi n'est pas étayée par la jurisprudence et va à l'encontre du principe fondamental de l'évolution de la common law au gré des situations qui surviennent. [Je souligne.]

[114] Ces enseignements s'appliquent à l'arrêt *Reddick*.

[115] Premièrement, je partage l'analyse du juge en chef Blanchard selon laquelle il est question de partage des compétences dans l'arrêt *Reddick*.

[116] Deuxièmement, l'utilité de *Reddick* est considérablement réduite puisque la question de la portée excessive de l'article 130 n'est pas en cause dans cette décision.

[117] Troisièmement, et de manière importante, l'arrêt *Reddick* n'examine pas la décision de la Cour suprême dans *Ionson*, précitée.

[118] Furthermore, the DPM relies on *R. v. Hayden* (1997 ABCA 259), of the Court of Appeal of Alberta to persuade us that the rules of horizontal collegiality require us to follow *Reddick*.

[119] The Court cannot accept this submission.

[120] Indeed, *Reddick* could not reverse the previous case law of this Court—*Brown*, above, having been handed down less than two years earlier—because, according to a well-established practice in Canadian appellate courts (*Murphy v. Welsh* (1991), 81 D.L.R. (4th) 475 (ON CA), at page 480; *Thomson v. Workers' Compensation Appeals Tribunal (Nova Scotia)*, 2002 NSCA 58, at paragraphs 7 to 9; *R. v. Arcand*, 2010 ABCA 363, at paragraphs 185 to 207. This approach is in line with the recent decision of the Supreme Court in *Canada v. Craig*, above, at paragraphs 25 to 27), only a decision of a five-member panel of this Court could have had this effect and only in an appeal specifically raising the issue of reassessing this Court's previous case law on military nexus under section 7 and paragraph 11(f) of the Charter (As Chief Justice Blanchard pointed out in *Moriarity*, above, at paragraph 61, this Court held in *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60 and *R. v. Trépanier*, above, that *Reddick* did not have the scope that some seemed to give it).

[121] For the reasons noted previously, I find that, according to the appellate rules of collegiality, we are bound by the complete and persuasive analysis of Chief Justice Blanchard in *Moriarity*, which is in line with this Court's consistent approach to the military nexus test.

(c) *Wording of the military nexus test*

[122] The appellant submits that, in its recent decision, this Court adopted inconsistent military nexus tests. In his opinion, the test set out by Justice McIntyre in *MacKay*, above, cannot be reconciled with Chief Justice Lamer's observations in *Généreux*, above.

[118] Par ailleurs, le DPM s'appuie sur l'arrêt *R. v. Hayden* (1997 ABCA 259) de la Cour d'appel de l'Alberta pour nous convaincre que les règles de la collégialité horizontale exigent que nous suivions l'arrêt *Reddick*.

[119] Cette proposition ne peut être retenue.

[120] En effet, l'arrêt *Reddick* ne pouvait avoir pour effet d'infirmer la jurisprudence antérieure de notre Cour — l'arrêt *Brown*, précité, ayant été rendu moins de deux ans auparavant — car selon une pratique bien reconnue au sein des cours d'appel canadiennes (*Murphy v. Welsh* (1991), 81 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 475 (ON CA), à la page 480; *Thomson v. Workers' Compensation Appeals Tribunal (Nova Scotia)*, 2002 NSCA 58, aux paragraphes 7 à 9; *R. v. Arcand*, 2010 ABCA 363, aux paragraphes 185 à 207. Cette approche est conforme à la décision récente de la Cour suprême dans *Canada c. Craig*, précitée, aux paragraphes 25 à 27), seule une décision d'une formation de cinq membres de notre Cour aurait pu avoir cette portée et ce dans le cadre d'un pourvoi posant spécifiquement la question de la réévaluation de la jurisprudence antérieure de notre Cour au sujet du lien de connexité avec le service militaire sous l'article 7 et l'alinéa 11f) de la Charte (Comme le souligne le juge en chef Blanchard dans *Moriarity*, précité, au paragraphe 61, notre Cour avait bien souligné dans *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60 et *R. c. Trépanier*, précité, que l'arrêt *Reddick* n'avait pas la portée que certains semblaient lui prêter).

[121] Pour les motifs déjà évoqués, j'estime que, selon les règles de collégialité au sein d'une cour d'appel, nous sommes liés par l'analyse complète et persuasive du juge en chef Blanchard dans *Moriarity* qui est conforme à l'approche constante de notre Cour au sujet du critère du lien de connexité avec le service militaire.

(c) *La formulation du critère du lien de connexité avec le service militaire*

[122] L'appelant soutient que notre Cour a adopté, dans sa récente décision, des critères du lien de connexité avec le service militaire incompatibles entre eux. À son avis, le critère énoncé par le juge McIntyre dans *MacKay*, précité, ne peut être réconcilié avec les observations du juge en chef Lamer dans *Généreux*, précité.

[123] First, the interpretation of paragraph 11(f) and the question of military nexus were not at issue in *Généreux*, but that is not even key.

[124] In my view, when “such offence is so connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service” (*MacKay*, above, at page 410, reiterated in *Généreux*, above, at page 291), it “pertain[s] directly to the discipline, efficiency and morale of the military” (*Généreux*, at page 293).

[125] The appellant is wrong to see a substantially different test in the explanation of Justice McIntyre in *MacKay* and that of Chief Justice Lamer in *Généreux*. Chief Justice Blanchard refers to both explanations in his judgment, and they are far from incompatible. In fact, they are complementary in the sense that they express the same basic requirement but using slightly different terms.

(d) *Impact on summary trials*

[126] The appellant also claims that the application of the military nexus test in summary trials (See the description of summary trials in *Halsbury's Laws of Canada – Military*, above, at pages 424 to 429) may result in inconsistent and conflicting applications of this test because commanding officers presiding over summary trials are not independent tribunals under paragraph 11(d) of the Charter and do not have legal training.

[127] The appellant's argument exceeds the ambit of this appeal, because it is based on grounds that concern the constitutionality of summary trials under the NDA (See, for example, Cormier, Patrick. “La Justice militaire canadienne : le procès sommaire est-il conforme à l'article 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés?” (2000), 45 *McGill L.J.* 209). It is not appropriate in this appeal to examine whether summary trials are constitutional.

[123] Il faut d'abord préciser que l'interprétation de l'alinéa 11f) et la question du lien de connexité avec le service militaire n'étaient pas en cause dans *Généreux*, mais là n'est pas l'observation la plus fondamentale.

[124] À mon avis, lorsqu'une « infraction est, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu'elle serait susceptible d'influer sur le niveau général de discipline et d'efficacité des forces armées » (*MacKay*, précité, à la page 410, repris dans *Généreux*, précité, à la page 291), elle « touche [...] directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes » (*Généreux*, à la page 293).

[125] L'appelant a tort de voir un critère substantiellement différent entre la formulation du juge McIntyre dans *MacKay* et celle du juge Lamer dans *Généreux*. Le juge en chef Blanchard réfère dans son jugement à ces deux formulations qui sont loin d'être incompatibles. En fait, elles sont complémentaires en ce sens qu'elles énoncent la même exigence de fond en utilisant une terminologie légèrement différente.

(d) *Impact sur les procès sommaires*

[126] L'appelant prétend aussi que l'application du critère du lien de connexité avec le service militaire dans le contexte des procès sommaires (Voir la description des procès sommaires dans *Halsbury's Laws of Canada – Military*, précité, aux pages 424 à 429) est susceptible d'entraîner une application incohérente et divergente de ce critère parce que les commandants qui président les procès sommaires ne sont pas des tribunaux indépendants au sens de l'alinéa 11d) de la Charte, et qu'ils n'ont pas de formation juridique.

[127] L'argument de l'appelant déborde le cadre du présent pourvoi, car il est fondé sur des motifs qui concernent la constitutionnalité des procès sommaires en vertu de la LDN (Voir par exemple : Cormier, Patrick. « La Justice militaire canadienne : le procès sommaire est-il conforme à l'article 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés? » (2000), 45 *R.D. McGill* 209). Il n'est pas opportun d'aborder la question de la constitutionnalité des procès sommaires dans le cadre du présent pourvoi.

[128] Moreover, the accused can elect to be tried by a court martial, except for five specific offences (Section 162.1 of the NDA; art. 108.17 of the QR&O).

[129] Moreover, commanding officers presiding over summary trials are “trained in the administration of the Code of Service Discipline in accordance with a curriculum established by the Judge Advocate General” and “certified ... as qualified to perform their duties in the administration of the Code” (Art. 101.09(1) of the QR&O. See McNairn, David. “A Military Justice Primer”, above).

[130] In my view, even though they are not judges and even though we must deal with this aspect with the greatest of caution, we must conclude that, barring any constitutional questions that do not arise in this case, the commanding officers presiding over summary trials benefit from a presumption of integrity (*R. v. Teskey*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267; *Cojocar v. British Columbia Women’s Hospital and Health Centre*, 2013 SCC 30, [2013] 2 S.C.R. 357, at paragraphs 14 to 22). For this reason, it must be presumed that the military nexus test will be applied in accordance with the teachings of this Court’s case law and not the contrary.

(e) *Conclusion*

[131] In closing, I note that in 2010-2011, 96% of the disciplinary proceedings conducted under the NDA were summary trials (Canada. Department of National Defence. *Judge Advocate General Annual Report* from 2010-2011, Annex: Military Justice Statistics, at page 20). Approximately 48% of charges laid involved section 129 of the NDA, and acts, conduct or neglect to the prejudice of good order and discipline, while approximately 1.5% of charges were laid under section 130 (According to the annual reports of the Judge Advocate General, this percentage was 0.76% in 2007-2008 (2008-2009 Annual Report), 0.91% in 2008-2009 (2009-2010 Annual Report), 1.6% in 2009-2010 (2010-2011 Annual Report), and 1.48% in 2010-2011 (2010-2011 Annual Report)).

[128] Par ailleurs, il faut souligner que l’accusé a le choix d’être jugé par une cour martiale, sauf pour cinq infractions précises (Art. 162.1 de la LDN; art. 108.17 des ORFC).

[129] De plus, les commandants qui président les procès sommaires reçoivent une « formation relative à l’application du code de discipline militaire selon un programme établi par le juge-avocat général » et une « attestation de leur qualification à appliquer le code » (Art. 101.09(1) des ORFC. Voir McNairn, David. « Introduction au système de justice militaire », précité).

[130] À mon avis, même s’ils ne sont pas des juges et même si nous devons aborder cet aspect avec la plus grande prudence, nous devons conclure que, sous réserve de questions constitutionnelles qui ne se posent pas dans le présent dossier, les commandants qui président des procès sommaires bénéficient de la présomption d’intégrité (*R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267; *Cojocar c. British Columbia Women’s Hospital and Health Centre*, 2013 CSC 30, [2013] 2 R.C.S. 357, aux paragraphes 14 à 22). Pour cette raison, il faut présumer que le critère du lien de connexité avec le service militaire sera appliqué conformément aux enseignements de la jurisprudence de notre Cour, et non le contraire.

(e) *Conclusion*

[131] Je note en terminant qu’en 2010-2011, 96 % des procédures disciplinaires tenues sous la LDN sont des procès sommaires (Canada. Ministère de la Défense nationale. *Rapport annuel du Juge-avocat général de 2010-2011*, Annexe : Statistiques sur la justice militaire, à la page 23). Environ 48 % des accusations portées mettaient en cause l’article 129 de la LDN, relativement à des actes, des comportements ou de la négligence préjudiciables au bon ordre et à la discipline, alors qu’environ 1,5 % des accusations portées étaient fondées sur l’article 130 (Selon les *Rapports annuels du juge-avocat général sur l’administration de la justice militaire au sein des Forces canadiennes*, ce pourcentage se chiffrait à 0,76 % en 2007-2008 (Rapport annuel de 2008-2009), à 0,91 % en 2008-2009 (Rapport annuel de 2009-2010), à 1,6 % en 2009-2010 (Rapport annuel de 2010-2011), et à 1,48 % en 2010-2011 (Rapport annuel de 2010-2011)).

[132] In the circumstances, it would be an exaggeration to claim that the survival or sustainability of service discipline is jeopardized in Canada because of the interpretation given by this Court. It is simply a matter of drawing a line “separating the service-related or military offence from the offence which has no necessary connection with the service” (*MacKay*, above, at page 410 (Justice McIntyre)), in accordance with constitutional requirements. Nothing more, nothing less.

[133] For all these reasons, paragraph 130(1)(a) of the NDA must be read into, and this requires the application of Justice McIntyre’s military nexus test in *MacKay*.

[134] Paragraph 130(1)(a) of the NDA must therefore now be read as follows:

**130.** (1) An act or omission which is so connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service of the Canadian Forces

(a) that takes place in Canada and is punishable under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament, or

...

is an offence under this Division and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2).

[135] At the appeal hearing, the appellant agreed that this requirement was met in the circumstances of this case. A more thorough analysis is therefore not required (See the military judge’s comments at sentencing: *R. v. Larouche*, 2012 CM 3023, at paragraphs 23, 41, 48 and 49).

*B. Second ground of appeal: Exclusion of the evidence under subsection 24(2) of the Charter*

(1) Introduction

[136] The appellant is challenging the decision of the military judge who refused to exclude the evidence

[132] Il serait nettement exagéré dans les circonstances de prétendre que la survie ou la pérennité de la discipline militaire est mise en péril au Canada en raison de l’interprétation adoptée par notre Cour. Il s’agit tout simplement de tracer, selon les exigences de la Constitution, « la ligne de démarcation entre les infractions militaires ou reliées aux forces armées et celles qui n’y sont pas nécessairement reliées » (*MacKay*, précité, à la page 410 (le juge McIntyre)). Rien de plus, rien de moins.

[133] Pour tous ces motifs, l’alinéa 130(1)a de la LDN doit faire l’objet d’une interprétation large qui exige l’application du critère du lien de connexité avec le service militaire formulé par le juge McIntyre dans l’arrêt *MacKay*.

[134] L’alinéa 130(1)a de la LDN doit donc maintenant se lire de la manière suivante :

**130.** (1) Constitue une infraction à la présente section tout acte ou omission, qui est à ce point relié à la vie militaire, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, qu’il est susceptible d’influer sur le niveau général de discipline et d’efficacité des Forces canadiennes :

a) survenu au Canada et punissable sous le régime de la partie VII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale;

[...]

Quiconque en est déclaré coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2).

[135] Lors de l’audition du pourvoi, l’appelant a convenu que ce critère est satisfait dans les circonstances de la présente affaire. Il n’est pas nécessaire de procéder à une analyse plus poussée dans ce contexte (Voir les commentaires du juge militaire lors de la détermination de la peine : *R. c. Larouche*, 2012 CM 3023, aux paragraphes 23, 41, 48 et 49).

*B. Le deuxième moyen d’appel : L’exclusion de la preuve sous le paragraphe 24(2) de la Charte*

(1) Introduction

[136] L’appelant conteste la décision du juge militaire qui a refusé d’exclure la preuve recueillie à la suite de

gathered in the execution of two search warrants even though he found that those warrants should not have been issued.

[137] The first warrant was issued on January 20, 2010, and executed at the appellant's home on January 21, 2010. The warrant was for computers, cell phones, digital cameras, any storage devices and nude prints of the complainants.

[138] The investigator originally applied for a search warrant for the offence of voyeurism under section 162 of the *Criminal Code* and the offence of conduct to the prejudice of good order and discipline under section 129 of the NDA. However, the authorizing judge was not familiar with the NDA and asked the investigator to establish that a search warrant could be issued for this offence.

[139] After receiving a legal opinion, the investigator, concerned about the possible destruction of evidence, decided to only request a warrant for the offence of voyeurism. No copy of this first information was filed in the trial record or before us.

[140] The military judge described the search as follows:

[19] The search of Private Larouche's home began early in the morning, around 6 o'clock, and took about 10 hours. Corporal Gauvin used certain computer programs that allowed him to skim through the electronic and memory items described in the warrant to identify the relevant ones to be analyzed and seize them for a real analysis later in a laboratory, since this was very time consuming. Two factors made the seizure more complex: first, the number of items that he had to comb through, about 1,800; and the fact that, during this survey, he noticed that some of these items contained a large number of files that might constitute child pornography that he seized in plain view. At the end of the search, they met with Private Larouche again at his home, and the evidence seized was identified for him.

l'exécution de deux mandats de perquisition même s'il avait conclu que ces mandats n'auraient pas dû être délivrés.

[137] Le premier mandat a été délivré le 20 janvier 2010 et exécuté le 21 janvier 2010 au domicile de l'appelant. Ce mandat visait l'obtention des ordinateurs, cellulaires, caméras digitales, tous les dispositifs de stockage et les impressions représentant les plaignantes nues.

[138] À l'origine, l'enquêteur avait présenté une demande pour l'obtention d'un mandat de perquisition visant tant l'infraction de voyeurisme selon l'article 162 du *Code criminel* que l'infraction d'avoir eu une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline selon l'article 129 de la LDN. Cependant, le juge autorisateur n'était pas familier avec la LDN et a demandé que l'enquêteur lui démontre qu'un mandat de perquisition pouvait être délivré pour cette infraction.

[139] Après avoir reçu un avis juridique, l'enquêteur, préoccupé par la destruction possible d'éléments de preuve, choisit plutôt de demander un mandat uniquement pour l'infraction de voyeurisme. Copie de cette première dénonciation n'a pas été déposée au dossier du procès ou devant nous.

[140] Le juge militaire décrit ainsi le déroulement de la perquisition :

[19] La perquisition du domicile du soldat Larouche a débuté tôt le matin, soit vers 6 heures, et elle a duré environ 10 heures. Le caporal Gauvin a utilisé certains logiciels lui permettant de faire un survol des éléments électroniques et de stockage visés par le mandat de perquisition afin d'identifier ceux dont il procéderait à la saisie, ceci afin de minimiser le temps passé au domicile du soldat Larouche. L'idée était d'identifier les éléments pertinents qui devaient faire l'objet d'une analyse, de les saisir, et d'en faire une véritable analyse en laboratoire plus tard car cela prenait beaucoup de temps. Deux facteurs sont venus augmenter la complexité de la saisie : premièrement, le nombre d'items dont il devait faire un survol, soit environ 1800, et le fait que durant ce survol, il a identifié que certains de ces items contenaient un grand nombre de fichier pouvant constituer de la pornographie juvénile qu'il a saisie en *plain view*. À la fin de la perquisition, le soldat Larouche a été à nouveau rencontré à son domicile et les éléments saisis lui ont été identifiés.

[141] A second warrant was issued on February 5, 2010, for possession of child pornography found [TRANSLATION] “accidentally” during the execution of the first warrant, according to the description used by the investigator in his information.

[142] The evidence gathered helped establish that the appellant was guilty of both counts. In the case of the offence of voyeurism, a video recording proved that the appellant had filmed a complainant without her knowledge (*R. v. Larouche*, 2012 CM 3009, at paragraphs 83 to 93).

[143] In the case of the offence of possession of child pornography, the appellant admitted, after his motion for exclusion of evidence under subsection 24(2) was dismissed, that the 1,054 electronic files seized and filed as evidence by the prosecution were child pornography. He also acknowledged during sentencing that the electronic child pornography files were photographs or videos of two young girls under the age of 18.

(a) *Standard of intervention*

[144] A court of appeal’s standard of intervention in such a matter is strict and exacting. Justice Cromwell described it in *R. v. Côté*: (2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215 (*Côté*))

[44] The standard of review of a trial judge’s s. 24(2) determination of what would bring the administration of justice into disrepute having regard to all of the circumstances is not controversial. It was set out by this Court in *Grant* and recently affirmed in *R. v. Beaulieu*, 2010 SCC 7, [2010] 1 S.C.R. 248. Where a trial judge has considered the proper factors and has not made any unreasonable finding, his or her determination is owed considerable deference on appellate review (*Grant*, at para. 86, and *Beaulieu*, at para. 5).

[145] Justice Fish provided the following clarifications in *R. v. Cole* (2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34 (*Cole*)):

[82] The standard of review is deferential: “Where a trial judge has considered the proper factors and has not made any unreasonable finding, his or her determination is owed considerable deference on appellate review” (*R. v. Côté*,

[141] Un deuxième mandat est délivré le 5 février 2010 et vise la possession de pornographie juvénile qui a été trouvée « accidentellement » lors de l’exécution du premier mandat, selon la description utilisée par l’enquêteur dans sa dénonciation.

[142] La preuve recueillie permet d’établir la culpabilité de l’appelant à l’égard des deux chefs d’accusation. Dans le cas de l’infraction de voyeurisme, il s’agit d’un enregistrement vidéo qui fait la preuve que l’appelant a filmé une plaignante à son insu (*R. c. Larouche*, 2012 CM 3009, aux paragraphes 83 à 93).

[143] Dans le cas de l’infraction de possession de pornographie juvénile, l’appelant a admis, après le rejet de sa demande d’exclusion de la preuve sous le paragraphe 24(2), que les 1054 fichiers électroniques saisis et déposés en preuve par la poursuite constituent de la pornographie juvénile. Il a aussi reconnu, lors de la détermination de la peine, que les fichiers électroniques qui représentent de la pornographie juvénile sont des photographies ou des vidéos de deux jeunes filles de moins de 18 ans.

(a) *La norme d’intervention*

[144] La norme d’intervention d’une Cour d’appel en cette matière est stricte et exigeante. Le juge Cromwell la décrit dans l’arrêt *R. c. Côté* (2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215 (*Côté*)) :

[44] La norme de contrôle applicable à la détermination, par le juge du procès, de ce qui, suivant le par. 24(2), est susceptible de déconsidérer l’administration de justice eu égard aux circonstances, n’est pas controversée. La Cour l’énonce dans *Grant*, puis la confirme dans *R. c. Beaulieu*, 2010 CSC 7, [2010] 1 R.C.S. 248. Lorsque le juge du procès a pris en compte les considérations applicables et n’a tiré aucune conclusion déraisonnable, sa décision justifie une grande déférence en appel (*Grant*, par. 86, et *Beaulieu*, par. 5).

[145] Le juge Fish apporte les précisions suivantes dans *R. c. Cole* (2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34 (*Cole*)) :

[82] La norme de contrôle commande la retenue : « Lorsque le juge du procès a pris en compte les considérations applicables et n’a tiré aucune conclusion déraisonnable, sa décision justifie une grande déférence en appel » (*R. c. Côté*,

2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 44). But where the relevant factors have been overlooked or disregarded, a fresh Grant analysis is both necessary and appropriate. [Emphasis added.]

(b) *Validity of search warrants*

[146] It is useful to reproduce the main elements of the military judge's analysis that led to the conclusion that the two search warrants should not have been issued. He writes as follows:

[41] Regarding the affidavit in support of the information that allowed Corporal Gauvin to obtain a search warrant on 20 January 2010, I must admit that, on its face, and more specifically with regard to paragraphs 3 and 4, it does not appear to contain credible and reliable evidence allowing the judge to conclude that Private Larouche had acted without the knowledge of his alleged victims and hence reasonable and probable grounds to believe that an offence of voyeurism had been committed.

...

[43] Corporal Gauvin, the Military Police investigator in this case, gave clear, direct and consistent testimony. In my view, he answered properly and sincerely on the basis of his personal knowledge and experience.

[44] Corporal Gauvin stated twice when he was examined by counsel for the applicant and once when cross-examined by the respondent that he was faced with a situation where the two victims had consented to have Corporal Larouche take videos or photos of them on condition that all of those videos or photos be subsequently destroyed and that, when the applicant failed to do so, he was in a situation in which he was committing the offence of voyeurism.

[45] Clearly, the affidavit prepared by Corporal Gauvin in support of the information reflects this state of affairs. According to him, the facts did not present a situation where the victims were photographed or filmed without their knowledge, but rather one in which Private Larouche had kept, without the victims' knowledge, materials that should normally have been destroyed. As he explained, the victims decided to complain to the Military Police because Private Larouche had kept the materials and had probably shown them to others, without their knowledge, and they

2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 44). Cependant, lorsque les facteurs pertinents ont été négligés ou ignorés, une nouvelle analyse fondée sur l'arrêt Grant est nécessaire et opportune. [Je souligne.]

(b) *La validité des mandats de perquisition*

[146] Il convient de reproduire les principaux éléments de l'analyse du juge militaire qui l'amène à la conclusion que les deux mandats de perquisition n'auraient pas dû être délivrés. Il écrit :

[41] En ce qui concerne l'affidavit à l'appui de la dénonciation qui a mené à l'obtention d'un mandat de perquisition le 20 janvier 2010 par le caporal Gauvin, force est d'admettre qu'à sa lecture même, et plus particulièrement en ce qui concerne les paragraphes 3 et 4, il ne semble pas y avoir d'éléments de preuve crédibles et fiables permettant au juge de conclure que le soldat Larouche avait agi à l'insu des présumées victimes, et que par le fait même qu'il existait des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction de voyeurisme avait été commise.

[...]

[43] L'enquêteur de la police militaire dans ce dossier, le caporal Gauvin a témoigné de manière claire, directe et cohérente. Il m'est apparu qu'il répondait correctement, en toute sincérité, sur la base de ses connaissances et expériences personnelles.

[44] Le caporal Gauvin a affirmé à deux reprises lorsqu'il était interrogé par l'avocat du requérant, et à une autre reprise durant son contre-interrogatoire par l'intimé, qu'il faisait face à une situation où les deux victimes avaient consenti à la prise de photos ou vidéos par le caporal Larouche à la condition que tout cela soit détruit par la suite, et qu'en omettant d'agir ainsi, le requérant se trouvait dans une situation où il commettait l'infraction de voyeurisme.

[45] Il est clair que l'affidavit rédigé par le caporal Gauvin à l'appui de la dénonciation reflète cet état de chose. Pour lui, les faits ne présentaient pas une situation où les victimes ont été photographiées ou filmées à leur insu, mais plutôt un cas où le soldat Larouche a conservé, à l'insu des victimes, le matériel qui aurait dû normalement être détruit. Tel qu'il l'a d'ailleurs relaté, c'est en raison du fait que le soldat Larouche avait conservé et probablement montré à d'autres personnes ce matériel, à l'insu des victimes, que ces dernières ont décidé de porter plainte



feared that they would have no control whatsoever over how widely all these materials would be disseminated.

[46] This observation thus leads me to conclude that the applicant has not shown on a balance of probabilities that Corporal Gauvin's affidavit was incomplete because it contained inaccuracies and omissions. On the contrary, in my view, the affidavit is accurate and reflects Corporal Gauvin's understanding of the facts as described in his testimony before the Court and as he tried to summarize them in the document.

[47] However, I find that the judge could not have issued the warrant on the basis of Corporal Gauvin's information because the supporting affidavit he filed does not disclose in any way, be it directly or by inference, reasonable and probable grounds to believe that Private Larouche took photos or videos of the two victims surreptitiously, that is, without their knowledge, and that he thus committed the offence of voyeurism. Consequently, I must intervene and declare that the search warrant that Judge Bédard issued in this case on 20 January 2010 is invalid.

[48] The applicant also argued that the second search warrant, issued in February 2010, was invalid because it had been unlawfully obtained. On this point, I must agree with him and declare that this search warrant, too, is invalid.

[49] Since the search warrant dated 20 January 2010 should not have been granted, and since the February warrant was issued on the basis of grounds that were unlawfully obtained, all this means that both of the ensuing searches infringed section 8 of the Charter, on the grounds that they were, by their combined effect, unreasonable.

[50] Regarding the execution of the search made pursuant to the warrant dated 20 January 2010, I do not agree with the argument of counsel for the applicant concerning the need to specify in the warrant the data sought on the computers. As the evidence submitted to the Court showed, Corporal Gauvin tried to minimize the impact on Corporal Larouche throughout the search. He used software to skim over the 1,800 items subject to the search so that he could avoid conducting lengthy analyses at Private Larouche's home and take away with him only those items, 18 in number, requiring analysis, thereby leaving Private Larouche in possession of all the items that could have been seized but were not because they were not at all relevant.

à la police militaire, craignant que le tout reçoive une diffusion sur laquelle elles n'auraient eu aucun contrôle.

[46] Cette constatation m'amène ainsi à conclure que le requérant n'a pas démontré par une prépondérance des probabilités que l'affidavit du caporal Gauvin était incomplet par ce qu'il comportait des inexactitudes et des omissions. Au contraire, à mon avis, l'affidavit est plutôt exact et reflète bien la compréhension des faits que le caporal Gauvin a décrits dans son témoignage à la cour et qu'il a tenté de résumer dans le document.

[47] Par contre, je suis d'avis que le juge n'aurait pu décerner le mandat sur la base de la dénonciation du caporal Gauvin car la lecture de l'affidavit qu'il a présenté à l'appui ne révèle d'aucune manière, que ce soit directement ou par inférence, de motifs raisonnables et probables de croire que le soldat Larouche a pris, subrepticement, des photos ou vidéos des deux victimes, c'est-à-dire qu'il a agi à leur insu, et qu'il a ainsi commis l'infraction de voyeurisme. En conséquence, je me dois d'intervenir et de déclarer l'invalidité du mandat de perquisition émis dans cette affaire le 20 janvier 2010 par le juge Bédard.

[48] Le requérant a aussi invoqué l'invalidité du deuxième mandat de perquisition émis au mois de février 2010 à l'effet que les motifs justifiant sont émission avaient été obtenus illégalement. Sur ce point, je me dois de lui donner raison et de déclarer aussi l'invalidité de ce mandat de perquisition.

[49] Puisque le mandat de perquisition du 20 janvier 2010 n'aurait pas dû être décerné, et le fait que celui du mois de février a été émis sur la base de motifs qui ont été obtenus illégalement, le tout fait en sorte que les deux perquisitions qui en ont découlé ont enfreint l'article 8 de la *Charte*, au motif qu'elles étaient par leur effet combiné, abusives.

[50] En ce qui a trait à l'exécution de la perquisition découlant du mandat du 20 janvier 2010, je ne souscris pas à l'argument de l'avocat du requérant concernant la nécessité de préciser sur le mandat les données recherchées sur les ordinateurs. Tel que l'a révélé la preuve soumise à la cour, le caporal Gauvin a effectué la perquisition en ayant à l'esprit d'avoir toujours un impact minimal sur le caporal Larouche. Il a survolé à l'aide de logiciels les 1800 items faisant l'objet de la perquisition afin d'éviter de faire de longues analyses sur place et pour amener seulement les items, au nombre de 18, requérant une analyse, laissant ainsi en possession du soldat Larouche tous les items qui auraient pu faire l'objet de la saisie mais pour lesquels cela n'était nullement pertinent.

[51] I therefore conclude that Private Larouche has proved, on a balance of probabilities, that the items of evidence listed in the table in Exhibit R1-VD1-17 were obtained in conditions that violated his right to be secure against unreasonable seizure, as provided under section 8 of the Charter.

[147] The search warrants were therefore declared invalid because the police officer did not have reasonable grounds to establish that the offence of voyeurism had been committed. This is not a case of insufficient grounds, but rather one in which there was a complete lack of grounds to establish the commission of a criminal offence.

(2) Military judge's analysis under subsection 24(2)

(a) *Seriousness of Charter-infringing state conduct*

[148] The military judge referred to the test in *R. v. Grant* (2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353 (*Grant*)) and provided the following assessment of the seriousness of the Charter-infringing state conduct:

[56] First, let us be clear. There is an undeniable link between the evidence obtained and the violation of the accused's right to be secure against unreasonable seizure. Indeed, if the investigator had not obtained the first search warrant, he would not have had access to the photos and videos depicting the complainants, nor would he have had access to all or part of the files alleged to be child pornography.

[57] That being said, how should the conduct of the Military Police officer be characterized in these circumstances? In my view, all of the evidence clearly indicates that Corporal Gauvin never tried to deceive anyone in the process of trying to obtain the search warrant. Determined and perseverant, he presented the case to a judge to obtain a search warrant on the basis of his understanding of the essential elements of the offence of voyeurism. He was concerned that the complainants had given conditional consent to the taking of photos and video and that, in the end, the applicant used the photos and videos without the knowledge or consent, even though they should not normally still exist. He initially tried to obtain a search warrant covering both aspects, voyeurism and misconduct, but after he was turned down the first time because of the judge's lack of familiarity with the offence of conduct to the prejudice of good order and discipline, he adapted

[51] Je conclus donc que le soldat Larouche a établi, par prépondérance de preuve, que les éléments énumérés au tableau de la pièce R1-VD1-17 ont été obtenus dans des conditions qui portent atteintes à son droit d'être protégé contre les saisies abusives, tel que prévu à l'article 8 de la *Charte*.

[147] Les mandats de perquisition ont donc été déclarés invalides car le policier n'avait pas de motifs raisonnables qui établissaient la commission de l'infraction de voyeurisme. Il ne s'agit pas ici d'un cas de motifs insuffisants, mais plutôt d'une absence totale de motifs établissant la commission d'une infraction criminelle.

(2) Analyse du juge militaire sous le paragraphe 24(2)

(a) *Gravité de la conduite attentatoire*

[148] Le juge militaire réfère aux critères de l'arrêt *R. c. Grant* (2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 (*Grant*)) et il évalue la gravité de la conduite attentatoire de l'État en ces termes :

[56] Tout d'abord, soyons clair. Il existe un lien indéniable entre les éléments de preuve obtenus et la violation du droit de l'accusé contre les saisies abusives. En effet, si l'enquêteur n'avait pas obtenu le premier mandat de perquisition, il n'aurait pas pu avoir accès aux photos et vidéos sur lesquels se retrouvaient les plaignantes, mais il n'aurait jamais eu aussi accès à l'ensemble ou à une partie des fichiers sur lesquels il est prétendu qu'il y a de la pornographie juvénile.

[57] Ceci dit, comment doit-on qualifier la conduite du policier militaire dans ces circonstances? Il m'apparaît évident de l'ensemble de la preuve que le caporal Gauvin n'a jamais tenté d'induire en erreur qui que ce soit durant le processus d'obtention du mandat de perquisition. Déterminé et persévérant, il a présenté le dossier à un juge pour l'obtention d'un mandat de perquisition sur la base de sa compréhension des éléments essentiels de l'infraction de voyeurisme. Il était préoccupé par le fait que les plaignantes avaient fourni un consentement conditionnel à la prise de photos et de vidéos, mais qu'à la fin, c'est à leur insu et sans leur consentement que le requérant a utilisé les photos et vidéos qui auraient dû normalement ne plus exister. Il a tenté dans un premier temps d'obtenir un mandat de perquisition qui couvrirait à la fois l'aspect de voyeurisme et d'inconduite, mais suite à un premier refus en raison du manque de familiarité du juge avec

and resubmitted a case based on the facts he had collected during his investigation.

[58] Regarding the search, as I have already stated, it was carried out in a manner that minimized the impact on the applicant. There is no evidence that the investigator or his team behaved improperly in the circumstances.

[59] Accordingly, no one can fault the police officer for persevering in his investigation. On the contrary, often, this is the attitude everyone in our society expects. He took the applicant's rights into consideration by trying to obtain judicial permission before laying siege to the applicant's private domain.

[60] I therefore conclude that the police officer's conduct was entirely proper in the circumstances and that there was no reprehensible conduct on the part of state authorities in respect of the applicant's Charter rights.

(b) *Impact of breach on accused's rights*

[149] The military judge characterized the impact of the breach in the following manner:

[61] Now, what is the impact of the breach of the accused's Charter rights? In my opinion, it is very significant. As the Supreme Court clearly stated in *Morelli*, it is difficult to imagine anything more serious in terms of an invasion of privacy than a search, at 6 o'clock in the morning, of one's home and all of one's computers, electronic devices and data storage equipment by a police officer, particularly when one is arrested or held at somewhere far from home during this search. This shows how very important it is that police authorities obtain judicial authorization before invading the private domain of any individual.

(c) *Society's interest in the adjudication of the case on its merits*

[150] The military judge had the following to say about the third element of the analysis required by *Grant*:

[62] Finally, what is society's interest in the adjudication of the case on the merits? First off, let us assume that the evidence at issue in this motion is totally reliable. The ownership of the items seized at the applicant's home does

l'infraction de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline, il s'est adapté et il a présenté le dossier sur la base des faits qu'il avait recueillis durant son enquête.

[58] Quant à la perquisition, comme je l'ai déjà mentionné, elle s'est déroulée de manière à minimiser l'impact sur le requérant. Rien dans la preuve n'indique que l'enquêteur et son équipe se sont comportés incorrectement dans les circonstances.

[59] En ce sens, nul ne peut reprocher au policier d'avoir persévéré dans son enquête. Au contraire, souvent, c'est l'attitude à laquelle s'attend toute personne dans notre société. Il a considéré le respect des droits du requérant en procédant à l'obtention d'une autorisation judiciaire avant d'investir la sphère privée de ce dernier.

[60] Ainsi, je conclus que la conduite du policier était tout à fait correcte dans les circonstances qu'il n'y a pas eu de conduite répréhensible de la part des autorités étatiques concernant le respect des droits du requérant garantis par la *Charte*.

(b) *Incidence de la violation sur les droits de l'accusé*

[149] Le juge militaire qualifie ainsi l'incidence de la violation de la manière suivante :

[61] Maintenant, quel est l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*? À mon avis, elle est très importante. Comme clairement exprimé par la cour suprême dans *Morelli*, difficile d'imaginer quelque chose de plus grave en termes d'atteinte à la vie privée qu'une perquisition à 6 heures du matin de son domicile et de tous ses ordinateurs, appareils électroniques et équipements de stockage de données par un policier, particulièrement où on procède à votre arrestation et où on vous confine loin de chez vous durant cette perquisition. En ce sens, cela démontre toute l'importance de l'obtention par les autorités policières d'une autorisation judiciaire avant d'envahir la sphère privée de tout individu.

(c) *Intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond*

[150] Le juge militaire s'exprime ainsi au sujet du troisième volet de l'analyse requise par l'arrêt *Grant* :

[62] Finalement, quel est l'intérêt de la société à ce que cette affaire soit jugée au fond? D'entrée de jeu, disons que les éléments de preuve en cause dans cette requête sont tout à fait fiables. L'appartenance des items saisis chez le

not appear to be in question. They were all seized in his home, and the subsequent analysis appears to have been done in accordance with a reliable process. Consequently, the reliability of the evidence is high.

[63] This evidence is clearly essential for the prosecution, particularly for the charges of voyeurism and child pornography. The prosecution stated that, without this evidence, it would be impossible to prosecute the case, with the exception of the first count, namely, conduct to the prejudice of good order and discipline.

[64] It is important to note that the offences with which Private Larouche is charged are serious. Society's condemnation of these offences is strong, particularly with regard to possession of child pornography. It is also important to bear in mind that this evidence consists of a very large number of files that were seized in connection with this offence, over 1,000, which in itself is also an indicator of the seriousness of this offence.

[65] This is a context that involves the physical and psychological integrity of numerous alleged victims. Indeed, it involves several people in the applicant's social circle or workplace, who are also Forces members. Furthermore, the offences are objectively serious and allegedly unfolded over a long period of time at multiple locations.

[66] In light of the preceding, the public's perception of the military justice system, and the Court Martial in particular, could be severely undermined or eroded in the long term if the evidence at issue in this motion were excluded. If this evidence were excluded, the public could in the long term come to believe that the Court Martial is unable to properly exercise its truth-seeking function when dealing with serious criminal cases. In fact, in the long term, the public could come to believe that the Court Martial is unable to properly assess and deal with criminal offences, which are first of all service offences under the *National Defence Act*, not only because of their seriousness, but also because of its capacity to properly assess the seriousness of the context in which the offences were allegedly committed.

[67] In the present case, I am of the opinion that a reasonable person, fully apprised of the relevant circumstances of this case and of the underlying Charter values, would conclude that the admission of the evidence presented would not bring the administration of justice into disrepute.

requérant ne semble pas être en cause. Ils ont été saisis chez lui et l'analyse qui en a suivi apparaît avoir été faite selon un processus auquel on peut se fier. En conséquence, la fiabilité des éléments de preuve est élevée.

[63] Il est clair que cette preuve est centrale pour la poursuite, particulièrement en ce qui a trait aux accusations de voyeurisme et de possession de pornographie juvénile. Sans cette preuve, la poursuite a déclaré être dans l'impossibilité de poursuivre l'affaire, à l'exception d'un seul chef d'accusation, soit celui de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

[64] Il est important de rappeler que les infractions dont est accusé le soldat Larouche sont graves. Elles font l'objet d'une réprobation sociale, particulièrement en ce qui concerne la possession de pornographie juvénile. De plus, il est important de rappeler que cette preuve est constituée d'un très grand nombre de fichiers qui ont été saisis en relation avec cette infraction, soit plus de 1000, ce qui en soi constitue aussi un indicateur quant à la gravité de cette infraction.

[65] Il s'agit ici d'un contexte qui met en jeu l'intégrité physique et psychologique de plusieurs présumées victimes. En effet, cela implique plusieurs personnes de l'entourage ou milieu de travail du requérant, qui sont aussi des militaires. De plus, les infractions sont objectivement graves et elles se sont présumément déroulées sur une longue période de temps à plus d'un endroit.

[66] Considérant cela, la perception à long terme du public dont jouit le système de justice militaire, et plus particulièrement la cour martiale, pourrait être fortement ébranlée et érodée si la preuve visée par la présente requête était exclue. En effet, en procédant à l'exclusion de cette preuve, le public pourrait croire à long terme que la cour martiale n'est pas en mesure d'exercer correctement sa fonction de recherche de la vérité lorsqu'elle doit traiter des causes de nature criminelle grave. En fait, à long terme, le public pourrait croire que la cour martiale n'est pas en mesure d'apprécier et de traiter correctement les infractions de nature criminelle, qui constituent d'abord des infractions d'ordre militaire en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, non seulement en raison de leur gravité, mais aussi en raison de sa capacité à apprécier correctement la gravité du contexte dans lequel elles ont été présumément commises.

[67] Dans le présent cas, je suis d'avis qu'une personne raisonnable au fait de l'ensemble des circonstances pertinentes et des valeurs sous-jacentes de la *Charte*, conclurait que l'utilisation d'éléments de preuve donnés ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[68] The two warrants in this case were not obtained through unacceptable police conduct or practices, but by a judicial authorization that was granted on the basis of a sincere belief of a police officer that use without the knowledge of the victims, who posed or were filmed totally nude or while performing a sex act with the applicant, in itself constituted an offence of voyeurism. In the present case, the actual demonstration of the grounds incorrectly considered on a particular aspect of the offence of voyeurism, probable and reasonable, by both the police officer and the judicial authority, resulted in an invasion of the applicant's privacy. However, excluding the evidence in the circumstances of this case would, in my opinion, undermine public confidence.

[69] Therefore, I am entirely satisfied that the exclusion of the evidence identified in the table in Exhibit R1-VD1-17 would bring the administration of justice into disrepute.

### (3) Analysis

#### (a) Introduction

[151] The DMP acknowledges that the military judge made an error with regard to the first element of the *Grant* analysis, the seriousness of the Charter-infringing state conduct, in his assertion that “there was no reprehensible conduct on the part of state authorities in respect of the applicant's Charter rights” (*R. v. Larouche*, 2012 CM 3008, at paragraph 60). Indeed, this conclusion is incompatible with the total lack of reasonable grounds to establish that a criminal offence had been committed.

[152] The DMP concedes that this error requires the Court to perform a fresh analysis under subsection 24(2) (*Cole*, above, at paragraph 82; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657 (*Vu*), at paragraph 67).

[153] I will now perform this fresh analysis.

[154] Because of its importance for the analysis of this argument, I will start by reproducing the text of subsections (1) and (2) of section 162 of the *Criminal Code*:

#### *Voyeurism*

**162.** (1) Every one commits an offence who, surreptitiously, observes — including by mechanical or electronic

[68] En effet, l'obtention des deux mandats de perquisition dans cette affaire ne résulte pas d'une conduite ou de pratiques policières inacceptables, mais plutôt d'une autorisation judiciaire qui a été accordée sur la base d'une croyance sincère d'un policier que l'utilisation à l'insu des victimes, qui ont été posées ou filmées totalement nue ou en train de performer un acte sexuel avec le requérant, constituait en soi la commission d'une infraction de voyeurisme. Dans ce cas-ci, la démonstration véritable de motifs considérés erronément sur un aspect particulier de l'infraction de voyeurisme, probables et raisonnables, autant par le policier que par l'autorité judiciaire, a donné lieu à une atteinte à la vie privée du requérant. Cependant, le fait d'écarter la preuve dans les circonstances de l'espèce minerait, à mon avis, la confiance du public.

[69] En conséquence, je suis tout à fait convaincu que l'exclusion de la preuve identifiée au tableau de la pièce R1-VD1-17 déconsidérerait l'administration de la justice.

### (3) Analyse

#### (a) Introduction

[151] Le DPM admet que le juge militaire a commis une erreur au sujet du premier élément de l'analyse de *Grant*, la gravité de la conduite attentatoire de l'État, lorsqu'il affirme « qu'il n'y a pas eu de conduite répréhensible de la part des autorités étatiques concernant le respect des droits du requérant garantis par la Charte » (*R. c. Larouche*, 2012 CM 3008, au paragraphe 60). En effet, cette conclusion est incompatible avec l'absence totale de motifs raisonnables établissant la commission d'une infraction criminelle.

[152] Le DPM concède que cette erreur exige que la Cour procède à une nouvelle analyse fondée sur le paragraphe 24(2) (*Cole*, précité, au paragraphe 82; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657 (*Vu*), au paragraphe 67).

[153] Je me propose de procéder maintenant à cette nouvelle analyse.

[154] En raison de son importance pour l'analyse de ce moyen, je reproduis d'abord le texte des paragraphes (1) et (2) de l'article 162 du *Code criminel* :

#### *Voyeurisme*

**162.** (1) Commet une infraction quiconque, subrepticement, observe, notamment par des moyens mécaniques

means — or makes a visual recording of a person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if

(a) the person is in a place in which a person can reasonably be expected to be nude, to expose his or her genital organs or anal region or her breasts, or to be engaged in explicit sexual activity;

(b) the person is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts, or is engaged in explicit sexual activity, and the observation or recording is done for the purpose of observing or recording a person in such a state or engaged in such an activity; or

(c) the observation or recording is done for a sexual purpose.

*Definition of “visual recording”*

(2) In this section, “visual recording” includes a photographic, film or video recording made by any means. [Emphasis added.]

(b) *Seriousness of Charter-infringing conduct*

[155] The relevant principles for assessing the seriousness of the Charter-infringing conduct are set out in *Grant*, above, and *R. v. Harrison* (2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494 (*Harrison*)).

[156] In *Grant*, the Supreme Court (joint reasons by Chief Justice McLachlin and Justice Charron) writes as follows:

[75] Extenuating circumstances, such as the need to prevent the disappearance of evidence, may attenuate the seriousness of police conduct that results in a *Charter* breach: *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, per Cory J. “Good faith” on the part of the police will also reduce the need for the court to disassociate itself from the police conduct. However, ignorance of *Charter* standards must not be rewarded or encouraged and negligence or wilful blindness cannot be equated with good faith: *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, at p. 87, per Dickson C.J.; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at pp. 32-33, per Sopinka J.; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 59. Wilful or flagrant disregard of the *Charter* by those very persons who are charged with upholding the right in question may require that the court dissociate itself from

ou électroniques, une personne — ou produit un enregistrement visuel d’une personne — se trouvant dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée, dans l’un des cas suivants :

a) la personne est dans un lieu où il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une personne soit nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite;

b) la personne est nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite, et l’observation ou l’enregistrement est fait dans le dessein d’ainsi observer ou enregistrer une personne;

c) l’observation ou l’enregistrement est fait dans un but sexuel.

*Définition de « enregistrement visuel »*

(2) Au présent article, « enregistrement visuel » s’entend d’un enregistrement photographique, filmé, vidéo ou autre, réalisé par tout moyen. [Je souligne.]

(b) *La gravité de la conduite attentatoire*

[155] Les principes pertinents à la détermination du critère de la gravité de la conduite attentatoire sont décrits dans les arrêts *Grant*, précité, et *R. c. Harrison* (2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494 (*Harrison*)).

[156] Dans *Grant*, la Cour suprême (motifs conjoints de la juge en chef McLachlin et de la juge Charron), écrit :

[75] Il se peut que des circonstances atténuantes, telle la nécessité d’empêcher la disparition d’éléments de preuve, réduise la gravité d’actions policières contraires à la *Charte* : *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, le juge Cory. De même, le tribunal aura moins à se dissocier de la conduite de la police lorsque celle-ci a agi de « bonne foi », quoiqu’il soit impératif de ne pas récompenser ou encourager l’ignorance des règles établies par la *Charte* et de ne pas assimiler la négligence ou l’aveuglement volontaire à la bonne foi : *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, p. 87, le juge en chef Dickson; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 32-33, le juge Sopinka; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 59. Le non respect délibéré ou manifeste de la *Charte* de la part de ceux-là mêmes qui sont chargés du maintien des droits qui y sont

such conduct. It follows that deliberate police conduct in violation of established *Charter* standards tends to support exclusion of the evidence. It should also be kept in mind that for every *Charter* breach that comes before the courts, many others may go unidentified and unredressed because they did not turn up relevant evidence leading to a criminal charge. In recognition of the need for courts to distance themselves from this behaviour, therefore, evidence that the *Charter*-infringing conduct was part of a pattern of abuse tends to support exclusion.

[157] In *Harrison*, Chief Justice McLachlin provides the following clarifications:

[22] At this stage the court considers the nature of the police conduct that infringed the *Charter* and led to the discovery of the evidence. Did it involve misconduct from which the court should be concerned to dissociate itself? This will be the case where the departure from *Charter* standards was major in degree, or where the police knew (or should have known) that their conduct was not *Charter*-compliant. On the other hand, where the breach was of a merely technical nature or the result of an understandable mistake, dissociation is much less of a concern.

[23] The trial judge found that the police officer's conduct in this case was "brazen", "flagrant" and "very serious". The metaphor of a spectrum used in *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (Ont. C.A.), *per* Doherty J.A., may assist in characterizing police conduct for purposes of this s. 24(2) factor:

Police conduct can run the gamut from blameless conduct, through negligent conduct, to conduct demonstrating a blatant disregard for *Charter* rights. ... What is important is the proper placement of the police conduct along that fault line, not the legal label attached to the conduct. [Citation omitted; para. 41.]

[24] Here, it is clear that the trial judge considered the *Charter* breaches to be at the serious end of the spectrum. On the facts found by him, this conclusion was a reasonable one. The officer's determination to turn up incriminating evidence blinded him to constitutional requirements of reasonable grounds. While the violations

garantis peut dicter au tribunal de se dissocier d'une telle conduite. Il s'ensuit que des gestes policiers contrevenant délibérément aux règles établies par la *Charte* tendront à fonder l'exclusion des éléments de preuve. Il faut également garder à l'esprit que pour chaque violation de la *Charte* qui aboutit devant les tribunaux, il en existe un grand nombre qui ne sont ni révélées ni corrigées parce qu'elles n'ont pas permis de recueillir d'éléments de preuve pouvant mener à des accusations. Compte tenu de la nécessité que les tribunaux se distancient de tels comportements, la preuve que des actes portant atteinte à la *Charte* s'inscrivent dans un contexte d'abus tend à fonder l'exclusion.

[157] Dans l'affaire *Harrison*, la juge en chef McLachlin formule les précisions suivantes :

[22] À ce stade, le tribunal saisi de l'affaire examine la nature de la conduite de la police qui a porté atteinte aux droits protégés par la *Charte* et mené à la découverte des éléments de preuve. S'agit-il d'une inconduite dont le tribunal devrait souhaiter se dissocier? C'est le cas si la dérogation aux normes prescrites par la *Charte* était flagrante, ou si le policier savait (ou aurait dû savoir) que sa conduite ne respectait pas la *Charte*. En revanche, si la violation ne consiste qu'en une simple irrégularité ou résulte d'une erreur compréhensible, il n'est pas aussi crucial de s'en dissocier.

[23] Le juge de première instance a conclu que l'inconduite du policier en l'espèce était [TRADUCTION] « éhontée », « flagrante » et « extrêmement grave ». La métaphore du spectre des comportements employée par le juge Doherty dans *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (C.A. Ont.), peut être utile pour qualifier la conduite de la police dans le cadre de l'analyse de ce facteur dont il faut tenir compte pour l'application du par. 24(2) :

[TRADUCTION] La conduite de la police peut couvrir tout le spectre des comportements, de la conduite irréprochable à la conduite démontrant un mépris flagrant des droits garantis par la *Charte* en passant par la conduite négligente. [...] Ce qui importe, c'est de positionner correctement la conduite de la police sur ce spectre plutôt que de s'arrêter à sa qualification juridique. [Renvoi omis; par. 41.]

[24] En l'espèce, le juge de première instance a manifestement estimé que les violations de la *Charte* se situaient à l'extrémité du spectre où l'on trouve les atteintes graves. D'après les faits qu'il a constatés, cette conclusion était raisonnable. La volonté tenace du policier de découvrir des éléments de preuve incriminants lui a fait perdre de

may not have been “deliberate”, in the sense of setting out to breach the *Charter*, they were reckless and showed an insufficient regard for *Charter* rights. Exacerbating the situation, the departure from *Charter* standards was major in degree, since reasonable grounds for the initial stop were entirely non-existent.

[158] The military judge accepted that the police officer honestly believed that the fact that the appellant kept the complainants’ photographs, which had been taken with the complainants’ consent, was the criminal offence of voyeurism.

[159] However, the offence of voyeurism is committed where the accused *surreptitiously* observes a person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy and not where the accused keeps photographs taken with that person’s knowledge and consent without permission.

[160] Authors Manning and Sankoff give the following description of this essential element of the offence in their work titled *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (Manning, Morris and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markam, Ont.: LexisNexis, 2009 at page 932. See, for example, *R. v. Keough*, 2011 ABQB 48):

The key element of the offence is the ‘surreptitious’ observation or recording of another person in circumstances where that other person has a reasonable expectation of privacy. Observation includes the use of electronic or mechanical means. The offence thus covers the classic case of the ‘peeping Tom’ who looks through the blinds, and also the modern high-tech version, where web-cams or other recording devices are used. An absence of consent at the time of the observation or recording is not an element of the offence, but it is difficult to imagine that an act would ever be ‘surreptitious’ where the person being observed was aware that he or she was being watched or recorded, and consented to it. [Emphasis added.]

[161] I agree with that interpretation.

[162] While the military judge accepted the police officer’s sincerity with respect to the requirements of

vue les exigences constitutionnelles relatives aux motifs raisonnables. Bien qu’il soit possible que les violations n’aient pas été « délibérées » — au sens où elles n’ont pas été commises dans le but de contrevenir à la *Charte* —, elles relevaient de l’imprudence et témoignaient d’un manque de respect à l’égard des droits garantis par la *Charte*. Qui plus est, la dérogation aux normes prescrites par la *Charte* était flagrante, puisqu’absolument aucun motif raisonnable ne permettait au policier d’intercepter initialement le véhicule de l’appelant.

[158] Le juge militaire a retenu que le policier avait la conviction sincère que la conservation par l’appelant des photographies des plaignantes, prises avec le consentement de celles-ci, constituait l’infraction criminelle de voyeurisme.

[159] Or, l’infraction de voyeurisme est commise lorsque l’accusé observe *subrepticement* une personne qui se trouve dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de vie privée et non lorsqu’il conserve sans autorisation des photographies qui ont été prises à la connaissance et avec le consentement de cette personne.

[160] Les auteurs Manning et Sankoff décrivent cet élément essentiel de l’infraction de la manière suivante dans leur ouvrage *Manning, Mewett and Sankoff: Criminal Law* (Manning, Morris et Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4<sup>e</sup> éd. Markham (Ont.), LexisNexis, 2009, à la page 932. Voir par exemple *R. v. Keough*, 2011 ABQB 48) :

The key element of the offence is the ‘surreptitious’ observation or recording of another person in circumstances where that other person has a reasonable expectation of privacy. Observation includes the use of electronic or mechanical means. The offence thus covers the classic case of the ‘peeping Tom’ who looks through the blinds, and also the modern high-tech version, where web-cams or other recording devices are used. An absence of consent at the time of the observation or recording is not an element of the offence, but it is difficult to imagine that an act would ever be ‘surreptitious’ where the person being observed was aware that he or she was being watched or recorded, and consented to it. [Je souligne.]

[161] Je partage cette interprétation.

[162] Bien que le juge militaire ait retenu la sincérité du policier quant aux exigences de l’article 162 du



section 162 of the *Criminal Code*, there is no evidence on file that provides true insight into how the police officer drew that conclusion, for which there is no basis in the wording of the offence of voyeurism.

[163] The most relevant passage from the investigator's testimony to understanding how he came to the conclusion that he was dealing with the offence of voyeurism is the following:

[TRANSLATION]

Q. When you say "repeat the same thing twice" I don't quite understand what you're referring to? A. I didn't want there to be any ambiguity (In the transcript, the witness' response is, "Je voulais qu'il y ait de l'ambiguïté" [I wanted there to be ambiguity]. It is obvious from his response and from the context of his testimony that he meant to say, "Je voulais qu'il n'y ait pas de l'ambiguïté" [I didn't want there to be any ambiguity]) in my information in saying yes she consented to one thing but not to another. It was clear following my interviews with [the two complainants] that they did both consent—well, if I may, I will focus on [the first complainant] in this case, [the first complainant] consented to the photos on the condition that the photos be deleted. Therefore, no photo should have been circulated or seen by [the first complainant] at Mr. Larouche's home. That is why I didn't, to avoid confusion in my information, I only took into account what appears to be only my part of the interview as at that point this complemented the first statement by [the first complainant].

Q. Yes, but the fact that the photos were in circulation, I can understand, but we agree that this was an information in which you stated that you had reasonable grounds to believe that the offence of voyeurism had been committed. Correct? A. Yes, Your Honour. Since—

Q. Yes. Please proceed. A. —Since, yes, consent had been given but there was some dispute about what was agreed to. The two women had been persuaded to have the photos taken provided that the photos be deleted immediately after Mr. Larouche led them to believe that the photos would be destroyed. It was found that this was not the case because photos of [the second complainant] were circulated, and then, after the interviews, information in the statement from [the first complainant] revealed

*Code criminel*, le dossier ne contient aucun élément de preuve qui nous permette de comprendre véritablement comment le policier a tiré cette conclusion, qui ne trouve aucune assise dans le texte même de l'infraction de voyeurisme.

[163] Le passage le plus pertinent du témoignage de l'enquêteur pour comprendre comment il est parvenu à la conclusion qu'il s'agissait d'une infraction de voyeurisme est le suivant :

Q. Quand vous dites "répéter deux fois la même chose" je ne comprends pas tellement à quoi vous faites référence?

R. Je voulais qu'il [n'y ait pas (Dans la transcription, la réponse du témoin est : « Je voulais qu'il y ait de l'ambiguïté ». Il est évident compte tenu de sa réponse et du contexte de son témoignage qu'il voulait dire : « Je voulais qu'il n'y ait pas de l'ambiguïté ») de l'ambiguïté lors de ma dénonciation afin de dire que oui elle était consentante sur un point puis elle ne l'était plus à l'autre. C'était clair suite aux entrevues que j'ai fait avec [les deux plaignantes] qu'effectivement oui les deux étaient consentantes — ben, si vous me permettez, je vais me concentrer sur [la première plaignante] dans ce cas-ci, [la première plaignante] était consentante pour les photos à la condition que les photos soient effacées. Donc aucune photo n'aurait dû être mise en circulation ou avoir été observé par [la première plaignante] à la résidence de monsieur Larouche. C'est pour ça qu'on n'a pas, afin d'éviter la confusion dans ma dénonciation, j'ai juste tenu compte de ce qui semble être juste ma partie de mon entrevue puisqu'à ce moment elle était complémentaire à la première déclaration de [la première plaignante].

Q. Oui mais là le fait que les photos étaient en circulation, je comprends, mais on s'entend que c'était une dénonciation où vous affirmiez que vous aviez des motifs raisonnables de croire que l'infraction de voyeurisme avait été commise. C'est exact? R. Oui, Votre Honneur. Étant donné que —

Q. Oui. Allez-y? R. — Étant donné que oui effectivement il y a eu consentement mais il y a eu un désaccord au sujet de l'entente. Les deux dames avaient été convaincues de pouvoir prendre les photos à condition que les photos soient effacées immédiatement après ce que monsieur Larouche leur a laissé comprendre que les photos allaient être détruites. On a constaté que ce n'étaient pas le cas étant donné que des photos de [la deuxième plaignante] circulaient puis suite aux entrevues, on a obtenu

that she, too, had—that photos of her had been seen at Mr. Larouche’s home. Therefore, Mr. Larouche, if I may, lied to the two individuals by making them believe that the photos had been destroyed. Therefore, the two individuals were entitled to expect that there be no more photos, but without their consent, he kept or obtained a copy of said photos, which means it fits the description of voyeurism. Your Honour.

Q. So, to you, the fact that he kept the photos when the women said that they clearly wanted him to delete them, that to you is voyeurism. Is that what you are saying today?  
A. What I mean is that the photos were taken without—the photos should have been destroyed. The fact that he lied, that he hid the fact that he kept the photos, yes, at that point the photos had been taken—that means that the photos were taken without the consent of the individuals since Mr. Larouche kept them. [Emphasis added.]

[164] In my view, the investigator made an error in law that the military judge found sincere, even though it was unreasonable.

[165] For that reason, with great respect for the military judge, I find that he failed to complete the analysis that was required in the circumstances as to the seriousness of the Charter-infringing state conduct. His finding concerning the sincerity of the investigator’s belief was but the first step; he also had to determine whether it was reasonable in the circumstances.

[166] The interpretation of the word “surreptitiously”, which can be defined as [TRANSLATION] “secretly, without someone’s knowledge”, “clandestinely”, or “covertly”, was unlikely to pose a great interpretative challenge in the investigation. Indeed, according to the military judge’s findings which are binding on us, the police officer *knew* that the photos had been taken by the appellant *with the complainants’ consent*. They had merely not allowed him to keep the photos.

[167] The investigator’s error can only be unreasonable, as he “should have known”, based on the facts in his possession, that the appellant had not committed any criminal offence.

l’information à la déclaration de [la première plaignante] qu’elle aussi avait — que des photos avaient été observées d’elle chez monsieur Larouche. Donc monsieur Larouche a, si vous permettez, menti aux deux personnes en leur faire croire que les photos avaient été détruites. Donc les deux personnes devaient s’attendre à ce qu’il n’ait plus aucune photo mais sans leur consentement il avait gardé ou il avait obtenu une copie desdites photos ce qui revient à voir à la description de voyeurisme, Votre Honneur.

Q. Donc ça pour vous le fait qu’il ait gardé des photos alors qu’elles avaient dit qu’elles voulaient clairement qu’il les efface là, ça pour vous ça constitue du voyeurisme. Est-ce que c’est ça que vous dites aujourd’hui? R. Ce que je veux dire, c’est que les photos ont été prises sans — les photos auraient dû être détruites. Le fait qu’il ait menti, qu’il ait caché le fait qu’il ait conservé les photos, oui, à ce moment-là les photos ont été pris — ça revient à dire que les photos ont été prises sans le consentement des personnes étant donné qu’elles ont été conservées par monsieur Larouche. [Je souligne.]

[164] À mon avis, l’enquêteur a commis une erreur de droit que le juge militaire a jugée sincère, mais celle-ci était déraisonnable.

[165] Pour cette raison, avec beaucoup de respect pour le juge militaire, j’estime qu’il a omis de compléter l’analyse qui était requise dans les circonstances au sujet de la gravité de la conduite attentatoire de l’État. Sa conclusion au sujet de la sincérité de la croyance de l’enquêteur n’était que la première étape; il devait aussi déterminer si celle-ci était raisonnable dans les circonstances.

[166] L’interprétation du mot « subrepticement », qui peut être défini comme « en cachette, à l’insu de quelqu’un », « clandestinement », « d’une manière dissimulée », n’était pas susceptible de soulever un grand problème d’interprétation dans le cadre de l’enquête. En effet, selon les conclusions du juge militaire qui nous lient, le policier *savait* que les photos avaient été prises par l’appellant *avec le consentement* des plaignantes. Seule la conservation des photos n’était pas autorisée par celles-ci.

[167] L’erreur de l’enquêteur ne peut être que déraisonnable, car il « aurait dû savoir » que l’appellant n’avait commis aucune infraction criminelle selon les faits qu’il avait en sa possession.

[168] Let me explain.

[169] The courts do not expect police officers to anticipate or predict the evolution of the case law, because, as Justice Sopinka made clear in *R. v. Kokesch*, police officers do not have “a burden of instant interpretation of court decisions” ([1990] 3 S.C.R. 3, at page 33). Furthermore, police officers are not expected to engage in “judicial reflection on conflicting precedents”, even though they are expected “to know what the law is” (*R. v. Grant*, above, at paragraph 133).

[170] However, Justice Sopinka made the following comments with respect to the same matter (*R. v. Kokesch*, above, at pages 32 to 34):

Either the police knew they were trespassing, or they ought to have known. Whichever is the case, they cannot be said to have proceeded in “good faith”, as that term is understood in s. 24(2) jurisprudence. I find support for this conclusion in *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, in which Dickson C.J., speaking for the Court, held that the Crown could not argue that the police officers’ failure to recognize obvious defects in a search warrant was inadvertent. Even in the absence of evidence of bad faith the seriousness of the *Charter* violation in that case was enhanced, because “the defects in the search warrant were serious and the police officers should have noticed them” (emphasis added, p. 87); and later: “Well-established common law limitations on the powers of the police to search were ignored” (p. 91). ...

The police are entitled, indeed they have a duty, to assume that the search powers granted to them by Parliament are constitutionally valid, and to act accordingly. The police cannot be expected to predict the outcome of *Charter* challenges to their statutory search powers, and the success of a challenge to such a power does not vitiate the good faith of police officers who conducted a search pursuant to the power. Where, however, police powers are already constrained by statute or judicial decisions, it is not open to a police officer to test the limits by ignoring the constraint and claiming later to have been “in the execution of my duties”. This excuse has been obsolete since, at least, the decision of this Court in *Colet* (see Ritchie J., at p. 9) [Emphasis added, except for the excerpt from *Genest* emphasized by Justice Sopinka.]

[168] Je m’explique.

[169] Les tribunaux ne s’attendent pas à ce que les policiers anticipent ou prévoient l’évolution de la jurisprudence, car, comme le juge Sopinka l’a bien précisé dans *R. c. Kokesch*, les policiers n’ont pas « l’obligation d’interpréter instantanément les décisions judiciaires » ([1990] 3 R.C.S. 3, à la page 33). De plus, on ne s’attend pas à ce qu’ils entreprennent « une réflexion juridique au sujet de précédents contradictoires », même s’ils doivent « cependant connaître l’état du droit » (*Grant*, précité, au paragraphe 133).

[170] Par contre, le juge Sopinka formule les commentaires suivants dans cette même affaire (*R. c. Kokesch*, précité, aux pages 32 à 34) :

Ou bien les policiers savaient que c’était une intrusion, ou bien ils auraient dû le savoir. Dans l’un ou l’autre cas, on ne peut pas dire qu’ils ont agi “de bonne foi”, au sens où on l’entend dans la jurisprudence fondée sur le par. 24(2). Pour arriver à cette conclusion, je m’appuie sur l’arrêt *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, où le juge en chef Dickson, au nom de notre Cour, a jugé que la poursuite ne pouvait pas prétendre que les policiers avaient par inadvertance omis de reconnaître les vices évidents dans un mandat de perquisition. Même en l’absence d’une preuve de mauvaise foi, la gravité de la violation de la *Charte* dans ce cas était augmentée du fait que “les vices que comportait le mandat de perquisition étaient graves et les policiers auraient dû les remarquer” (je souligne, p. 87); et plus loin : “Ils n’ont pas tenu compte des restrictions bien établies que la *common law* impose aux pouvoirs de perquisition de la police” (p. 91). [...]

[La police] a le droit, et même l’obligation, de présumer que les pouvoirs de perquisition qui lui sont conférés par le Parlement sont constitutionnels, et d’agir en conséquence. On ne peut pas s’attendre à ce que la police prédise le résultat des contestations judiciaires en vertu de la *Charte* de pouvoirs de perquisition qui lui sont conférés par la loi, et le succès de la contestation d’un tel pouvoir n’enlève rien à la bonne foi des policiers qui ont effectué une perquisition en vertu de ce pouvoir. Mais, lorsque les pouvoirs de la police sont déjà limités par une loi ou par des décisions judiciaires, il n’est pas loisible à un agent de police de tester ces limites en n’en tenant pas compte et en prétendant par la suite avoir été “dans l’exercice de ses fonctions”. Cette excuse ne peut plus être invoquée depuis au moins la décision de notre Cour dans l’arrêt *Colet* (voir le juge Ritchie à la p. 9). [Je souligne, sauf le passage de l’arrêt *Genest* souligné par le juge Sopinka.]

[171] In the passage from *Grant* (above, at paragraph 75) that I reproduced in paragraph 156 of this judgment, the Supreme Court refers to both Justice Sopinka's observations and the following comments by Justice Arbour in *R. v. Buhay*, (2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631 (*Buhay*)) where she writes as follows:

59 It should first be noted that the officer's subjective belief that the appellant's rights were not affected does not make the violation less serious, unless his belief was reasonable (see, e.g., *Mercer*, *supra*, at p. 191). As Sopinka, Lederman and Bryant note, *supra*, at p. 450, "good faith cannot be claimed if a Charter violation is committed on the basis of a police officer's unreasonable error or ignorance as to the scope of his or her authority". Given that the locker had been rented for private use and was locked, and given the broad interpretation this Court has given to the right of privacy, I do not think the officer's perception that the right to privacy had been "given up" was altogether reasonable. [Emphasis added.]

See also *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59 (*Mann*), at paragraph 55.

[172] How should the police officer's conduct in this case therefore be evaluated?

[173] Even though, as the military judge noted, the offence was enacted in 2005, it is difficult to understand how the police officer was able to err on an issue as simple as the requirement that the observation be surreptitious. Surreptitiousness obviously has to do with the fact that the accused observed the complainants and not the fact that he kept the photographs taken when he did so.

[174] Even assuming that the police officer was sincere, I believe that this was an error that should have been clear to both him and the judge who authorized the warrant. This was not a complex or controversial issue that could suggest that the police officer acted in good faith and without deliberate disregard for or ignorance of Charter rights or that would attenuate the seriousness of the breach (*R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408, at paragraph 50; *Cole*, above, at paragraph 86).

[175] The sincerity of the police officer's deliberate disregard in no way attenuates the seriousness of the

[171] Dans le passage de *Grant* (précité, au paragraphe 75) que j'ai reproduit au paragraphe 156 du présent jugement, la Cour suprême réfère tant aux observations du juge Sopinka qu'aux propos suivants de la juge Arbour dans l'arrêt *R. c. Buhay* (2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631 (*Buhay*)) où elle écrit :

59 Il convient de signaler tout d'abord que la croyance subjective de l'agent qu'il n'y avait pas d'atteinte aux droits de l'appelant ne diminue pas la gravité de l'atteinte, à moins que sa croyance n'ait été raisonnable (voir p. ex. *Mercer*, précité, p. 191). Comme Sopinka, Lederman et Bryant le signalent dans leur ouvrage, *op. cit.*, p. 450, [TRADUCTION] « la bonne foi ne peut être invoquée lorsqu'une atteinte à la Charte découle d'une erreur déraisonnable d'un agent de police ou de la méconnaissance de l'étendue de son pouvoir ». Puisque le casier avait été loué pour un usage privé et était verrouillé, et vu l'interprétation libérale par la Cour du droit à la vie privée, je ne pense pas que la perception de l'agent selon laquelle l'appelant avait « renoncé » au respect de sa vie privée était de quelque façon raisonnable. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59 (*Mann*), au paragraphe 55.

[172] Comment donc évaluer la conduite du policier en l'espèce?

[173] Même si, comme le mentionne le juge militaire, l'infraction a été adoptée en 2005, il est difficile de comprendre comment le policier a pu commettre une erreur sur une question aussi simple que l'exigence du caractère subreptice de l'observation. Le caractère subreptice est évidemment lié à l'observation des plaignantes et non à la conservation des photographies prises à cette occasion.

[174] Même en tenant pour acquis la sincérité du policier, j'estime qu'il s'agit d'une erreur qui aurait dû être évidente pour lui et pour le juge qui a autorisé le mandat. Il ne s'agit pas d'une question complexe ou controversée qui permettrait de conclure que le policier a agi de bonne foi, sans mépris flagrant ou méconnaissance des droits garantis par la Charte ou qui atténuerait la gravité de la violation (*R. c. Aucoin*, 2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408, au paragraphe 50; *Cole*, précité, au paragraphe 86).

[175] La sincérité de la méconnaissance flagrante du policier n'atténue aucunement la gravité de la violation

breach, and I have no difficulty finding that the police officer's error was unreasonable, as was that of the judge who issued the warrant. In accordance with the analysis in *Mann, Buhay* and *Grant*, above, I cannot conclude that the police officer proceeded in good faith because his was not an "entirely reasonable misunderstanding of the law" (*R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at page 60).

[176] I realize, however, that judicial authorization was granted and that this must be considered in evaluating the seriousness of the breach. Justice Rosenberg of the Ontario Court of Appeal held as follows in *R. v. Rocha* (2012 ONCA 707, at paragraph 28):

28 Applying for and obtaining a search warrant from an independent judicial officer is the antithesis of wilful disregard of Charter rights. The search warrant process is an important means of preventing unjustified searches before they happen. Unless the applicant for exclusion of evidence can show that the warrant was obtained through use of false or deliberately misleading information, or the drafting of the ITO in some way subverted the warrant process, the obtaining of the warrant generally, as I explain below, tells in favour of admitting the evidence. In this case, the police submitted the fruits of their investigation to a justice of the peace who granted the warrants. I have held that the warrant was properly granted in relation to the restaurant. The warrant should not have been granted in relation to the house, but it must be remembered that an independent judicial officer did authorize the search.

[177] In his book entitled *Canadian Search Warrant Manual 2005: A Guide to Legal and Practical Issues Associated with Judicial Pre-Authorization of Investigative Techniques*, author Scott Hutchison analyzed the purpose of the judicial pre-authorization system. This analysis seems relevant to the issue before us (Hutchison, Scott C. *Hutchison's Canadian Search Warrant Manual 2005: A Guide to Legal and Practical Issues Associated with Judicial Pre-Authorization of Investigative Techniques*, 2nd ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2004, at page 23):

As already noted, *Hunter v. Southam Inc.* set down the "bedrock" principles related to search and seizure. At the core of those principles is the concept of judicial pre-authorization as the key protection against unjustified state intrusions before they happen. Meaningful judicial

et je n'ai aucune difficulté à conclure que l'erreur du policier était déraisonnable, tout comme celle d'ailleurs du juge qui a délivré le mandat. Conformément à l'analyse retenue dans les arrêts *Mann, Buhay* et *Grant*, précités, je ne peux conclure à la bonne foi du policier, car il ne s'agit pas « d'une méprise tout à fait raisonnable quant aux exigences de la loi » (*R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la page 60).

[176] Je suis bien conscient toutefois qu'une autorisation judiciaire a été décernée et qu'il faut en tenir compte dans l'évaluation de la gravité de la violation. Voici ce qu'écrit à ce sujet le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Rocha* (2012 ONCA 707, au paragraphe 28) :

28 Applying for and obtaining a search warrant from an independent judicial officer is the antithesis of wilful disregard of Charter rights. The search warrant process is an important means of preventing unjustified searches before they happen. Unless, the applicant for exclusion of evidence can show that the warrant was obtained through use of false or deliberately misleading information, or the drafting of the ITO in some way subverted the warrant process, the obtaining of the warrant generally, as I explain below, tells in favour of admitting the evidence. In this case, the police submitted the fruits of their investigation to a justice of the peace who granted the warrants. I have held that the warrant was properly granted in relation to the restaurant. The warrant should not have been granted in relation to the house, but it must be remembered that an independent judicial officer did authorize the search.

[177] Par ailleurs, l'analyse de l'auteur Scott Hutchison dans son ouvrage *Canadian Search Warrant Manual 2005: A Guide to Legal and Practical Issues Associated with Judicial Pre-Authorization of Investigative Techniques*, au sujet de la raison d'être du système d'autorisation judiciaire préalable, me semble pertinente à la question qui nous est présentée (Hutchison, Scott C. *Hutchison's Canadian Search Warrant Manual 2005: A Guide to Legal and Practical Issues Associated with Judicial Pre-Authorization of Investigative Techniques*, 2<sup>nd</sup> ed. Toronto, Thomson/Carswell, 2004, à la page 23) :

As already noted, *Hunter v. Southam Inc.* set down the "bedrock" principles related to search and seizure. At the core of those principles is the concept of judicial pre-authorization as the key protection against unjustified state intrusions before they happen. Meaningful judicial

pre-authorization requires a neutral third party capable of acting as a true intermediary between the interests of the state and the individual.

The Australian High Court has captured this important role in its judgment in *Parker v. Churchill*. The process is “not some quaint ritual of the law, requiring a perfunctory scanning of the right formal phrases, perceived but not considered, and followed by an inevitable signature.” The judicial officer must “stand between the police and the citizen to give real attention to the question whether the information proffered by the police does justify the intrusion they desire to make into the privacy of the citizen and the inviolate security of his personal and business affairs.”

Most of the substantive and constitutional rules related to Informations to Obtain and warrant drafting arise from the function of the independent judicial officer. At the core of these requirements is the insistence that the justice be placed in a position to independently determine how persuasive the evidence already gathered is. This requires the search warrant applicant to set out his or her sources of information and evidence. In those cases where the source cannot be named (tipsters and confidential informers), the Information to Obtain must put the judicial officer in a position to make an assessment of the source before any weight can be attached to that evidence. [Emphasis added.]

[178] In my opinion, judicial authorization should have never been granted because the information did not disclose the commission of any criminal offence. The judicial pre-authorization system did not play its constitutional role here. This was a breach of a substantive constitutional requirement (*R. v. Dombrowski* (1985), 18 C.C.C. (3d) 164 (SK CA), at page 175).

[179] I will conclude by saying that even though I am not inclined towards reviewing the military judge’s finding that the investigator’s information faithfully reflected his understanding of the situation, I cannot help but note that, even if the investigator did not want to deceive the authorizing judge, the wording chosen was not as clear as it could have been.

[180] Indeed, he did not clearly state that the complainants agreed to have their photos taken and that it was done to their knowledge. He was required to state the facts in a clear and unambiguous manner (*R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253 (*Morelli*), at paragraphs 43

pre-authorization requires a neutral third party capable of acting as a true intermediary between the interests of the state and the individual.

The Australian High Court has captured this important role in its judgment in *Parker v. Churchill*. The process is “not some quaint ritual of the law, requiring a perfunctory scanning of the right formal phrases, perceived but not considered, and followed by an inevitable signature.” The judicial officer must “stand between the police and the citizen to give real attention to the question whether the information proffered by the police does justify the intrusion they desire to make into the privacy of the citizen and the inviolate security of his personal and business affairs.”

Most of the substantive and constitutional rules related to Informations to Obtain and warrant drafting arise from the function of the independent judicial officer. At the core of these requirements is the insistence that the justice be placed in a position to independently determine how persuasive the evidence already gathered is. This requires the search warrant applicant to set out his or her sources of information and evidence. In those cases where the source cannot be named (tipsters and confidential informers), the Information to Obtain must put the judicial officer in a position to make an assessment of the source before any weight can be attached to that evidence. [Je souligne.]

[178] À mon avis, l’autorisation judiciaire n’aurait jamais dû être accordée, car elle ne révélait pas la commission de quelque infraction criminelle que ce soit. Le système d’autorisation judiciaire préalable n’a pas ici joué son rôle constitutionnel. La violation porte sur une exigence constitutionnelle de fond (*R. v. Dombrowski* (1985), 18 C.C.C. (3d) 164 (SK CA), à la page 175).

[179] J’ajoute en terminant que bien que je ne sois pas enclin à réviser la conclusion du juge militaire lorsqu’il affirme que la dénonciation de l’enquêteur reflétait fidèlement sa compréhension de la situation, je ne peux m’empêcher de constater que, même si l’enquêteur n’a pas voulu tromper le juge autorisateur, la rédaction choisie n’était pas aussi limpide qu’on aurait pu le souhaiter.

[180] En effet, il n’affirmait pas clairement que les plaignantes avaient consenti à la prise de photos et que cela n’avait pas été fait à leur insu. Il avait l’obligation d’énoncer les faits d’une manière claire et non équivoque (*R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253

and 44; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 27). The fact that he did not could only confuse the authorizing judge. The authorizing judge must “know all the facts necessary for him to make an informed decision and to exercise genuine supervision” (*Restaurant Le Clémenceau Inc. v. Drouin*, [1987] 1 S.C.R. 706, at page 709).

[181] This case is therefore different from the many situations where the Supreme Court determined that the seriousness of the constitutional breach was attenuated when the police officer had a reasonable belief on the basis of the apparent constitutionality of a statute, the facial validity of a judicial authorization, a rejected or nuanced judicial precedent or the evolution of police powers (Béliveau, Pierre and Martin Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 20th ed. Cowansville, Qc.: Éditions Yvon Blais, 2013, at pages 296 and 297, paragraph 687; Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011, § 10.110 to 10.114).

[182] I must also discuss the possibility of lawfully discovering the evidence, an issue that, according to Justice Cromwell’s analysis in *Côté*, is relevant to the first two components of the *Grant* analysis (*Côté*, above, at paragraphs 64 to 74).

[183] The DMP submits that the investigator had reasonable grounds to believe that the Canadian Forces’ policy on harassment in *Defence Administrative Orders and Directives* (DAOD) 5012-0 (Harassment Prevention and Resolution) had been violated by the appellant: the fact of showing nude photos of one of the complainants to colleagues at the medical clinic, while asserting that the photos were willingly sent to him by a spurned lover, is a potential violation of this policy and could constitute an offence of “Conduct to the Prejudice of Good Order and Discipline” under section 129 of the NDA.

[184] I should first note that we do not have the original information, in which the investigator alleged an offence under 129 of the NDA, before us.

[185] Furthermore, the information provides no clue that the investigator had DAOD 5012-0 in mind. Certainly,

(*Morelli*), aux paragraphes 43 et 44; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 27). Cela ne pouvait que confondre le juge autorisateur. Le juge autorisateur doit « connaître tous les faits nécessaires à une décision éclairée et qui permettent un véritable contrôle » (*Restaurant Le Clémenceau Inc. c. Drouin*, [1987] 1 R.C.S. 706, à la page 709).

[181] La présente affaire se distingue donc de plusieurs cas de figure où la Cour suprême a décidé que la gravité d’une violation constitutionnelle était atténuée lorsqu’un policier avait une croyance raisonnable en raison de l’apparente constitutionnalité d’une loi, la validité apparente d’une autorisation judiciaire, un précédent jurisprudentiel écarté ou nuancé ou l’évolution des pouvoirs policiers (Béliveau, Pierre et Martin Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 20<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2013, aux pages 296 et 297, paragraphe 687; Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli et James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*. Markham (Ont.), LexisNexis, 2011, § 10.110 à 10.114).

[182] Je dois aussi traiter de la question de la possibilité de découvrir légalement la preuve, une question qui selon l’analyse du juge Cromwell dans l’arrêt *Côté* est pertinente à l’égard des deux premiers volets de l’analyse de l’arrêt *Grant* (*Côté*, précité, aux paragraphes 64 à 74).

[183] Le DPM soutient que l’enquêteur avait des motifs raisonnables de croire que la politique des Forces canadiennes sur le harcèlement, à la *Directives et ordonnances administratives de la Défense* (DOAD) 5012-0 (Prévention et résolution du harcèlement) avait été transgressée par l’appelant : le fait de montrer des photos de l’une des plaignantes nue à des collègues de travail à la clinique médicale, en affirmant que ces photos lui avaient été envoyées de plein gré par une amoureuse éconduite, est une violation potentielle de cette politique et cela peut constituer une infraction de « Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline » en vertu de l’article 129 de la LDN.

[184] Je note d’abord que nous n’avons pas la dénonciation originale devant nous, celle où l’enquêteur alléguait une infraction à l’article 129 de la LDN.

[185] De plus, la dénonciation ne fournit aucun indice que l’enquêteur avait l’infraction à la DOAD 5012-0 à

“authorizing justices may draw reasonable inferences from the evidence in the Information to Obtain (ITO); the informant need not underline the obvious” (*Vu*, above, at paragraph 16), but it is far from clear that the investigator was thinking of the offence being suggested to us today by the DMP *ex post facto*.

[186] In my view, the DMP is inviting us to “engage in speculation”, which is proscribed by *Côté* (*Côté*, above, at paragraph 70).

[187] Since I cannot “[determine] with any confidence whether evidence would have been discovered in the absence of the Charter breach, discoverability will have no impact on the s. 24(2) inquiry.” (*Côté*, above, at paragraph 70)

[188] This case reveals the deliberate disregard by the police officer and authorizing judge (See *R. v. Pastro* (1988), 42 C.C.C. (3d) 485 (SK CA), at pages 522 and 523 (Sherstobitoff J.A.)) of the essential, indeed, basic and simple, elements of the offence of voyeurism.

[189] For this reason, I am of the view that “ignorance of Charter standards must not be rewarded or encouraged and negligence or wilful blindness cannot be equated with good faith”. In this case there is a “flagrant disregard of the Charter by those very persons who are charged with upholding the right in question”, which requires the court to “dissociate itself from such conduct” (*Grant*, above, at paragraph 75).

[190] The seriousness of the breach favours excluding the evidence.

(c) *Impact on Charter-protected interests*

[191] *Grant* provides the following analysis of the impact of such a breach:

[76] This inquiry focusses on the seriousness of the impact of the *Charter* breach on the *Charter*-protected interests of the accused. It calls for an evaluation of the extent to which

l’esprit. Certes, « le juge de paix saisi de la demande d’autorisation peut tirer des inférences raisonnables de la preuve présentée dans la dénonciation; l’auteur de la dénonciation n’est pas tenu de souligner à grands traits ce qui est par ailleurs évident » (*Vu*, précité, au paragraphe 16), mais il est loin d’être clair que l’enquêteur avait à l’esprit l’infraction qui nous est suggérée aujourd’hui *ex post facto* par le DPM.

[186] À mon avis, le DPM nous invite à nous « livrer à des conjectures » prosrites par l’arrêt *Côté* (*Côté*, précité, au paragraphe 70).

[187] Dans la mesure où je ne peux « déterminer avec certitude que la preuve aurait été découverte même sans l’atteinte à la Charte, la possibilité de découvrir la preuve n’a aucune incidence sur l’analyse que requiert le par. 24(2). » (*Côté*, précité, au paragraphe 70)

[188] Le présent dossier révèle une méconnaissance flagrante de la part du policier et du juge autorisateur (Voir *R. v. Pastro* (1988), 42 C.C.C. (3d) 485 (SK CA), aux pages 522 et 523 (le juge Sherstobitoff)) des éléments essentiels, je dirais élémentaires et simples à déterminer, de l’infraction de voyeurisme.

[189] Pour cette raison, j’estime qu’il est « impératif de ne pas récompenser ou encourager l’ignorance des règles établies par la Charte et de ne pas assimiler la négligence ou l’aveuglement volontaire à la bonne foi ». Il y a ici un non-respect « manifeste de la Charte de la part de ceux-là mêmes qui sont chargés du maintien des droits qui y sont garantis » qui exige « de se dissocier d’une telle conduite » (*Grant*, précité, au paragraphe 75).

[190] La gravité de la violation favorise l’exclusion de la preuve.

(c) *Incidence de la violation sur les droits garantis par la Charte*

[191] Dans l’arrêt *Grant*, l’analyse de l’incidence de la violation est ainsi décrite :

[76] L’examen de cette question met l’accent sur l’importance de l’effet qu’a la violation de la *Charte* sur les droits qui y sont garantis à l’accusé, et il impose d’évaluer



the breach actually undermined the interests protected by the right infringed. The impact of a *Charter* breach may range from fleeting and technical to profoundly intrusive. The more serious the impact on the accused's protected interests, the greater the risk that admission of the evidence may signal to the public that *Charter* rights, however high-sounding, are of little actual avail to the citizen, breeding public cynicism and bringing the administration of justice into disrepute.

[77] To determine the seriousness of the infringement from this perspective, we look to the interests engaged by the infringed right and examine the degree to which the violation impacted on those interests. For example, the interests engaged in the case of a statement to the authorities obtained in breach of the *Charter* include the s. 7 right to silence, or to choose whether or not to speak to authorities (*Hebert*) — all stemming from the principle against self-incrimination: *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 44. The more serious the incursion on these interests, the greater the risk that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

[78] Similarly, an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Charter* may impact on the protected interests of privacy, and more broadly, human dignity. An unreasonable search that intrudes on an area in which the individual reasonably enjoys a high expectation of privacy, or that demeans his or her dignity, is more serious than one that does not. [Emphasis added.]

[192] In light of *Morelli*, *Cole* and *Vu*, above, and more particularly with respect to privacy, the military judge rightly found that the breach in this case was significant and very serious. The appellant's home and personal computer were searched for several hours in the absence of reasonable grounds to believe that a criminal offence had been committed. I also find that "the impact of the search on the accused's *Charter*-protected interests [was] greater because the search could not have occurred legally" (*Côté*, above, at paragraph 73; see also paragraph 53).

[193] This also favours excluding the evidence.

(d) *Society's interest in the adjudication of the case on its merits*

[194] In his analysis, the military judge noted five factors under this heading: the reliability of the evidence, the

la portée réelle de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause. Cet effet peut être passager ou d'ordre simplement formel comme il peut être profondément attentatoire. Plus il est marqué, plus l'utilisation des éléments de preuve risque de donner à penser que les droits garantis par la *Charte*, pour encensés qu'ils soient, ne revêtent pas d'utilité réelle pour les citoyens, ce qui engendrerait le cynisme et déconsidérerait l'administration de la justice.

[77] Pour juger de la gravité de la violation dans cette perspective, nous examinons les intérêts protégés par le droit transgressé, puis évaluons l'ampleur des conséquences de la violation sur ces intérêts. Par exemple, les intérêts mis en jeu par une déclaration obtenue en violation de la *Charte* comprennent le droit de garder le silence ou de décider de parler ou non aux autorités garanti à l'art. 7 (*Hebert*) — qui découlent tous du principe interdisant l'auto incrimination : *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 44. Le risque que l'utilisation des éléments de preuve déconsidère l'administration de la justice augmente en fonction de la gravité de l'empiètement sur ces intérêts.

[78] De la même façon, une fouille ou perquisition abusive contraire à l'art. 8 de la *Charte* peut avoir une incidence sur les intérêts protégés se rattachant à la vie privée et, plus généralement, à la dignité humaine. La fouille ou perquisition abusive qui est effectuée dans un contexte d'attente raisonnablement élevée en matière de vie privée ou qui porte atteinte à la dignité individuelle est plus grave. [Je souligne.]

[192] À la lumière des arrêts *Morelli*, *Cole* et *Vu*, précités, plus particulièrement en matière de respect de la vie privée, le juge militaire a eu raison de considérer que la portée de la violation en l'espèce est très importante et très grave. Il s'agit d'une perquisition du domicile et de l'ordinateur personnel de l'appelant qui a duré plusieurs heures en l'absence de motifs raisonnables qu'une infraction criminelle a été commise. J'estime de plus que « l'incidence de la perquisition sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* est accrue par le fait que [la perquisition] n'aurait pu intervenir s'il y avait eu respect de la loi » (*Côté*, précité, au paragraphe 73; voir aussi le paragraphe 53).

[193] Ce critère favorise aussi l'exclusion de la preuve.

(d) *L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond*

[194] Dans son analyse, le juge militaire retient cinq facteurs sous cette rubrique : la fiabilité de la preuve,

importance of the evidence for the prosecution, the seriousness of the offences, the circumstances in which they were committed—work context, identity of the people involved and duration—and lastly, the public perception of the military justice system’s ability to handle serious criminal cases.

[195] I concur with the military judge that the evidence is reliable and that it is important, if not indispensable, for the prosecution.

[196] The offences are extremely serious. The circumstances in which they were committed clearly show this.

[197] However, the seriousness of the offence is a factor that can favour exclusion of evidence in certain circumstances, as the Supreme Court noted in *Grant*, above:

[84] It has been suggested that the judge should also, under this line of inquiry, consider the seriousness of the offence at issue. Indeed, Deschamps J. views this factor as very important, arguing that the more serious the offence, the greater society’s interest in its prosecution (para. 226). In our view, while the seriousness of the alleged offence may be a valid consideration, it has the potential to cut both ways. Failure to effectively prosecute a serious charge due to excluded evidence may have an immediate impact on how people view the justice system. Yet, as discussed, it is the long-term repute of the justice system that is s. 24(2)’s focus. As pointed out in *Burlingham*, the goals furthered by s. 24(2) “operate independently of the type of crime for which the individual stands accused” (para. 51). And as Lamer J. observed in *Collins*, “[t]he *Charter* is designed to protect the accused from the majority, so the enforcement of the *Charter* must not be left to that majority” (p. 282). The short-term public clamour for a conviction in a particular case must not deafen the s. 24(2) judge to the longer-term repute of the administration of justice. Moreover, while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high. [Emphasis added.]

[198] With respect, the military judge failed to consider that the seriousness of the offence cuts both ways in a subsection 24(2) analysis. Indeed, the exemplary

l’importance de la preuve pour la poursuite, la gravité des infractions, les circonstances de leur commission — contexte de travail, identité des personnes en cause et durée — et finalement, la perception du public du système de justice militaire quant à sa capacité de traiter des causes de nature criminelle grave.

[195] Je conviens avec le juge militaire que la preuve est fiable et qu’elle est importante, voire indispensable pour la poursuite.

[196] Les infractions sont extrêmement graves. Les circonstances de leur commission le révèlent clairement.

[197] Cependant la gravité de l’infraction est un facteur qui est susceptible de favoriser l’exclusion de la preuve dans certaines circonstances comme le rappelle la Cour suprême dans l’arrêt *Grant*, précité :

[84] D’aucuns font valoir que la gravité de l’infraction reprochée doit également être prise en considération. La juge Deschamps estime d’ailleurs qu’il s’agit d’un élément important de l’analyse et que plus l’infraction est grave plus la société a intérêt à ce qu’il y ait un procès (par. 226). Nous estimons pour notre part que s’il peut effectivement s’agir d’un facteur valide, c’en est un qui peut jouer dans les deux sens. L’exclusion d’éléments de preuve qui empêche l’examen judiciaire d’une infraction grave peut avoir un effet immédiat sur la perception publique du système de justice, mais nous le répétons, c’est la considération dont il jouit à long terme qui importe pour l’application du par. 24(2). Comme la Cour l’a indiqué dans *Burlingham*, les objectifs visés par le par. 24(2) « s’appliquent indépendamment du genre de crime reproché à l’accusé » (par. 51). Le juge Lamer a également fait remarquer, dans *Collins*, que « [l]a *Charte* vise à protéger l’accusé contre la majorité, donc la mise en application de la *Charte* ne doit pas être laissée à cette majorité » (p. 282). La clameur publique immédiate exigeant une condamnation ne doit pas faire perdre de vue au juge appelé à appliquer le par. 24(2) la réputation à plus long terme du système de justice. En outre, si la gravité d’une infraction accroît l’intérêt du public à ce qu’il y ait un jugement au fond, l’intérêt du public en l’irréprochabilité du système de justice n’est pas moins vital, particulièrement lorsque l’accusé encourt de lourdes conséquences pénales. [Je souligne.]

[198] Avec respect pour le juge militaire, il a omis de considérer que la gravité de l’infraction peut jouer dans les deux sens dans l’analyse du paragraphe 24(2). En

character of the justice system is of particular importance in this case, as the integrity of the pre-judicial authorization system is at stake.

[199] It should be kept in mind that the more serious the impact of the violation of the accused's rights, "the greater the risk that admission of the evidence may signal to the public that Charter rights, however high-sounding, are of little actual avail to the citizen, breeding public cynicism and bringing the administration of justice into disrepute" (*Grant*, above, at paragraph 76).

[200] I would reiterate that because of the lack of reasonable grounds that a criminal offence had been committed, no search warrant should have been issued (*Côté*, above, at paragraph 73).

[201] In addition, the military judge found that "the public could in the long term come to believe that the Court Martial is unable to properly exercise its truth-seeking function when dealing with serious criminal cases" and that "the Court Martial is unable to properly assess and deal with criminal offences" (*R. v. Larouche*, 2012 CM 3008, at paragraph 66).

[202] This factor, which is related to public confidence in the ability of military tribunals to try ordinary criminal offences where the military nexus test is met, has no place in an analysis under subsection 24(2) of the Charter.

[203] The specific and distinct nature of military tribunals as well as their vigilance with respect to criminal offences must not be subject to an independent assessment, given that in cases involving criminal offences it is "the long-term sense of maintaining the integrity of, and public confidence in, the justice system" (*Grant*, above, at paragraph 68) in general that is at issue, and not that of the military justice system in particular. This is particularly true in this case, where the integrity of the judicial pre-authorization system is at stake.

[204] In the way he formulates this concern with respect to the long-term sense of maintaining confidence in

effet, le caractère exemplaire du système de justice est particulièrement important en l'espèce, car c'est l'intégrité du système d'autorisation judiciaire préalable qui est en cause.

[199] Il faut avoir à l'esprit que plus l'incidence de la violation des droits de l'accusé est grande, « plus l'utilisation des éléments de preuve risque de donner à penser que les droits garantis par la Charte, pour encensés qu'ils soient, ne revêtent pas d'utilité réelle pour les citoyens, ce qui engendrerait le cynisme et déconsidérerait l'administration de la justice » (*Grant*, précité, au paragraphe 76).

[200] Je rappelle à nouveau qu'en raison de l'absence de motifs raisonnables qu'une infraction criminelle avait été commise, aucun mandat de perquisition ne pouvait être délivré *Côté*, précité, au paragraphe 73).

[201] Par ailleurs, le juge militaire a considéré que « le public pourrait croire à long terme que la cour martiale n'est pas en mesure d'exercer correctement sa fonction de recherche de la vérité lorsqu'elle doit traiter des causes de nature criminelle grave » et que « la cour martiale n'est pas en mesure d'apprécier et de traiter correctement les infractions de nature criminelle » (*R. c. Larouche*, 2012 CM 3008, au paragraphe 66).

[202] Ce facteur, lié à la confiance des citoyens à l'égard des tribunaux militaires de juger des infractions criminelles ordinaires lorsque le critère du lien de connexité avec le service militaire est satisfait, n'a pas sa place dans l'analyse sous le paragraphe 24(2) de la Charte.

[203] Le caractère spécifique et distinct des tribunaux militaires de même que leur vigilance à l'égard des infractions de nature criminelle ne doivent pas faire l'objet d'une évaluation autonome, car c'est « l'optique du maintien à long terme de l'intégrité du système de justice et de la confiance à son égard » (*Grant*, précité, au paragraphe 68) en général qui est en cause, et non celle du système de justice militaire en particulier dans les affaires mettant en cause des infractions criminelles. C'est particulièrement vrai dans le présent dossier où l'intégrité du système d'autorisation judiciaire préalable est mise en péril.

[204] En formulant ainsi cette préoccupation à l'égard du maintien à long terme de la confiance envers le système

the military justice system, the military judge appears to suggest that he considers this to be more important than that of the administration of justice in general. To the extent that his reasons “are presumed to reflect the reasoning that led him to his decision” (*R. v. Teskey*, above, at paragraph 19), that is what I infer from his assertion.

[205] It must be clear that the protection under section 8 and the analysis of subsection 24(2) of the Charter should not be assessed differently before Canadian military courts.

[206] Society’s interest in the adjudication of this case on its merits is undeniable, but the military judge failed to perform an overall analysis of the seriousness of the offence and placed undue emphasis on protecting the military justice system compared to the administration of justice in general, which affects the final balancing exercise.

(e) *Balancing exercise*

[207] Before performing the final balancing of the various factors under subsection 24(2), I believe it will be helpful to recall this provision’s purpose as described in *Grant*, above:

[67] The words of s. 24(2) capture its purpose: to maintain the good repute of the administration of justice. The term “administration of justice” is often used to indicate the processes by which those who break the law are investigated, charged and tried. More broadly, however, the term embraces maintaining the rule of law and upholding Charter rights in the justice system as a whole.

[68] The phrase “bring the administration of justice into disrepute” must be understood in the long-term sense of maintaining the integrity of, and public confidence in, the justice system. Exclusion of evidence resulting in an acquittal may provoke immediate criticism. But s. 24(2) does not focus on immediate reaction to the individual case. Rather, it looks to whether the overall repute of the justice system, viewed in the long term, will be adversely affected by admission of the evidence. The inquiry is objective. It asks whether a reasonable person, informed of all relevant circumstances and the values underlying the Charter, would conclude that the admission of the

de justice militaire, le juge militaire donne à penser qu’il accorde plus d’importance à celle-ci par opposition à celle de l’administration de la justice en général. Dans la mesure où les raisons qu’il invoque « sont présumées refléter le raisonnement l’ayant conduit à cette décision » (*R. c. Teskey*, précité, au paragraphe 19), c’est la conclusion que je tire de son affirmation.

[205] Il doit être clair que la protection de l’article 8 ou l’analyse du paragraphe 24(2) de la Charte ne doivent pas faire l’objet d’une pondération distincte devant les tribunaux militaires canadiens.

[206] L’intérêt de la société à ce que cette affaire soit jugée au fond est indéniable, mais le juge militaire a omis de se livrer à une analyse globale de l’élément relatif à la gravité de l’infraction et il a accordé une importance indue à la protection du système de justice militaire par rapport à l’administration de la justice en général, ce qui affecte l’exercice de pondération final.

(e) *L’exercice de pondération*

[207] Avant de procéder à la pondération finale des différents facteurs sous le paragraphe 24(2), je crois utile d’en rappeler l’objet tel qu’il a été identifié par l’arrêt *Grant*, précité :

[67] Le libellé du par. 24(2) en exprime bien l’objet : préserver la considération dont jouit l’administration de la justice. L’expression « administration de la justice » est souvent employée pour désigner les processus d’enquête, d’accusation et de jugement qui entrent en jeu en cas de non-respect de la loi. Toutefois, elle englobe de façon plus générale le maintien des droits garantis par la *Charte* et du principe de la primauté du droit dans l’ensemble du système de justice.

[68] L’expression « déconsidérer l’administration de la justice » doit être prise dans l’optique du maintien à long terme de l’intégrité du système de justice et de la confiance à son égard. Certes, l’exclusion d’éléments de preuve qui aboutit à un acquittement peut provoquer des critiques sur le coup. Il n’en demeure pas moins que les réactions immédiates, dans des cas particuliers, ne sont pas visées par l’objet du par. 24(2). Cette disposition concerne plutôt l’appréciation de l’effet à long terme de l’utilisation d’éléments de preuve sur la considération globale dont jouit le système de justice et suppose un examen de nature objective, qui vise à déterminer si

evidence would bring the administration of justice into disrepute.

[69] Section 24(2)'s focus is not only long-term, but prospective. The fact of the *Charter* breach means damage has already been done to the administration of justice. Section 24(2) starts from that proposition and seeks to ensure that evidence obtained through that breach does not do further damage to the repute of the justice system.

[70] Finally, s. 24(2)'s focus is societal. Section 24(2) is not aimed at punishing the police or providing compensation to the accused, but rather at systemic concerns. The s. 24(2) focus is on the broad impact of admission of the evidence on the long-term repute of the justice system.

[208] In *Harrison*, Chief Justice McLachlin described the balancing exercise to be conducted (above, at paragraph 36):

[36] The balancing exercise mandated by s. 24(2) is a qualitative one, not capable of mathematical precision. It is not simply a question of whether the majority of the relevant factors favour exclusion in a particular case. The evidence on each line of inquiry must be weighed in the balance, to determine whether, having regard to all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Dissociation of the justice system from police misconduct does not always trump the truth-seeking interests of the criminal justice system. Nor is the converse true. In all cases, it is the long-term repute of the administration of justice that must be assessed.

[209] The required analysis must not be “a simple contest between the degree of the police misconduct and the seriousness of the offence” (*Harrison*, at paragraph 37).

[210] The violation was very serious because of the unreasonable error made by the investigator and the authorizing judge. There were no reasonable grounds to believe that a criminal offence had been committed. A judicial authorization was granted even though the

une personne raisonnable, au fait de l'ensemble des circonstances pertinentes et des valeurs sous-jacentes de la *Charte*, conclurait que l'utilisation d'éléments de preuve donnés serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[69] L'objet du par. 24(2) n'est pas seulement à long terme, il est également prospectif. L'existence d'une violation de la *Charte* signifie que l'administration de la justice a déjà été mise à mal. Le paragraphe 24(2) part de là et vise à faire en sorte que les éléments de preuve obtenus au moyen de cette violation ne déconsidèrent pas davantage le système de justice.

[70] Enfin, le par. 24(2) a un objet sociétal. Il ne vise pas à sanctionner la conduite des policiers ou à dédommager l'accusé, il a plutôt une portée systémique. Il se rapporte aux importantes répercussions de l'utilisation d'éléments de preuve sur la considération à long terme portée au système de justice.

[208] Dans *Harrison*, la juge en chef McLachlin décrit l'exercice de pondération auquel il faut se livrer (précité, au paragraphe 36) :

[36] L'exercice de mise en balance que commande le par. 24(2) est de nature qualitative et il ne peut être effectué avec une précision mathématique. Il ne s'agit pas simplement de savoir si, dans un cas en particulier, la majorité des facteurs pertinents milite en faveur de l'exclusion. La preuve à l'égard de chacune de ces questions doit être soupesée afin de déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La nécessité pour le système de justice de se dissocier de l'inconduite de la police ne l'emporte pas toujours sur les intérêts de recherche de la vérité du système de justice pénale. L'inverse est tout aussi vrai. Dans tous les cas, c'est la considération à long terme pour l'administration de la justice qui doit être examinée.

[209] L'analyse requise ne doit pas être « une simple mise en opposition entre la gravité de l'inconduite du policier et celle de l'infraction » (*Harrison*, au paragraphe 37).

[210] La gravité de la violation était grande en raison de l'erreur déraisonnable de l'enquêteur et du juge autorisateur. Il n'y avait aucun motif raisonnable de croire qu'une infraction criminelle avait été commise. Une autorisation judiciaire a été délivrée alors que la dénonciation

information did not clearly state that the complainants knew they had been photographed and had consented to this. The authorization resulted in the execution of a search warrant at the appellant's home and of his computer that lasted more than ten hours. The integrity of the judicial pre-authorization system is at stake in this case.

[211] In my view, the military judge “placed undue emphasis on [one] line of inquiry while neglecting the importance of the other inquiries, particularly the need to dissociate the justice system from flagrant breaches of Charter rights” (*Harrison*, above, at paragraph 37).

[212] The importance for this Court to dissociate itself from Charter breaches must trump the search for truth if we really wish to protect the long-term reputation of the administration of justice and the judicial pre-authorization system (*R. v. Boudreau-Fontaine*, 2010 QCCA 1108, at paragraph 71; *R. v. Rocha*, above, at paragraphs 41 to 43).

[213] For these reasons, I propose allowing the appeal, setting aside the convictions in respect of the two charges that the appellant was convicted of and entering an acquittal in respect of those charges.

FRANÇOIS DOYON J.A.: I concur.

RICHARD BOIVIN J.A.: I concur.

ne précisait pas clairement que les plaignantes savaient qu'elles avaient été prises en photos et qu'elles y avaient consenti. Cette autorisation a donné lieu à l'exécution d'un mandat de perquisition au domicile de l'appelant et dans son ordinateur pendant plus d'une dizaine d'heures. L'intégrité du système d'autorisation judiciaire préalable est au cœur de la présente affaire.

[211] À mon avis, le juge militaire « a accordé trop de poids à [une] question tout en négligeant l'importance des autres questions, particulièrement de celle relative à la nécessité pour le système de justice de se dissocier des violations flagrantes des droits protégés par la Charte » (*Harrison*, précité, au paragraphe 37).

[212] L'importance de se dissocier des violations de la Charte doit l'emporter sur la recherche de la vérité si nous souhaitons véritablement protéger la réputation à long terme de l'administration de la justice et du système d'autorisation judiciaire préalable (*R. c. Boudreau-Fontaine*, 2010 QCCA 1108, au paragraphe 71; *R. v. Rocha*, précité, aux paragraphes 41 à 43).

[213] Pour ces motifs, je propose d'accueillir l'appel, d'annuler les condamnations à l'égard des deux chefs d'accusation dont l'appelant a été déclaré coupable et d'inscrire un verdict d'acquiescement à l'égard de ces chefs.

FRANÇOIS DOYON, J.C.A. : Je suis d'accord.

RICHARD BOIVIN, J.C.A. : Je suis d'accord.