

R. v. Bannister, 2019 CMAC 2

CMAC 592

Her Majesty the Queen

Appellant,

v.

Captain T.J. Bannister

Respondent.

Heard: Halifax, Nova Scotia, November 21, 2018.

Judgment: Ottawa, Ontario, May 1, 2019.

Present: Bell C.J., Bennett and Scanlan J.J.A.

On appeal from the legality of the not guilty verdicts by a Standing Court Martial held at Her Majesty's Canadian Ship Queen Charlotte, in Prince Edward Island, on February 27, 2018 (2018 CM 3003).

Service offences — Disgraceful conduct contrary to s. 93 of the National Defence Act — Conduct to the prejudice of good order and discipline contrary to s. 129 of the National Defence Act — Respondent acquitted on all charges by the Military Judge — Military Judge erroneously conflated the concept of judicial notice with the concept of applying his military experience and general service knowledge to make inferences.

The respondent was charged and found not guilty of two counts of disgraceful conduct under section 93 of the *National Defence Act* (NDA) and two counts of conduct to the prejudice of good order and discipline under section 129 of the NDA. On two separate occasions, the respondent made sexually charged comments to a female subordinate, the first time when she was 18 years old and the second time when she was 19 years old. The Military Judge found the respondent not guilty on all charges. The Crown appeals those acquittals, raising the grounds that the Military Judge erred in law many times applying sections 93 and 129 of the NDA, especially in his interpretation of the elements of the offence and the risk of harm of section 93 of the NDA, by applying a test of certainty to the element of knowledge of section 129 of the NDA, and generally in refusing to apply his experience and general service knowledge.

R. c. Bannister, 2019 CACM 2

CMAC 592

Sa Majesté la Reine

Appelante,

c.

Capitaine T.J. Bannister

Intimé.

Audience : Halifax (Nouvelle-Écosse), le 21 novembre 2018.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 1 mai 2019.

Devant : Le juge en chef Bell et les juges Bennett et Scanlan, J.C.A.

Appel de la légalité des verdicts de non-culpabilité rendus par la cour martiale permanente au Manège militaire Queen Charlotte (Île-du-Prince-Édouard), le 27 février 2018 (2018 CM 3003).

Infractions d'ordre militaire — Conduite déshonorante en violation de l'art. 93 de la Loi sur la défense nationale — Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline en violation de l'art. 129 de la Loi sur la défense nationale — Intimé acquitté de tous les chefs d'accusation par le juge militaire — Le juge militaire a confondu à tort le concept de connaissance judiciaire avec le concept consistant à mettre à profit son expérience militaire et ses connaissances militaires générales pour tirer des inférences.

L'intimé a été accusé et acquitté de deux chefs de conduite déshonorante en violation de l'article 93 de la *Loi sur la défense nationale* (LDN) et de deux chefs de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline en violation de l'article 129 de la LDN. À deux occasions distinctes, l'intimé a fait des commentaires à connotation sexuelle à une subalterne, une première fois lorsqu'elle avait 18 ans et une deuxième fois lorsqu'elle avait 19 ans. Le juge militaire a déclaré l'intimé non coupable relativement à l'ensemble de tous les chefs. La Couronne interjette appel de ces acquittements, alléguant que le juge militaire a commis plusieurs erreurs de droit dans l'application des articles 93 et 129 de la LDN, notamment quant à l'interprétation des éléments de l'infraction et du risque de préjudice de l'article 93 de la LDN, l'application du critère de la certitude à l'élément de la connaissance de l'article 129 de la LDN et plus généralement en refusant de se fonder sur son expérience et ses connaissances générales.

Held: Appeal allowed.

The appeal is allowed and a new trial is ordered. This Court is satisfied the Military Judge erroneously conflated the concept of judicial notice with the concept of applying his military experience and general service knowledge to make inferences. Regarding the charge of disgraceful conduct pursuant to section 93 of the NDA, the issue of whether the actions of the respondent were disgraceful must be determined on an objective standard; considering the perspective of a reasonable person with military experience and general service knowledge, the Military Judge must be convinced beyond a reasonable doubt that the actions of the respondent were disgraceful in the context of military community. Harm or risk of harm of a shockingly unacceptable or disgraceful conduct is also but one part of the context—it simply informs the analysis. Also, it was not necessary that the Military Judge receive expert evidence on the issue of whether the conduct of the respondent was disgraceful within the military context; in this context, the Military Judge is the expert on this issue. In this case, the Military Judge erred in law by only considering how the incidents affected the complainant. He had to address the broader question as to whether the incidents were disgraceful in the military context. Next, regarding the charges of conduct to the prejudice of good order and discipline pursuant to section 129 of the NDA, the Crown can prove the offence was committed if there is actual evidence of prejudice to “good order and discipline” based on objective criteria of prejudice or likelihood of prejudice. It is open to a Military Judge to infer prejudice from the circumstances in a proceeding under section 129 of the NDA. In determining whether prejudice is proven beyond a reasonable doubt, using inferential reasoning, a Military Judge must apply his or her experience and general service knowledge, which is different from taking judicial notice. The Military Judge erred by failing to consider whether prejudice to good order and discipline had been proven to the required standard using inferential reasoning. He also erred by failing to apply his own military experience and general service knowledge and by failing to consider the broader prejudicial impact on the Canadian Armed Forces at large.

Arrêt : Appel accueilli.

L'appel est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée. La présente Cour conclut que le juge militaire a confondu à tort le concept de connaissance judiciaire avec le concept consistant à mettre à profit son expérience militaire et ses connaissances militaires générales pour tirer des inférences. Concernant l'accusation de comportement déshonorant de l'article 93 de la LDN, la question de savoir si les actions de l'intimé étaient déshonorantes doit être tranchée selon une norme objective; compte tenu du point de vue d'une personne raisonnable ayant une expérience militaire et des connaissances militaires générales, le juge militaire doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que les actions de l'intimé étaient déshonorantes dans le contexte de la communauté militaire. Le préjudice ou le risque de préjudice de l'action scandaleusement inacceptable ou déshonorante n'est qu'un seul aspect du contexte; il éclaire simplement l'analyse. Aussi, il n'était pas nécessaire que le juge militaire obtienne une preuve d'expert sur la question de savoir si la conduite de l'intimé était déshonorante dans le contexte militaire : le juge militaire est l'expert sur la question dans ce contexte. En l'espèce, le juge militaire a commis une erreur de droit en prenant uniquement en compte les répercussions des incidents sur la plaignante. Il devait aborder la question plus large de savoir si les commentaires envers la plaignante étaient déshonorants dans le contexte militaire. Ensuite, relativement aux accusations de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline de l'article 129 de la LDN, la Couronne peut prouver que l'infraction a été commise s'il existe une véritable preuve de préjudice « au bon ordre et à la discipline » en se fondant sur un critère objectif de préjudice ou une probabilité de préjudice. Il est loisible à un juge militaire de déduire un préjudice à partir des circonstances dans une instance aux termes de l'article 129 de la LDN. Pour déterminer si un préjudice est prouvé hors de tout doute raisonnable, en ayant recours à un raisonnement par inférence, un juge militaire doit se fonder sur son expérience et ses connaissances militaires générales, ce qui est différent de prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question. Le juge militaire a commis une erreur en n'examinant pas si le préjudice au bon ordre et à la discipline avait été prouvé selon la norme requise en appliquant un raisonnement par inférence. Il a aussi commis une erreur en ne se fondant pas sur sa propre expérience militaire et ses propres connaissances militaires générales et en n'examinant pas les répercussions préjudiciables plus larges sur les Forces armées canadiennes dans leur ensemble.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Cadet Administrative and Training Order (CATO),
r. 13-24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 210.1.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 210.1.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 93,
129, 230.1.

Military Rules of Evidence, C.R.C., c. 1049.

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 93, 129, 230.1.

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O).

Ordonnance sur l'administration et l'instruction des cadets (OAIC), r. 13-24.

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC).

Règles militaires de la preuve, C.R.C., ch. 1049.

CASES CITED

R. v. Boyle, 2010 CMAC 8, 7 C.M.A.R. 540; *R. v. Buenacruz*, 2017 CM 4014, 2017 CarswellNat 10498; *R. v. Golzari*, 2017 CMAC 3, 8 C.M.A.R. 106; *R. v. Jackson*, 2017 CM 3001, 138 W.C.B. (2d) 408; *R. v. Jones*, 2002 CMAC 11, 6 C.M.A.R. 293; *R. v. Labaye*, 2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728; *R. v. Larouche*, 2012 CM 3009, 108 W.C.B. (2d) 45; *R. v. Lloyd-Trinque*, 2015 CM 3001, 125 W.C.B. (2d) 286; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, 166 N.R. 245; *R. v. Morel*, 2014 CM 3011, 2014 CarswellNat 3867; *R. v. Rollman*, 2017 CM 2005, 2017 CarswellNat 10504; *R. v. Tomczyk*, 2012 CMAC 4, 7 C.M.A.R. 669; *R. v. Winters*, 2011 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 546; *Smith v. The Queen*, 2 C.M.A.R. 159, 1961 CarswellNat 389.

COUNSEL

Lieutenant-Colonel Anthony Farris and Major Dominic Martin, for the appellant.
Lieutenant-Commander Mark Létourneau, for the respondent.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

SCANLAN J.A.:

I. Background

[1] Captain Bannister (the Respondent), a former Commanding Officer (CO) of 148 Royal Canadian Army Cadet Corps in Prince Edward Island, on two separate occasions made sexually charged comments to a female subordinate. She was an 18-year-old cadet when the first comment was made, and a 19-year-old officer cadet with the Cadet Instructor Cadre (CIC) when the second comment was made.

[2] On the first occasion, the Respondent said to the young cadet, “Hey, why don’t you fuck me on my desk”. In relation to another person who was present

JURISPRUDENCE CITÉE

R. c. Boyle, 2010 CACM 8, 7 C.A.C.M. 540; *R. c. Buenacruz*, 2017 CM 4014, 2017 CarswellNat 10498; *R. c. Golzari*, 2017 CACM 3, 8 C.A.C.M. 106; *R. v. Jackson*, 2017 CM 3001, 138 W.C.B. (2^d) 408; *R. c. Jones*, 2002 CACM 11, 6 C.A.C.M. 293; *R. c. Labaye*, 2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728; *R. c. Larouche*, 2012 CM 3009, 108 W.C.B. (2^d) 45; *R. c. Lloyd-Trinque*, 2015 CM 3001, 125 W.C.B. (2^d) 286; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 166 N.R. 245; *R. c. Morel*, 2014 CM 3011, 2014 CarswellNat 3867; *R. c. Rollman*, 2017 CM 2005, 2017 CarswellNat 10504; *R. c. Tomczyk*, 2012 CACM 4, 7 C.A.C.M. 669; *R. c. Winters*, 2011 CACM 1, 7 C.A.C.M. 546; *Smith v. The Queen*, 2 C.M.A.R. 159, 1961 CarswellNat 389.

AVOCATS

Lieutenant-Colonel Anthony Farris et Majeur Dominic Martin, pour l’appelante.
Lieutenant-Commandant Mark Létourneau, pour l’intimé.

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

LE JUGE SCANLAN, J.C.A. :

I. Contexte

[1] Le capitaine Bannister (l’intimé), ancien commandant (cmdt) du corps de cadets royaux de l’Armée canadienne 148 à l’Île-du-Prince-Édouard a, à deux occasions distinctes, fait des commentaires à connotation sexuelle à une subalterne. Elle était une cadette de 18 ans lorsque les premiers commentaires ont été faits et une élève-officier de 19 ans du Cadre des instructeurs de cadets (CIC) lorsque les commentaires ont été faits la deuxième fois.

[2] La première fois, l’intimé a dit à la jeune cadette : [TRADUCTION] « Hé! Tu n’as qu’à me baiser sur mon bureau ». En lien avec une autre personne qui

at the time, the Respondent said “Oh, don’t worry about him, he can watch”. On the second occasion, the then 19-year-old Cadet Instructor was at a railway station in Montreal. She was panicking given the pressure she was under to ensure all cadets were accounted for during a return trip to Prince Edward Island, from Ottawa. The Respondent pulled her aside, onto the rail platform and said, “Let’s have sex”.

[3] Based on these comments, the Respondent was charged with two counts under section 93 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (NDA) (disgraceful conduct), and two counts under section 129 of the NDA (conduct to the prejudice of good order and discipline). A Military Judge found the Respondent not guilty on all charges. It is from those acquittals that the Crown now appeals. For the reasons set out below, I would grant the Crown appeals and order a new trial on all counts.

II. Preliminary remarks

[4] It is important to note that the Military Judge found the complainant credible. He concluded the words noted above were uttered to the complainant by the Respondent, at the times, and in the places and circumstances, she testified to. The Military Judge accepted the complainant’s evidence as to why, from her perspective, the comments were made. The first incident, according to the complainant, occurred around the time she had filed paperwork to become a CIC officer. She said the comment caught her off guard. Before then she thought of the Respondent as somebody who was supportive of her. She understood that he intended to convey a message to her. At paragraph 9 of his reasons, the Military Judge said:

[9] ... She told the Court that she understood she had to get used to that kind of talk.

était présente à ce moment-là, l’intimé s’est exclamé : [TRADUCTION] « Oh, ne t’inquiètes pas pour lui, il peut regarder ». La deuxième fois, l’instructrice de cadets, alors âgée de 19 ans, était dans une gare de Montréal. Elle a paniqué compte tenu la pression sous laquelle elle était pour s’assurer que tous les cadets répondaient à l’appel lors du trajet retour d’Ottawa à l’Île-du-Prince-Édouard. L’intimé l’a prise à part sur le quai de la gare et a dit [TRADUCTION] « Couchons ensemble! ».

[3] En raison de ces commentaires, l’intimé a été accusé de deux chefs en vertu de l’article 93 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (LDN) (conduite déshonorante), et deux chefs en application de l’article 129 de la LDN (conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline). Un juge militaire a déclaré l’intimé non coupable relativement à l’ensemble des accusations. La Couronne interjette maintenant appel de ces acquittements. Pour les motifs exposés ci-après, j’accueillerais les appels de la Couronne et j’ordonnerais la tenue d’un nouveau procès à l’égard de toutes les accusations.

II. Remarques préliminaires

[4] Il est important de noter que le juge militaire a estimé que la plaignante était crédible. Il a conclu que les mots susmentionnés ont été dits à la plaignante par l’intimé, aux moments, aux lieux et dans les circonstances qu’elle a déclarés sous serment. Le juge militaire a admis les éléments de preuve de la plaignante quant à la raison, selon elle, pour laquelle les commentaires ont été formulés. Le premier incident, selon la plaignante, a eu lieu à l’époque où elle a déposé des documents pour devenir un officier du CIC. Elle a dit que le commentaire l’avait prise de court. Avant cela, elle considérait l’intimé comme quelqu’un qui lui était d’un grand soutien. Elle a compris qu’il avait essayé de lui transmettre un message. Au paragraphe 9 de ses motifs, le juge militaire a déclaré :

[TRADUCTION]

[9] [...] Elle a déclaré à la Cour qu’elle avait compris qu’elle devait s’habituer à ce genre de propos.

Of the second incident at the train station in Montreal, the Military Judge said:

[10] In May 2015, Captain Bannister was in charge of the Prince Edward Island Army Cadets Ottawa tour. [The complainant] was part of the staff for cadets as a CIC officer. She was supervising cadets on this trip. They travelled mostly by train. On the way back from Ottawa, they had to switch trains in Montreal. She was fearing not to meet the timings or to forget any cadet. She got nervous, started to panic and cried. Captain Bannister was there and he tried to calm her down. He told her to calm down and breathe. All of a sudden, he told her, “Let’s have sex”. Stupefied by such words used by Captain Bannister, she said, “Excuse me?” According to her, Captain Bannister replied, “I’m just trying to lighten the mood.” She replied that “It was just not funny.” She clearly stated to the Court that she was not expecting such a comment. For this incident, nobody else was present. She told the Court that she was irritated and [angered] by this incident. [Emphasis added.]

She said the two incidents led her to feel hurt and betrayed.

[5] As repugnant as the language of the Respondent was—even more so when one considers the age of the complainant, coupled with the command position of the Respondent—the words he uttered on the dates in question would not constitute a criminal offence under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*Criminal Code*). The issue before the Military Judge was whether those words, viewed in the circumstances of this case, were criminalized as constituting disgraceful conduct or conduct to the prejudice of good order and discipline, as contemplated by section 93 or section 129 of the NDA, respectively.

III. Issues

[6] The Appellant sets out six grounds of appeal. Two relate to section 93 of the NDA:

Concernant le deuxième incident à la gare de Montréal, le juge militaire a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

[10] En mai 2015, le capitaine Bannister était responsable de la visite d’Ottawa des Cadets de l’Armée de l’Île-du-Prince-Édouard. [La plaignante] faisait partie du personnel responsable des cadets à titre d’officier du CIC. Elle supervisait les cadets pendant ce voyage. Le voyage s’est fait en grande partie en train. En rentrant d’Ottawa, ils ont dû changer de trains à Montréal. Elle avait peur de ne pas être à l’heure ou d’oublier un cadet. Elle était très nerveuse, elle a commencé à paniquer et elle a pleuré. Le capitaine Bannister était présent et il a essayé de la calmer. Il lui a dit de se calmer et de respirer. Soudainement, il lui a dit « couchons ensemble! ». Surprise par les mots utilisés par le capitaine Bannister, elle a répondu « pardon? ». Selon elle, le capitaine Bannister a répondu « j’essaie juste de détendre l’atmosphère ». Elle a répondu que « ce n’était tout simplement pas drôle ». Elle a clairement affirmé à la Cour qu’elle ne s’attendait pas à un tel commentaire. Lors de cet incident, personne d’autre n’était présent. Elle a dit à la Cour qu’elle avait été contrariée et [outrée] par cet incident. [Je souligne.]

Elle a affirmé qu’elle s’était sentie blessée et trahie à la suite de ces deux incidents.

[5] Tout aussi dégoûtants que les propos de l’intimé aient été, surtout si on prend en compte l’âge de la plaignante, ajouté au poste de commandement de l’intimé, les mots qu’il a prononcés aux dates en question ne constitueraient pas une infraction criminelle aux termes du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le *Code criminel*). La question en litige devant le juge militaire était de savoir si ces mots, examinés selon les circonstances imposées en l’espèce, étaient sanctionnés comme constituant une conduite déshonorante ou une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline, comme le prévoient les articles 93 et 129 de la LDN, respectivement.

III. Questions en litige

[6] L’appelante a exposé six motifs d’appel. Deux de ces motifs se rapportent à l’article 93 de la LDN :

[TRANSDUCTION]

a. The Military Judge erred in law in his interpretation of the elements of the offence for Disgraceful Conduct contrary to section 93 of the NDA; and

a. Le juge militaire a commis une erreur de droit dans son interprétation des éléments de l'infraction que doit entraîner une conduite déshonorante contraire à l'article 93 de la LDN;

b. The Military Judge erred in law in failing to consider the risk of harm in his analysis of Disgraceful Conduct contrary to section 93 of the NDA.

b. Le juge militaire a commis une erreur en ne tenant pas compte du risque de préjudice dans son analyse d'une conduite déshonorante contraire à l'article 93 de la LDN.

[7] One relates solely to the section 129 charges:

[7] Un motif se rapporte uniquement aux accusations au titre de l'article 129 :

[TRANSDUCTION]

d. The Military Judge erred in law by applying a test of certainty to the element of knowledge when considering s.129(2) of the NDA.

d. Le juge militaire a commis une erreur de droit en appliquant un critère de la certitude à l'élément de la connaissance lors de l'examen du paragraphe 129(2) de la LDN.

[8] Others apply to both the section 129 and section 93 charges:

[8] D'autres motifs s'appliquent à la fois aux accusations portées au titre des articles 129 et 93 :

[TRANSDUCTION]

c. The Military Judge erred in law in refusing to apply his experience and general service knowledge;

c. Le juge militaire a commis une erreur de droit en refusant de se fonder sur son expérience et ses connaissances militaires générales;

...

[...]

e. The Military Judge erred in concluding that there was no evidence that the accused's conduct tended to adversely affect good order and discipline; and

e. Le juge militaire a commis une erreur en concluant qu'il n'existait aucun élément de preuve selon lequel la conduite de l'accusé avait tendu à nuire au bon ordre et à la discipline;

f. The Military Judge erred in law in requiring evidence that the accused's conduct had an impact on other members of the unit in order to prove that the conduct was prejudicial to good order and discipline.

f. Le juge militaire a commis une erreur de droit en exigeant une preuve selon laquelle la conduite de l'accusé avait une incidence sur d'autres membres de l'unité pour prouver que la conduite était préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

IV. AnalysisIV. AnalyseA. *Standard of review*A. *Norme de contrôle*

[9] As noted in *R. v. Golzari*, 2017 C.M.A.R. 106 (*Golzari*) at paragraph 23: "[A]n error

[9] Comme le souligne l'arrêt *R. c. Golzari*, 2017 C.A.C.M. 106 (*Golzari*), au paragraphe 23 :

of law establishes this Court's jurisdiction under Section 230.1 of the NDA". The Notice of Appeal raises questions of law. The applicable standard of review is that of correctness.

B. Military experience and general service knowledge

[10] One of the issues that looms large in this case is the extent to which the Military Judge was entitled or obliged to use his military experience and general service knowledge, including whether the use of that experience and knowledge would amount to taking judicial notice. I am satisfied the Military Judge erroneously conflated the concept of judicial notice with the concept of applying his military experience and general service knowledge to make inferences. This conflation prevented him from conducting the proper analysis of the legal issues given his view that the Crown had failed to comply with the *Military Rules of Evidence*, C.R.C., c. 1049 (MRE), for taking judicial notice.

[11] In a prosecution under the NDA, there are specific rules of evidence, as set out in the MRE, governing circumstances which allow a military judge to take judicial notice. Those prerequisites were not followed in this case. The prosecutor did not ask the Military Judge to take judicial notice of anything. There appears to have been some confusion, by the Military Judge, as to what the prosecution was asking as it related to judicial notice compared to drawing inferences based upon his military experience and general service knowledge.

[12] The Military Judge made two distinct errors relating to his military experience and general service knowledge. The first, which relates primarily to his consideration of the charges under section 93 of the NDA, was to require that expert evidence be tendered to prove harm or the risk of harm. The second,

«[s]elon l'article 230.1 de la LDN, la Cour a compétence en cas d'erreur de droit. » L'avis d'appel soulève des questions de droit. La norme de contrôle applicable est la norme de la décision correcte.

B. Expérience militaire et connaissances militaires générales

[10] Une des questions en litige de grande importance en l'espèce est si le juge militaire était en droit ou était tenu de se fonder sur son expérience militaire ou ses connaissances militaires générales, y compris si l'utilisation de cette expérience et de ces connaissances équivaldrait à prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question. Je conclus que le juge militaire a confondu à tort le concept de connaissance judiciaire avec le concept consistant à mettre à profit son expérience militaire et ses connaissances militaires générales pour tirer des inférences. Cette confusion l'a empêché de mener une analyse pertinente des questions de droit puisque selon lui, la Couronne n'avait pas respecté les *Règles militaires de la preuve*, C.R.C., ch. 1049 (RMP) qui s'appliquent à la prise de connaissance judiciaire d'un fait ou d'une question.

[11] Dans des poursuites intentées au titre de la LDN, il existe des règles de la preuve précises, telles qu'elles sont énoncées dans les RMP, qui régissent les circonstances dans lesquelles un juge militaire est autorisé à prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question. Ces conditions n'ont pas été respectées en l'espèce. Le procureur de la poursuite n'a pas demandé au juge militaire de prendre judiciairement connaissance de quoi que ce soit. Il semble y avoir eu une certaine confusion de la part du juge militaire quant à ce que demandait la poursuite pour ce qui est de la connaissance judiciaire par rapport au fait de tirer des inférences fondées sur son expérience militaire et ses connaissances militaires générales.

[12] Le juge militaire a commis deux erreurs distinctes relativement à son expérience militaire et à ses connaissances militaires générales. La première erreur, qui a principalement trait à son examen des accusations portées en application de l'article 93 de la LDN, a été d'exiger qu'une preuve d'expert soit

which relates primarily to his consideration of the section 129 charges, was to fail to rely on his own experience and knowledge to determine whether the Respondent's conduct caused prejudice to good order and discipline, but to instead require either direct evidence or formal judicial notice. I will consider each error separately, together with the offence to which it is relevant.

C. Section 93 of the NDA

[13] Although the Military Judge made similar errors in relation to both sections of the NDA, the distinctions warrant separate comment even though there is, of necessity, some overlap and repetition.

[14] Each of the incidents, which the Military Judge had accepted as having occurred, gave rise to a charge pursuant to section 93 of the NDA and, in the alternative, separate charges pursuant to section 129 of the NDA. I will deal with section 93 of the NDA first. It states:

93. Every person who behaves in a cruel or disgraceful manner is guilty of an offence and on conviction is liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to less punishment.

[15] It is for the prosecution to prove beyond a reasonable doubt that the accused behaved in a cruel or disgraceful manner. For the purpose of this appeal, the issue is whether the actions of the Respondent were "disgraceful" within the context of section 93 of the NDA. I will first explain that "disgraceful conduct" requires assessment of the accused's conduct in its context. I will then explain that expert evidence is not required to prove disgraceful conduct, and that the military judge's expertise will usually be all that is needed to draw the necessary inferences.

présentée dans le but de prouver un préjudice ou un risque de préjudice. La deuxième erreur, qui a principalement trait à son examen des accusations portées en application de l'article 129, a été de ne pas se fonder sur son expérience ou ses connaissances pour décider si la conduite de l'intimé avait été préjudiciable au bon ordre et à la discipline, et de plutôt exiger une preuve directe ou une prise de connaissance judiciaire officielle. J'examinerai chaque erreur séparément, conjointement avec l'infraction à laquelle elle se rapporte.

C. Article 93 de la LDN

[13] Bien que le juge militaire ait commis des erreurs semblables en ce qui concerne les deux articles de la LDN, les différences justifient des remarques distinctes, même s'il existe nécessairement des chevauchements et des répétitions.

[14] Chacun des incidents, dont le juge militaire avait reconnu l'existence, a donné lieu à une accusation en application de l'article 93 de la LDN et, subsidiairement, à des accusations distinctes portées en application de l'article 129 de la LDN. J'aborderai d'abord l'article 93 de la LDN. Il est libellé ainsi :

93. Tout comportement cruel ou déshonorant constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, d'un emprisonnement de cinq ans.

[15] Il incombe à la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a eu un comportement cruel ou déshonorant. Aux fins du présent appel, la question en litige est de savoir si les actions de l'intimé étaient « déshonorantes » dans le contexte de l'article 93 de la LDN. Je vais d'abord expliquer que la norme de « conduite déshonorante » nécessite l'évaluation de la conduite de l'accusé dans son contexte. J'expliquerai ensuite qu'une preuve d'expert n'est pas requise pour établir l'existence d'une conduite déshonorante et que l'expertise du juge militaire est généralement tout ce qui est nécessaire pour tirer les inférences qui s'imposent.

(1) The standard of “disgraceful conduct”

[16] In *R. v. Boyle*, 2010 CMA 8, 7 C.M.A.R. 540 (*Boyle*), at paragraph 15, the court suggested that the “... law of disgraceful conduct is not well-settled”. But the court did not go on to provide guidance as to what the appropriate test was to establish disgraceful conduct under section 93 of the NDA. Since *Boyle*, military judges have been divided on whether accusations under section 93 of the NDA should be assessed by applying a “harm-based test” or whether a reasonable person would find the conduct “shockingly unacceptable”. In my view, it serves no useful purpose to parse words and create separate silos. Harm and unacceptability inform one another as to whether an incident is disgraceful. Context counts.

[17] Prior to 2012, one definition of the term “disgraceful” used by military judges was “shockingly unacceptable”. In *R. v. Buenacruz*, 2017 CM 4014, Military Judge, Commander Pelletier, reviewed decisions rendered before 2012, noting that there were various references to “shockingly unacceptable”, with added descriptors such as shameful, dishonorable and degrading, and references to actions being sudden, upsetting, surprising, inducing strong revulsion or profound indignation, and not satisfactory or allowable. Case law is consistent in holding that the issue of whether the actions of an accused were disgraceful was to be judged according to an objective assessment as to what a reasonable member of the military would consider disgraceful.

[18] A court martial must consider the context of the events in any incident, using its experience and general service knowledge to assess that incident. For example, there may be cases where courts martial are satisfied that comments are more in the nature of operational banter amongst seasoned veterans. Those same comments may be viewed under a different lens when, for example, the events involve a unit CO and young cadets. With that said, I do not, in

(1) La norme de « conduite déshonorante »

[16] Dans l’arrêt *R. c. Boyle*, 2010 CACM 8, 7 C.A.C.M. 540 (*Boyle*), au paragraphe 15, la Cour indique que « [...] le droit en matière de conduite déshonorante n’est pas solidement établi ». Toutefois, la Cour n’a pas donné par ailleurs d’indication quant au critère pertinent pour établir une conduite déshonorante selon l’article 93 de la LDN. Depuis l’arrêt *Boyle*, les juges militaires ont exprimé des opinions divergentes quant à la question de savoir si les accusations portées aux termes de l’article 93 de la LDN devraient être évaluées en appliquant un « test fondé sur le préjudice » ou si une personne raisonnable trouverait la conduite « scandaleusement inacceptable ». Selon moi, il n’est d’aucune utilité d’analyser des mots et de créer des cloisonnements. Pour ce qui est de savoir si un incident est déshonorant, les notions de préjudice et de caractère inacceptable sont complémentaires. Le contexte compte.

[17] Avant 2012, la définition du terme « déshonorant » utilisée par les juges militaires était « scandaleusement inacceptable ». Dans la décision *R. c. Buenacruz*, 2017 CM 4014, le commandant Pelletier, juge militaire, a examiné les décisions rendues avant 2012, soulignant qu’il existait plusieurs références à l’expression [TRADUCTION] « scandaleusement inacceptable », avec des qualificatifs comme honteux, déshonorable et dégradant, et des références à des actions soudaines, contrariantes, surprenantes et provoquant un fort dégoût ou une profonde indignation, insatisfaisantes ou inadmissibles. Dans la jurisprudence, il a toujours été affirmé que la question de savoir si les actions d’un accusé ont été déshonorantes devait être jugée selon une évaluation objective de ce qu’un militaire considérerait comme déshonorant.

[18] Une cour martiale doit examiner le contexte des événements de tout incident, en se fondant sur son expérience et ses connaissances militaires générales pour évaluer cet incident. Par exemple, il peut y avoir des cas où les cours martiales concluent que les commentaires relèvent davantage de l’ordre du badinage dans le cadre d’opérations entre vétérans chevronnés. Les mêmes commentaires peuvent être perçus sous un autre angle lorsque, par exemple, les événements

any way, suggest the incidents in question here would be acceptable no matter how seasoned the military members were.

[19] There have been a number of cases that discuss what must be proven before a conviction will be entered on a section 93 charge. The Military Judge who heard this matter at court martial level has dealt with a number of earlier trials involving section 93 charges. I refer for example to *R. v. Larouche*, 2012 CM 3009, where he applied a harm-based test (see also: *R. v. Morel*, 2014 CM 3011; *R. v. Lloyd-Trinque*, 2015 CM 3001; and *R. v. Jackson*, 2017 CM 3001).

[20] The Appellant suggests that the harm-based test is too restrictive, arguing that the proper test is whether a reasonable person would find the conduct shockingly unacceptable. It invites this Court to clarify the test to be applied in relation to a charge under section 93. The Supreme Court of Canada (SCC), in *R. v. Labaye*, 2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728 (*Labaye*), discussed the issue of harm in relation to a charge of indecency in the context of a charge under section 210.1 of the *Criminal Code* (keeping a “common bawdy-house”). The Military Judge appears to have applied that approach, holding that unless proof of harm is established, the Crown cannot prove its case under section 93 of the NDA. At paragraphs 25 and 26 of his reasons, he said:

[25] ... as well, described by Pelletier MJ in his decision on the verdict delivered in the fall of 2017 in the court martial *R. v. Buenacruz*, 2017 CM 4014 at paragraphs 80 to 83, in order to prove that the conduct of the accused was disgraceful, an objective test based on harm must be applied, which would include the following two steps:

touchent un cmdt d’unité et de jeunes cadets. Cela étant dit, je ne prétends aucunement que les incidents en question ici seraient acceptables, et ce, quel que soit le niveau d’expérience des militaires au moment des faits.

[19] Plusieurs affaires traitent de ce qui doit être prouvé avant de prononcer une déclaration de culpabilité relativement à une accusation en vertu de l’article 93. Le juge militaire qui a instruit la présente affaire en première instance a instruit de nombreux procès antérieurs dans lesquels des accusations étaient portées en application de l’article 93. Je fais référence, par exemple, à la décision *R. c. Larouche*, 2012 CM 3009, dans laquelle le juge militaire a appliqué un test fondé sur le préjudice (voir aussi les décisions *R. c. Morel*, 2014 CM 3011; *R. c. Lloyd-Trinque*, 2015 CM 3001 et *R. v. Jackson*, 2017 CM 3001).

[20] L’appelante indique que le test fondé sur le préjudice est trop restrictif, soutenant que le critère pertinent est de savoir si une personne raisonnable trouverait la conduite scandaleusement inacceptable. Elle invite la Cour à préciser le test à appliquer relativement à une accusation portée en application de l’article 93. Dans l’arrêt *R. c. Labaye*, 2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728 (*Labaye*), la Cour suprême du Canada (CSC) a abordé la question du préjudice en ce qui concerne une accusation d’indécence dans le contexte d’une accusation portée en application de l’article 210.1 du *Code criminel* (tenir une « maison de débauche »). Le juge militaire semble avoir adopté cette approche, estimant que, sauf si la preuve de préjudice est établie, la Couronne ne peut pas prouver ses allégations en vertu de l’article 93 de la LDN. Aux paragraphes 25 et 26 de ses motifs, il a dit :

[TRADUCTION]

[25] [...] et décrit par le commandant Pelletier, J. M., dans sa décision sur le verdict rendu à l’automne 2017 en cour martiale dans *Buenacruz J.N. (Warrant Officer)*, *R. v.*, 2017 CM 4014, aux paragraphes 80 à 83, pour prouver que la conduite de l’accusé était déshonorante, un test objectif fondé sur le préjudice doit être appliqué, ce qui comprendrait les étapes suivantes :

(a) First, by its nature, the conduct at issue causes harm or presents a significant risk of harm to individuals or society, which includes the Canadian Armed Forces, in a way that undermines or threatens to undermine a value reflected in and, thus, formally endorsed through the Constitution or similar fundamental laws of Canada; and

(b) Second, the harm or risk of harm is of a degree that is incompatible with the proper functioning of society which includes the Canadian Armed Forces.

[26] I would add that the purpose of such tests is to avoid the situation where the trier of facts, here, the military judge, uses his personal convictions to determine what is disgraceful or not, or to determine what are the moral values to make such determination.

[21] I agree that the issue of whether the actions of the Respondent were disgraceful must be determined on an objective standard. In seeking a conviction under section 93 of the NDA, the issue is whether the military judge, considering the perspective of a reasonable person with military experience and general service knowledge, is convinced beyond a reasonable doubt that the actions of the Respondent were disgraceful in the context of military community.

[22] Ultimately, what is required is a contextual assessment of the incidents from the perspective of the Canadian Armed Forces (CAF) and the military community. In some incidents, the contextual assessment must also involve consideration as to the manner by which the incidents might be viewed in the non-military community. As stated earlier, section 93 criminalizes actions that would not constitute crimes in non-military settings. The severity of the offence is reflected in the maximum penalty, which is imprisonment for a term not exceeding five years. That punishment alone suggests that the offences targeted are ones that do more than raise a level of discomfort, insult, or somewhat offend those in the military community. The term “shockingly unacceptable”, the use of which I have noted above, captures some incidents that could

a) D’abord, de par sa nature, la conduite en litige cause ou présente un risque appréciable de préjudice à des personnes ou à la société, ce qui comprend les Forces armées canadiennes, qui porte atteinte ou menace de porter atteinte à une valeur exprimée et donc reconnue officiellement dans la Constitution ou une autre loi fédérale fondamentale semblable;

b) Ensuite, le préjudice ou le risque de préjudice atteint un degré tel qu’il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société, ce qui comprend les Forces armées canadiennes.

[26] J’ajouterais que le but de tels tests est d’éviter une situation dans laquelle le juge des faits, en l’espèce le juge militaire, se fonde sur ses convictions personnelles pour déterminer ce qui est déshonorant ou non, ou pour décider des valeurs morales pour rendre une telle décision.

[21] Je conviens que la question de savoir si les actions de l’intimé étaient déshonorantes doit être tranchée selon une norme objective. En cherchant à obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l’article 93 de la LDN, la question de savoir si le juge militaire, compte tenu du point de vue d’une personne raisonnable ayant une expérience militaire et des connaissances militaires générales, est convaincu hors de tout doute raisonnable que les actions de l’intimé étaient déshonorantes dans le contexte de la communauté militaire.

[22] Enfin, ce qui est requis est une évaluation contextuelle des incidents du point de vue des Forces armées canadiennes (FAC) et de la communauté militaire. Dans certains incidents, l’évaluation contextuelle doit aussi comprendre un examen de la manière dont les incidents peuvent être perçus dans la communauté civile. Comme je l’ai mentionné précédemment, l’article 93 criminalise les actions qui ne constitueraient pas des crimes dans un environnement civil. La gravité de l’infraction est reflétée dans la peine maximale, soit l’emprisonnement pendant une durée ne dépassant pas cinq ans. Cette peine à elle seule indique que les infractions ciblées sont celles qui vont plus loin que de gêner, insulter ou quelque peu offenser les membres de la communauté militaire. Le terme [TRADUCTION] « scandaleusement inacceptable », dont j’ai mentionné

attract a charge under section 93, but is only part of a contextual assessment.

[23] Harm or risk of harm is also but one part of the context—it simply informs the analysis. In the case at bar, the first incident, as already noted, involved a highly charged explicit sexual comment made to an 18-year-old cadet in the presence of a civilian instructor who had been invited to watch. The personal attributes of those involved are relevant to the contextual assessment. Here, the incident occurred when the Respondent was the unit CO at a time the complainant was applying to be a CIC officer. There are a number of potential types of harm that may flow from that type of exchange. Namely, the harm to the young person and the harm to the institution (CAF). There is also a risk of harm to other persons hearing that this is what a CIC officer should come to expect as they progress through the ranks of the CAF. The list could go on.

[24] A court martial should also consider the alleged purpose for which the statements were made in the circumstances. In some cases, the end result may justify the means. For example, how hard a training officer may push his or her troops is to be considered in light of the objective he or she is attempting to achieve. Non-military observers may judge the training as cruel, whereas a training officer may appropriately respond by saying, “I am doing it this way to try and save their lives in the theatre of war, and to that end, it is not cruel”.

[25] In addition to “shockingly unacceptable”, there are many other descriptions that capture the essence of what is meant by the term disgraceful. In some cases, any reasonable person might consider an incident as being disgraceful, saying, “I know disgraceful when I see it”. However, the application of an objective standard can never be that simple.

l’utilisation ci-dessous, englobe certains incidents qui pourraient commander une accusation en vertu de l’article 93, mais ne constitue qu’une partie d’une évaluation contextuelle.

[23] Le préjudice ou le risque de préjudice n’est en outre qu’un seul aspect du contexte, il éclaire simplement l’analyse. En l’espèce, le premier incident, tel que cela a déjà été indiqué, concernait un commentaire à connotation sexuelle très explicite formulé à l’endroit d’une cadette de 18 ans en présence d’un instructeur civil invité à participer. Les attributs personnels des personnes touchées ont de l’importance pour l’évaluation contextuelle. En l’espèce, l’incident a eu lieu lorsque l’intimé était le cmdt de l’unité au moment où la plaignante a présenté une demande pour devenir un officier du CIC. Un certain nombre de types de préjudices potentiels peut découler de ce genre d’échange. À savoir, le préjudice causé à une jeune personne et le préjudice causé à l’institution (FAC). Il existe également un risque de préjudice causé à d’autres personnes qui penseraient que c’est ce à quoi doit s’attendre un officier du CIC en gravissant les échelons des FAC. La liste pourrait être longue.

[24] Une cour martiale devrait aussi prendre en compte des fins alléguées auxquelles les déclarations ont été faites dans les circonstances. Dans certains cas, la fin peut justifier les moyens. Par exemple, l’intensité avec laquelle un agent de formation peut pousser ses troupes est prise en considération, compte tenu de l’objectif qu’il souhaite atteindre. Des observateurs civils peuvent juger la formation cruelle, tandis qu’un agent de formation peut répondre de manière appropriée en disant « j’agis de cette manière pour essayer de sauver des vies en situation de guerre, et à cette fin, ce n’est pas cruel ».

[25] Outre le terme [TRADUCTION] « scandaleusement inacceptable », de nombreuses autres descriptions saisissent l’essence du sens du terme « déshonorant ». Dans certains cas, une personne raisonnable peut considérer qu’un incident est déshonorant en disant « Je sais reconnaître un comportement déshonorant. » Toutefois, l’application d’une norme objective n’est jamais aussi simple.

[26] Whether incidents are disgraceful are not to be determined by considering harm as a separate issue. That is to say, there are not two separate silos, one for “shockingly unacceptable” conduct and one for consequences related to “harm or risk of harm”. Whether something is shockingly unacceptable can be informed by the nature of the harm. The more severe the harm or risk of harm, the more likely something is to bring disgrace to the CAF. Conversely, the more shockingly unacceptable an incident is in light of CAF operational and military community norms, the less is required on the scale of harm assessment.

[27] I offer an example as to how context can inform the inquiry. It is unacceptable, though not necessarily shockingly so, for a person to point an unloaded revolver at another and pull the trigger, even after it has been checked to ensure that it is not loaded. It would, however, be shockingly unacceptable to take that same revolver, insert one live round, point it and pull its trigger in a Russian roulette fashion. That incident is not to be judged based on whether the gun fired. Rather, it is to be judged based on the risk of harm combined with the other surrounding circumstances. It can be either the “harm” or “the risk of harm” that informs the assessment as to whether the action was shockingly unacceptable/disgraceful in the context of a section 93 of the NDA charge.

[28] To extend the analogy further, I note that a military judge is expected to judge cases by applying his or her experience and general service knowledge. It may be that a military judge would find both incidents, taken in the military context, shockingly unacceptable/disgraceful, even though the risk of harm in the first instance was minimal. In a non-military context, perhaps not so. This is why it is important to have military judges involved in this process; the experience and general service knowledge they bring to the military justice system is pivotal. In my view, as I will explain,

[26] Le caractère déshonorant des incidents n’est pas déterminé en examinant le préjudice comme une question distincte. C’est-à-dire, il n’existe pas deux cloisonnements distincts, un pour une conduite « scandaleusement inacceptable » et l’autre pour les conséquences d’un « préjudice ou risque de préjudice ». Que quelque chose soit scandaleusement inacceptable peut être déterminé par la nature du préjudice. Plus le préjudice ou le risque de préjudice est grave, plus un événement est susceptible de jeter l’opprobre sur les FAC. Au contraire, plus un incident est scandaleusement inacceptable compte tenu des normes opérationnelles des FAC et de la communauté militaire, moins une évaluation approfondie du préjudice est requise.

[27] Je donne un exemple de la manière dont le contexte peut éclairer l’enquête. Il est inacceptable, bien que cela ne soit pas nécessairement scandaleusement inacceptable, qu’une personne braque un revolver non chargé sur quelqu’un et appuie sur la gâchette, même après vérifier qu’il n’était pas chargé. Toutefois, il sera scandaleusement inacceptable de prendre ce même revolver, d’insérer une cartouche, de le braquer et d’appuyer sur la détente, comme à la roulette russe. Cet incident ne doit pas être jugé selon qu’un coup de feu ait été tiré ou non. Il faut plutôt juger l’incident selon le risque de préjudice conjugué à d’autres circonstances de l’espèce. Le [TRADUCTION] « préjudice » ou le [TRADUCTION] « risque de préjudice » qui éclairent l’évaluation quant à savoir si l’action était scandaleusement inacceptable ou déshonorante dans le contexte d’une accusation portée en vertu de l’article 93 de la LDN.

[28] Pour aller plus loin dans l’analogie, je remarque qu’on s’attend à ce qu’un juge militaire juge une affaire en se fondant sur son expérience et ses connaissances militaires générales. Un juge militaire conclurait peut-être que les deux incidents, compte tenu du contexte militaire, étaient scandaleusement inacceptables ou déshonorants, même si le risque de préjudice dans la première affaire était minime. Dans un contexte civil, peut-être pas. C’est pourquoi il est très important que des juges militaires prennent part au processus; l’expérience et les connaissances militaires générales

a military judge is best placed to make that determination in the context of the CAF and the NDA.

- (2) Was expert evidence required to prove harm or risk of harm in this case?

[29] In *Labaye*, above, the SCC discussed the issue of harm in respect of whether the actions of the accused were indecent. Namely, the SCC asserted the need for expert evidence on the issue of harm, suggesting that in most cases expert evidence would be necessary to prove harm or risk of harm. The Respondent argues that in the absence of expert evidence as to harm or risk of harm, the Military Judge was right to enter an acquittal. I disagree.

[30] There are some things which reasonable persons in a military or civilian community could find harmful without the need for expert evidence. I say this while recognizing that harm comes in many forms. In *Labaye*, the issue of harm was considered relative to the issue of physical or psychological harm caused to participants or observers by the sexual activity in question. In the case at bar, the issue is disgraceful conduct. Persons in the military community are well equipped to evaluate the issue of disgraceful conduct in the context of the CAF without the necessity of expert witnesses. The issue in this case goes to whether the conduct under review tarnished the CAF as an institution to the point that a military judge would find it disgraceful.

[31] There are some cases where no expert evidence is required. In those cases, the admission of expert evidence would be proscribed by the rules governing the admissibility of expert evidence. If a reasonable military member was as well-equipped as an expert to make an objective determination on the issue of disgraceful conduct, an expert could do nothing more

dont ils font bénéficier le système de justice militaire sont cruciales. Selon moi, comme je vais l'expliquer, un juge militaire est le mieux placé pour prendre cette décision dans le contexte des FAC et de la LDN.

- (2) Une preuve d'expert était-elle requise pour prouver un préjudice ou un risque de préjudice en l'espèce?

[29] Dans l'arrêt *Labaye*, précité, la CSC a abordé la question du préjudice pour savoir si les actions de l'accusé étaient indécentes. En l'occurrence, la CSC a fait valoir la nécessité d'une preuve d'expert sur la question du préjudice, indiquant que dans la plupart des cas, une preuve d'expert serait nécessaire pour prouver un préjudice ou un risque de préjudice. L'intimé affirme qu'en l'absence de preuve d'expert sur le préjudice ou le risque de préjudice, le juge militaire a eu raison de prononcer un verdict d'acquiescement. Je suis en désaccord.

[30] Il y a certaines choses que des personnes raisonnables au sein d'une communauté militaire ou civile pourraient trouver préjudiciables sans qu'une preuve d'expert soit nécessaire. Je dis cela tout en reconnaissant que le préjudice prend plusieurs formes. Dans l'arrêt *Labaye*, la question du préjudice a été examinée par rapport à la question du préjudice psychologique ou physique causé par l'activité sexuelle en question aux participants ou aux observateurs. En l'espèce, la question en litige concerne une conduite déshonorante. Les membres de la communauté militaire sont bien formés pour évaluer une conduite déshonorante dans le contexte des FAC sans qu'il soit nécessaire de se tourner vers des témoins experts. La question en litige en l'espèce est de savoir si la conduite en question a entaché les FAC en tant qu'institution, à tel point qu'un juge militaire conclurait qu'elle est déshonorante.

[31] Dans certains cas, une preuve d'expert n'est pas nécessaire. Dans ces cas, l'admission d'une preuve d'expert serait interdite par les règles régissant l'admissibilité de la preuve d'expert. Si un militaire raisonnable a été bien formé comme expert pour prendre une décision objective relativement à la question d'une conduite déshonorante, un expert ne pourrait rien

than opine on the ultimate issue. That goes beyond offering assistance in an area that is beyond the knowledge of a reasonable person (*R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at pages 21 and 24).

[32] As I have said, the Military Judge referenced *Labaye* and the discussion therein about criminal indecency and the need for expert evidence. In *Labaye*, the SCC said (at paragraph 60):

[60] ... The judge and jurors are generally unlikely to be able to gauge the risk and impact of the harm, without assistance from expert witnesses. To be sure, there may be obvious cases where no one could argue that the conduct proved in evidence is compatible with the proper functioning of society, obviating the need for an expert witness. To kill in the course of sexual conduct, to take an obvious example, would on its face be repugnant to our law and the proper functioning of society. But in most cases, expert evidence will be required to establish that the nature and degree of the harm makes it incompatible with the proper functioning of society.

[33] I am satisfied that *Labaye* is to be distinguished from the present case. Much of *Labaye* involved the consideration of a case where consenting adults were engaging in sexual activity. It occurred in a club setting. The issue was whether it was indecent as defined by the *Criminal Code*. The Supreme Court assessed the issue of indecency in the context of considering how that type of activity might cause harm. It proceeded in this manner because the issue of harm had the potential to inform the question of indecency. The Supreme Court was not satisfied that, in the absence of expert evidence, the Crown was able to prove how the acts in question harmed those who participated in the activities. Harm was but one factor informing the issue of whether the activities that occurred in the club were indecent.

[34] The purpose of expert evidence is not to delegate the court's decision-making function on the ultimate issue. Rather, its purpose is to assist the trier of fact by giving him or her the tools necessary to

faire de plus que de se prononcer sur la question fondamentale de l'affaire. Cela va plus loin qu'offrir de l'aide dans un domaine qui dépasse les connaissances d'une personne raisonnable (*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, aux pages 21 et 24).

[32] Comme je l'ai dit, le juge militaire a fait référence à l'arrêt *Labaye* et à la discussion qui y est tenue sur l'indécence criminelle et la nécessité d'une preuve d'expert. Dans l'arrêt *Labaye*, la CSC a déclaré ce qui suit (au paragraphe 60) :

[60] [...] En général, il est peu probable que le juge et les jurés soient en mesure d'apprécier le risque de préjudice et ses conséquences sans l'aide des témoins experts. Certes, des cas évidents peuvent survenir où il est impossible de prétendre que la conduite établie par la preuve est compatible avec le bon fonctionnement de la société, ce qui éliminera la nécessité de recourir à un témoin expert. Le fait de tuer quelqu'un au cours de rapports sexuels, pour donner un exemple évident, répugne en soi à notre droit et au bon fonctionnement de notre société. Mais dans la plupart des cas, une preuve d'expert sera requise pour établir que la nature et le degré du préjudice le rendent incompatible avec le bon fonctionnement de la société.

[33] J'estime qu'il faut établir une distinction entre l'arrêt *Labaye* et la présente espèce. La majorité de l'arrêt *Labaye* concernait l'examen d'une affaire où des adultes consentants s'adonnaient à une activité sexuelle. Cela s'est passé dans un club. La question en litige était de savoir si l'activité était indécente au sens du *Code criminel*. La CSC a évalué la question de l'indécence dans le cadre de l'examen de la manière dont ce type d'activité peut causer un préjudice. Elle a agi ainsi, car la question du préjudice pouvait éclairer la question de l'indécence. La CSC n'a pas estimé qu'en l'absence de preuve d'expert, la Couronne était en mesure de prouver comment les actes en question avaient causé un préjudice aux participants aux activités. Le préjudice n'était qu'un facteur pertinent en ce qui concerne la question de savoir si les activités ayant eu lieu dans le club étaient indécentes.

[34] Le but de la preuve d'expert n'est pas de déléguer la fonction décisionnelle de la Cour sur la question fondamentale. Son but est plutôt d'aider le juge des faits en lui donnant les outils nécessaires pour

understand the issues beyond their knowledge and experience, upon which they are required to pass judgment. It was not necessary that the Military Judge receive expert evidence on the issue of whether the conduct of the Respondent was disgraceful within the military context. Within the military context, the Military Judge is the expert on the issue of disgraceful conduct. That is one of the reasons why military judges play an essential role in judging cases such as this one, where there is no equivalent charge outside the NDA.

(3) Application to this case

[35] I now turn to the inquiry conducted by the Military Judge in the case under appeal. As it relates to the section 93 charge, the Military Judge erred in law by only considering how the incidents affected the complainant. He determined that the consequences or impact on the complainant were minimal and focused on that as he rendered a verdict of not guilty. The Military Judge failed to consider, from a broader perspective, whether it was appropriate that a CO should be conditioning a cadet, or others in the CAF, to expect or accept such explicit sexually charged comments from a senior officer or that such comments have any place in the CAF. The issue is whether, considering the relevant contextual factors, the incidents bring disgrace to the CAF. The Military Judge did not consider that issue.

[36] It may be worth comparing the events in question to similar events in a non-military context. How would a similar factual situation be viewed in a high school or college setting with a student and teacher? Would it bring disgrace to those institutions if they were to condone or ignore that type of exchange between a student and instructor?

[37] A next step might be to then ask; if it is disgraceful in a school context, is it more or less disgraceful in the military context? That last question is to be

comprendre les questions échappant à ses connaissances et à son expérience sur lesquelles il doit émettre un jugement. Il n'était pas nécessaire que le juge militaire obtienne une preuve d'expert sur la question de savoir si la conduite de l'intimé était déshonorante dans le contexte militaire. Dans le contexte militaire, le juge militaire est l'expert sur la question de la conduite déshonorante. C'est l'une des raisons pour lesquelles les juges militaires jouent un rôle essentiel dans le jugement d'affaire comme celle en l'espèce, où il n'y a aucune accusation équivalente portée en dehors de l'application des dispositions de la LDN.

(3) Application en l'espèce

[35] Je me penche à présent sur l'enquête menée par le juge militaire dans le dossier en appel. En ce qui a trait à l'accusation portée en application de l'article 93, le juge militaire a commis une erreur de droit en prenant uniquement en compte les répercussions des incidents sur la plaignante. Il a jugé que les conséquences ou les répercussions sur la plaignante étaient minimes et c'est sur quoi il a mis l'accent en rendant un verdict de non-culpabilité. Le juge militaire n'a pas examiné si, d'un point de vue plus général, il était approprié qu'un cmdt conditionne un cadet (ou d'autres au sein des FAC) à s'attendre à de tels commentaires à connotation sexuelle explicites de la part d'un officier supérieur, ou qu'il le conditionne à s'attendre à ce que des tels commentaires aient une place dans les FAC. La question en litige est de savoir si, compte tenu des facteurs contextuels pertinents, les incidents jettent l'opprobre sur les FAC. Le juge militaire n'a pas examiné cette question.

[36] Il peut être utile de comparer les événements en cause à des événements semblables dans un contexte civil. Comment une situation factuelle semblable serait-elle perçue dans le cadre d'une école secondaire ou d'un collège entre un étudiant et un professeur? Si on excusait ou faisait fi de ce type d'échange entre un étudiant et un instructeur, cela jetterait-il l'opprobre sur ces institutions?

[37] On pourrait ensuite se poser la question suivante : si un tel échange est déshonorant dans le contexte scolaire, l'est-il plus ou moins dans le contexte militaire?

addressed, keeping in mind, as I said above, what the Military Judge brings with him or her in terms of experience and general service knowledge. That experience and service knowledge will uniquely equip him or her to make the determination in the context of the CAF community as viewed by themselves and as viewed by others.

[38] I note that the Military Judge used phrases like “awkward” and “embarrassing” in referring to the fact that the complainant understood there was context or purpose for using such words to communicate a message. The Military Judge states:

[36] ... Clearly the victim of those remarks got the intended message by the use of those words in the context described, but clearly also felt embarrassed ...

[37] ... She [the complainant] is the one who told the court the meaning of the message intended behind these very awkward comments.

[38] Concerning the first incident, the message was to get used to that type of language if you become a CIC officer and, she told the court that during the second incident, the purpose of the message was to calm down, to stop panicking.

[39] Feelings of embarrassment or awkwardness cannot be the bellwether upon which to found a conviction or an acquittal under section 93. This case is about a much larger issue than how the complainant responded to the words used. It is about what these incidents say about the CAF. That is, the harm or potential harm to the CAF. Do the incidents bring disgrace to the Respondent; do they bring disgrace upon the CAF? How does or could it impact the military community? How the complainant acted or reacted is not determinative of that issue. Similarly, how other cadets or civilian bystanders reacted, or may have reacted, is not determinative.

Cette dernière question doit être abordée, en gardant à l'esprit, comme je l'ai indiqué ci-dessus, ce qu'apporte le juge militaire en termes d'expérience et de connaissances militaires générales. Cette expérience et ces connaissances militaires générales le prépareront à prendre des décisions dans le contexte de la communauté des FAC telles qu'elles se voient et telles qu'elles sont perçues de l'extérieur.

[38] Je souligne que le juge militaire a utilisé des expressions comme [TRADUCTION] « délicat » et [TRADUCTION] « gênant » en faisant référence au fait que la plaignante avait compris qu'il existait un contexte ou un but quant à l'utilisation de tels mots pour transmettre un message. Le juge militaire a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

[36] [...] La victime de ces remarques a compris le message visé grâce à l'utilisation des mots dans le contexte décrit, mais elle a aussi clairement été gênée [...]

[37] [...] Elle [la plaignante] est celle qui a indiqué à la Cour la signification du message visé derrière ces commentaires très délicats.

[38] Concernant le premier incident, le message était de s'habituer à ce genre de propos si l'on souhaite devenir un officier du CIC; elle a dit à la Cour que lors du deuxième incident, le message visait à calmer, à faire cesser la panique.

[39] La gêne ou le caractère délicat ne peuvent pas être le baromètre à partir duquel justifier une déclaration de culpabilité en vertu de l'article 93. La présente affaire est une question bien plus vaste que la manière dont la plaignante a réagi aux mots utilisés. Il s'agit de ce que ces incidents disent à propos des FAC. En d'autres termes, le préjudice ou le préjudice potentiel causé aux FAC. Ces incidents jettent-ils l'opprobre sur l'intimé ou sur les FAC? Ont-ils ou pourraient-ils avoir des répercussions sur la communauté militaire? La manière dont la plaignante a agi ou réagi n'est pas déterminante. De même, la manière dont d'autres cadets ou des passants civils ont réagi ou pourraient avoir réagi n'est pas déterminante.

[40] The Appellant urged on appeal that laws, regulations and directives, instructions, core doctrine and military customs applicable to the CAF are instructive when assessing whether the incidents bring disgrace upon the CAF. While materials such as the *Queen's Regulations & Orders for the Canadian Forces* (QR&O) and published Codes of Values and Ethics are helpful, they do not dictate the limits of what may be found to be cruel or disgraceful under section 93 of the NDA. The latter is broad in its application and meaning and may well encompass conduct that falls outside the various QR&O as they exist from time to time. That is the case here.

[41] There was no *Cadet Administrative and Training Order* (CATO) that proscribed what was done at the relevant time. Perhaps to state this more accurately, the prosecution could not prove that the Respondent had knowledge of any such order, nor did it need to do so.

[42] This case involved a young cadet, or CIC, hearing these comments from a CO. The Military Judge simply failed to address the broader question as to whether the incidents were disgraceful in the military context. That constitutes an error in law.

[43] In my view the appeals from the acquittals on both section 93 charges should be allowed and the matters remitted to a different military judge for retrial.

D. Section 129 of the NDA

[44] The appeal also involves two acquittals of accusations pursuant to section 129 of the NDA. Although many of the observations made by me in the section 93 analysis overlap, I am satisfied the issues differ slightly in relation to the section 129 charges. Separate consideration is warranted, even at the risk of repetition.

[40] L'appelante a fait valoir en appel que les lois, les règlements et les directives, les instructions, la doctrine centrale et les coutumes militaires applicables aux FAC sont instructifs lorsqu'il s'agit d'évaluer si les incidents jettent l'opprobre sur les FAC. Bien que des documents comme les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC) et aux codes de valeurs et d'éthique publiés soient utiles, ils ne définissent pas les limites de ce qui peut être jugé cruel ou déshonorant aux termes de l'article 93 de la LDN. Les codes de valeurs et d'éthique ont une application et un sens généraux et peuvent inclure une conduite non visée par les ORFC divers, tels qu'ils existent de temps à autre. Or, c'est le cas en l'espèce.

[41] Aucune *Ordonnance sur l'administration et l'instruction des cadets* (OAIC) n'interdisait ce qui a eu lieu au moment en cause. Plus précisément, la poursuite n'a pas pu prouver que l'intimé connaissait une pareille ordonnance et elle n'avait pas non plus besoin de le faire.

[42] Cette affaire portait sur une jeune cadette, ou le CIC, qui a entendu ces commentaires formulés par un cmdt. Le juge militaire n'a tout simplement pas abordé la question plus large de savoir si les incidents étaient déshonorants dans le contexte militaire. C'était une erreur de droit.

[43] Selon moi, les appels à l'encontre des acquittements relatifs à des accusations portées en application de l'article 93 devraient être accueillis et les affaires renvoyées à un autre juge militaire pour la tenue d'un nouveau procès.

D. Article 129 de la LDN

[44] L'appel concerne aussi deux acquittements liés à des accusations en application de l'article 129 de la LDN. Même si plusieurs des observations que j'ai faites dans l'analyse de l'article 93 se chevauchent, j'estime que les questions en litige diffèrent légèrement en ce qui a trait aux accusations portées en application de l'article 129. Un examen distinct est justifié, même au risque de se répéter.

(1) Conduct to the prejudice of good order and discipline

[45] The particulars of both section 129 charges are as follows:

CONDUCT TO THE PREJUDICE OF GOOD ORDER AND DISCIPLINE

In that he, on a Sunday afternoon between November 2012 and March 2013, while on duty as the Commanding Officer of 148 Royal Canadian Army Cadet Corps, at Queen Charlotte Armouries in Charlottetown, Prince Edward Island, stated to [the complainant] “want to fuck me on the desk” or words to that effect, contrary to Cadet Administrative and Training Order 13-24 *Harassment Prevention and Resolution* ...

...

In that he, in May 2015, in Montreal, Quebec, on a return trip from Ottawa, Ontario to Charlottetown, Prince Edward Island, while on duty as the Commanding Officer of 148 Royal Canadian Army Cadet Corps, stated to [the complainant] “want to fuck?” or words to that effect, contrary to Cadet Administrative and Training Order 13-24 *Harassment Prevention and Resolution* ...

[46] The Crown has a number of ways to prove an offence under section 129 of the NDA. Firstly, provided the Crown can prove an accused has notice of what, in this case, was a CATO 13-24, the Crown will have proven prejudice if the Military Judge was satisfied that the actions of the accused contravened the CATO. Proof of notice must be beyond a reasonable doubt. The Military Judge found that, although the accused probably had notice, it was not proven beyond a reasonable doubt. Secondly, the Crown can prove the offence was committed if there is actual evidence of prejudice to “good order and discipline” based on objective criteria of prejudice or likelihood of prejudice. In this case, the Military Judge concluded there was insufficient evidence of prejudice and acquitted the accused. He found that any disruption of good

(1) Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline

[45] Voici les détails des accusations portées en application de l’article 129 :

CONDUITE PRÉJUDICIABLE AU BON ORDRE ET À LA DISCIPLINE

Du fait que, un dimanche après-midi entre novembre 2012 et mars 2013, alors qu’il était en service en tant que commandant du corps de cadets royaux de l’Armée canadienne 148 au Manège militaire Queen Charlotte à Charlottetown (Île-du-Prince-Édouard), il a dit à [la plaignante] [TRADUCTION] « tu veux me baiser sur le bureau » ou des mots de ce genre, contraires à l’Ordonnance sur l’administration et l’instruction des cadets 13-24, *Prévention et résolution du harcèlement* [...]

[...]

Du fait que, en mai 2015 à Montréal (Québec), alors qu’il était sur le trajet retour d’Ottawa (Ontario) à Charlottetown (Île-du-Prince-Édouard) en service en tant que commandant du corps de cadets royaux de l’Armée canadienne 148, il a dit à [la plaignante] [TRADUCTION] « tu veux baiser » ou des mots de ce genre, contraires à l’Ordonnance sur l’administration et l’instruction des cadets 13-24, *Prévention et résolution du harcèlement* [...]

[46] La Couronne a plusieurs moyens de prouver une infraction aux termes de l’article 129 de la LDN. Tout d’abord, à condition que la Couronne puisse prouver qu’un accusé a connaissance, en l’espèce, de ce qu’était l’OAIC 13-24, la Couronne aura prouvé un préjudice si le juge militaire s’est dit convaincu que les actions de l’accusé étaient contraires à l’OAIC. Une preuve de connaissance doit être hors de tout doute raisonnable. Le juge militaire a conclu que, même si l’accusé en avait probablement eu connaissance, cela n’a pas été prouvé hors de tout doute raisonnable. Deuxièmement, la Couronne peut prouver que l’infraction a été commise s’il existe une véritable preuve de préjudice « au bon ordre et à la discipline » fondée sur un critère objectif de préjudice ou une probabilité de préjudice. En l’espèce, le juge militaire a conclu

order and discipline was due to the accused's being replaced rather than the incidents themselves.

[47] The operation of section 129 of the NDA is explained in *R. v. Tomczyk*, 2012 CMAC 4, 7 C.M.A.R. 669 (*Tomczyk*), as follows (at paragraphs 24 and 25):

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

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

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

[48] As I noted in relation to my section 93 analysis, the words uttered by the Respondent in the circumstances would not constitute a criminal offence under the *Criminal Code*. They are only criminalized if they meet the requirements for a conviction under the provisions of the NDA, including section 129.

qu'il n'y avait pas suffisamment de preuve de préjudice et a acquitté l'accusé. Il a conclu que tout trouble du bon ordre et de la discipline était le fait du remplacement de l'accusé plutôt que les incidents mêmes.

[47] Dans l'arrêt *R. c. Tomczyk*, 2012 CACM 4, 7 C.A.C.M. 669 (*Tomczyk*), l'application de l'article 129 de la LDN est expliquée ainsi (aux paragraphes 24 et 25) :

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

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

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

[48] Comme je l'ai mentionné relativement à mon analyse de l'article 93, les mots prononcés par l'intimé dans les circonstances ne constitueraient pas une infraction criminelle aux termes du *Code criminel*. Ils ne sont criminalisés que s'ils cadrent avec les exigences liées à une déclaration de culpabilité en application des dispositions de la LDN, y compris l'article 129.

(2) Proof of prejudice and judicial notice

[49] In his analysis, the Military Judge considered whether the evidence satisfied him that the words and actions of the Respondent caused harm, or risk of harm under section 129 resulting in a prejudice to good order and discipline. He referred to the burden on the Crown and concluded:

[47] ... There is no evidence on the impact to members of the unit or other officers. I do not deny that there is evidence that impacted on [the complainant], but there is no impact described by anybody about what his conduct had on the unit, on other officers or any evidence that he intended to do so. Mainly what the Court understood, what caused the main disturbance at the unit was the fact that Captain Bannister was removed and replaced.

[50] The Appellant says the Military Judge erred in not using his military experience and general service knowledge to determine that the actions of the Respondent constituted conduct to the prejudice of good order and discipline. The Appellant contends that the Military Judge erred by concluding that a military judge can only use his or her experience and general service knowledge to assess “prejudice to good order and discipline” if judicial notice is requested by the prosecution.

[51] The Military Judge said he agreed with the comments of Military Judge, Commander Sukstorf, as expressed in *R. v. Rollman*, 2017 CM 2005 (*Rollman*). In this case, it appears the Military Judge conflated the concepts of judicial notice and inferential reasoning. In *Rollman*, Sukstorf, MJ, said the Crown must prove the element of prejudice beyond a reasonable doubt. Without the benefit of the deeming provision found in subsection 129(2) of the NDA, there must be proof beyond a reasonable doubt, of actual prejudice (*Tomczyk*, above; *R. v. Winters*, 2011 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 546; *R. v. Jones*, 2002 CMAC 11, 6

(2) Preuve de préjudice et connaissance judiciaire

[49] Dans son analyse, le juge militaire a examiné si la preuve le convainquait du fait que les mots et les actions de l'intimé avaient causé un préjudice ou un risque de préjudice aux termes de l'article 129, entraînant un préjudice au bon ordre et à la discipline. Il a fait référence au fardeau qui incombe à la Couronne pour conclure :

[TRADUCTION]

[47] [...] Il n'y a aucune preuve des répercussions sur les membres de l'unité ou d'autres officiers. Je ne nie pas qu'il existe une preuve ayant eu des répercussions sur [la plaignante], mais personne n'a décrit aucune répercussion de sa conduite sur l'unité, les autres officiers et il n'y a pas non plus de preuve qu'il a eu l'intention d'agir ainsi. Ce que la Cour a essentiellement compris; ce qui a essentiellement troublé l'unité est le fait que le capitaine Bannister ait été exclu et remplacé.

[50] L'appelante dit que le juge militaire a commis une erreur en ne se fondant pas sur son expérience militaire et ses connaissances militaires générales pour déterminer si les actions de l'intimé constituaient une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline. L'appelante prétend que le juge militaire a commis une erreur en concluant qu'un juge militaire peut seulement se fonder sur son expérience et ses connaissances militaires générales pour évaluer un [TRADUCTION] « préjudice au bon ordre et à la discipline » si une connaissance judiciaire est demandée par la poursuite.

[51] Le juge militaire a dit être d'accord avec les commentaires du commandant Sukstorf, juge militaire, tels qu'elle les a exprimés dans la décision *R. c. Rollman*, 2017 CM 2005 (*Rollman*). En l'espèce, il semble que le juge militaire ait confondu les concepts de connaissance judiciaire et de raisonnement par inférence. Dans la décision *Rollman*, la juge militaire Sukstorf a dit que la Couronne devait prouver l'élément de préjudice hors de tout doute raisonnable. Sans le bénéfice de la disposition déterminative figurant au paragraphe 129(2) de la LDN, il doit y avoir une preuve hors de tout doute raisonnable d'un réel

C.M.A.R. 293 (*Jones*), at paragraph 7). I agree that prejudice must be proven to the criminal standard.

[52] While the Military Judge referred to, and said he accepted the comments in *Golzari*, above, his conflation of the concepts of judicial notice and application of experience and general service knowledge to make inferences, led to confused reasoning. As a consequence, he denied himself the opportunity to employ inferential reasoning as it relates to the issue of prejudice.

[53] In *Golzari*, Justice Mosley referenced *Jones* by saying (at paragraphs 76 and 77):

[76] However, a close reading of *Jones* demonstrates that the Court was careful to emphasize that prejudice need not be confined to a physical manifestation of injury to good order and discipline. At paragraph 7, the Court stated:

Proof of prejudice can, of course, be inferred from the circumstances if the evidence clearly points to prejudice as a natural consequence of the proven act. The standard of proof is, however, proof beyond a reasonable doubt.

[77] This language suggests that prejudice will be proven, beyond a reasonable doubt, so long as the totality of the circumstances supports the finding that the conduct in question would *likely* result in prejudice to good order and discipline. Since the Court in *Jones* left the window open to *infer* prejudice from the circumstances, I agree with the Appellant that “prejudice” encapsulates conduct that “tends to” or is “likely to” result in prejudice.

[54] I adopt the comments of Mosley J.A. as being the correct statement of the law. Justice Mosley went on to discuss the meaning of “prejudice” as set out in section 129 of the NDA:

préjudice (*Tomczyk*, précitée; *R. c. Winters*, 2011 CACM 1, 7 C.A.C.M. 546; *R. c. Jones*, 2002 CACM 11, 6 C.A.C.M. 293 (*Jones*), au paragraphe 7). Je suis d'accord pour dire que le préjudice doit être prouvé suivant la norme en matière criminelle.

[52] Bien que le juge militaire ait fait référence à l'arrêt *Golzari* et dit qu'il en approuvait les commentaires, le fait qu'il ait confondu les concepts de connaissance judiciaire et d'application de l'expérience et de connaissances militaires générales pour tirer des inférences a donné lieu à un raisonnement embrouillé. Par conséquent, il ne s'est pas donné la possibilité de faire un raisonnement par inférence en ce qui concerne la question du préjudice.

[53] Dans l'arrêt *Golzari*, le juge Mosley a fait référence à l'arrêt *Jones* en disant (aux paragraphes 76 et 77) :

[76] Cependant, une lecture attentive de la décision *Jones* démontre que la Cour a pris soin de mettre l'accent sur le fait que le préjudice n'a pas à être restreint à une manifestation physique d'un préjudice au bon ordre et à la discipline. Au paragraphe 7, la Cour a déclaré ce qui suit :

La preuve du préjudice peut évidemment être déduite des circonstances si la preuve montre clairement qu'un préjudice s'est produit comme conséquence naturelle d'un fait prouvé. Toutefois, la norme de preuve est celle de la preuve au-delà de tout doute raisonnable.

[77] Cette formulation laisse entendre que le préjudice sera prouvé hors de tout doute raisonnable, tant que la totalité des circonstances appuie la conclusion selon laquelle le comportement en cause est susceptible d'être préjudiciable au bon ordre et à la discipline. Puisque la Cour, dans la décision *Jones*, a laissé la porte ouverte pour déduire le préjudice à partir des circonstances, je conviens avec l'appelante que l'élément « préjudiciable » comprend un comportement qui « tend à » ou qui est « susceptible » d'être préjudiciable.

[54] Je fais miennes les observations du juge Mosley comme étant un énoncé exact du droit. Le juge Mosley a ensuite abordé la signification du terme « préjudiciable » prévue à l'article 129 de la LDN.

[78] Prejudice in its ordinary grammatical sense means “harm or injury that results or may result” (Concise Oxford English Dictionary). The addition of the words “to the” before “prejudice” incorporates an element of risk or potential and the expression, read as a whole, does not require that harmful effects be established in every instance. Though evidence of actual harmful effects may exist, it is not required for conduct to be punished in the context of military discipline. Military discipline requires that conduct be punished if it carries a real risk of adverse effects on good order within the unit; this is more than a mere possibility of harm. If the conduct tends to or is likely to adversely affect discipline, then it is prejudicial to good order and discipline. [Emphasis added.]

[55] In the case under appeal, as to the evidence of harm or prejudice, the Military Judge said:

[47] ... When I look at the evidence put before the Court, there is not much evidence on the harm or real risk of harm caused by his behaviour on good order and discipline. There is no evidence that would lead the Court to conclude beyond a reasonable doubt that his conduct tends to adversely affect good order and discipline. There is no evidence on the impact to members of the unit or other officers. ...

[56] It is of import that in the next paragraph the Military Judge said:

[48] Now, concerning the period of time the first incident allegedly occurs, concluding that there is no disgraceful behaviour of conduct to the prejudice of good order and discipline proved beyond a reasonable doubt by the prosecution, I do not intend to address this issue because it would be unnecessary in the circumstances. However, I would like to mention that I would have been open to consider a special finding on this issue. [Emphasis added.]

[57] I take from the highlighted portion above that the Military Judge was suggesting that the prosecution

[78] Dans son sens grammatical ordinaire, l'élément préjudiciable signifie « qui porte ou qui peut porter préjudice » (*Le Nouveau Petit Robert*). L'ajout des mots « to the » (dans la version anglaise) devant « prejudice » (dans la version anglaise) incorpore un élément de risque ou un potentiel, et l'expression, interprétée dans son ensemble, n'exige pas que la présence d'effets préjudiciables soit établie dans chaque cas. Même si la preuve d'effets préjudiciables peut exister, elle n'est pas requise pour qu'un comportement fasse l'objet d'une mesure disciplinaire dans le contexte militaire. La discipline militaire exige qu'un comportement soit puni s'il existe un risque véritable d'effets préjudiciables au bon ordre au sein de l'unité; cela constitue plus qu'une simple possibilité de préjudice. Si le comportement tend à avoir un effet préjudiciable sur la discipline, ou est susceptible d'en avoir un, ce comportement est alors préjudiciable au bon ordre et à la discipline. [Je souligne.]

[55] Dans le dossier en appel, en ce qui a trait à la preuve de préjudice ou d'élément préjudiciable, le juge militaire s'est exprimé ainsi :

[TRADUCTION]

[47] [...] Lorsque j'examine les éléments de preuve soumis à la Cour, il y a peu de preuve de préjudice ou de véritable risque de préjudice causé par son comportement à l'égard du bon ordre et de la discipline. Il n'y a pas de preuve qui mènerait la Cour à conclure hors de tout doute raisonnable que sa conduite tend à porter atteinte au bon ordre et à la discipline. Il n'y a aucune preuve des répercussions sur les membres de l'unité ou d'autres officiers. [...]

[56] Il est important de noter que dans le paragraphe suivant, le juge militaire s'est exprimé ainsi :

[TRADUCTION]

[48] Maintenant, concernant la période au cours de laquelle le premier incident s'est prétendument déroulé, estimant qu'aucune conduite déshonorante préjudiciable au bon ordre et à la discipline n'a été prouvée hors de tout doute raisonnable par la poursuite, je n'ai pas l'intention d'aborder la question, car ce serait inutile dans les circonstances. Toutefois, j'aimerais préciser que j'aurais été ouvert à l'idée d'examiner un verdict annoté sur cette question. [Je souligne.]

[57] Je déduis de la partie mise en évidence ci-dessus que le juge militaire soutenait que la poursuite ne lui

did not ask him to take judicial notice of whether the actions of the member were prejudicial to good order and discipline. I can see no other explanation for that passage. In saying this, I reference below both the MRE and a lengthy exchange between the prosecutor and the Military Judge.

[58] The MRE establish a process that is different in the military justice system as compared to a non-military hearing:

Judicial Notice

Limitation on Judicial Notice

14 Except as authorized by these Rules, a court shall not take judicial notice of a fact or matter.

Required Judicial Notice

15 (1) A court shall, whether or not requested to do so by the prosecutor or the accused, take judicial notice of

- (a) the accession and death of the Sovereign;
- (b) the title and sign manual of the Sovereign;
- (c) the constitution of Canada;
- (d) the Great Seal of Canada;
- (e) Acts and resolutions of the Parliament of Canada;
- (f) Acts and resolutions of the legislatures of the provinces and Territories of Canada;
- (g) the territorial limits of Canada and of the provinces of Canada;
- (h) the existence of an emergency recognized by the Government of Canada;
- (i) the component or unit being on active service; and
- (j) the status of foreign governments.

a pas demandé de prendre judiciairement connaissance de la question de savoir si les actions du membre étaient préjudiciables au bon ordre et à la discipline. Je ne vois aucune autre explication à ce passage. En disant cela, je fais référence ci-après aux RMP et à un long échange entre le procureur de la poursuite et le juge militaire.

[58] Les RMP prévoient un processus qui est différent dans le système de justice militaire par rapport à une audition civile :

Connaissance judiciaire

Restriction de la connaissance judiciaire

14 Sauf autorisation des présentes règles, une cour ne doit pas prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question.

Connaissance judiciaire requise

15 (1) Une cour doit, qu'elle en soit requise ou non par le procureur à charge ou l'accusé, prendre judiciairement connaissance de ce qui suit :

- a) l'accession et le décès du souverain;
- b) le titre et la signature du souverain;
- c) la constitution du Canada;
- d) le Grand Sceau du Canada;
- e) les lois et résolutions du Parlement du Canada;
- f) les lois et résolutions des législatures des provinces et des territoires du Canada;
- g) les limites territoriales du Canada et des provinces du Canada;
- h) l'existence d'un état d'urgence reconnu par le gouvernement du Canada;
- i) l'élément ou l'unité en activité de service;
- j) le statut des gouvernements étrangers.

(2) A court shall, whether or not requested to do so by the prosecutor or the accused, take judicial notice of the contents of, but not of the publication or sufficiency of notification of, proclamations, orders in council, ministerial orders, warrants, letters patent, rules, regulations or by-laws made directly under authority of a public Act of the Parliament of Canada or of the legislature of a province of Canada, including but not limited to QR&O and orders and instructions issued in writing by or on behalf of the Chief of the Defence Staff under QR&O 1.23.

Discretionary Judicial Notice

16 ...

(2) Subject to section 18, a court may, whether or not requested to do so by the prosecutor or the accused, take judicial notice of

(a) all matters of general service knowledge;

(b) particular facts and propositions of general knowledge that, in view of the state of commerce, industry, history, language, science or human activity, are at the time of the trial so well known in the community where the offence is alleged to have been committed that they are not the subject of reasonable dispute; and

(c) particular facts and propositions of general knowledge, the accuracy of which is not the subject of reasonable dispute, that are capable of immediate and accurate verification by means of readily available sources.

Judicial Notice on Request

17 (1) The prosecutor or the accused may request the court to rule that a fact or matter is within section 15 or 16, and he shall if requested by the court, furnish the court with information relevant to the fact or matter.

(2) The court shall give the adverse party an opportunity to oppose the granting of the request.

(2) Une cour doit, qu'elle en soit requise ou non par le procureur à charge ou l'accusé, prendre judiciairement connaissance de la teneur, mais non de la publication ou de la suffisance de leur notification, des proclamations, décrets du Conseil, ordonnances ministérielles, mandats, lettres patentes, règles, règlements ou statuts administratifs, établis, rendus ou émis directement sous l'autorité d'une loi publique du Parlement du Canada ou de la législature d'une province du Canada, y compris les ORFC mais non limités à ces derniers, ainsi que des ordres et instructions donnés par écrit par le chef de l'état-major de la défense ou en son nom sous le régime de l'article 1.23 des ORFC.

Connaissance judiciaire discrétionnaire

16 [...]

(2) Sous réserve de l'article 18, une cour peut, qu'elle en soit requise ou non par le procureur à charge ou l'accusé, prendre judiciairement connaissance de ce qui suit :

a) toutes les questions comportant des connaissances militaires générales;

b) des faits particuliers et des propositions de connaissance générale qui, en raison de l'état du commerce, de l'industrie, de l'histoire, de la langue, de la science ou de l'activité humaine, sont, au moment du procès, si bien connus dans la collectivité où l'infraction est censée avoir été commise qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une contestation raisonnable; et

c) des faits particuliers et des propositions de connaissance générale, dont l'exactitude ne fait pas l'objet d'une contestation raisonnable et qui peuvent être vérifiés immédiatement et fidèlement à des sources d'accès faciles.

Connaissance judiciaire sur demande

17 (1) Le procureur à charge ou l'accusé peut demander à la cour de décréter qu'un fait ou une question tombe sous l'article 15 ou 16, et, s'il en est requis par la cour, il doit fournir à cette dernière les renseignements touchant le fait ou la question.

(2) La cour doit donner à la partie adverse une occasion de faire opposition à l'octroi de la demande.

Determination of Propriety of Taking Judicial Notice

18 (1) When a court proposes to take or appears to be taking judicial notice of a fact or matter under section 15 or 16, or is requested to take judicial notice of it under section 17, both prosecutor and accused have the right to submit informally evidence and argument as to the competence of the court to take, or the propriety of the court taking, judicial notice.

(2) When the court or the judge advocate raises a question as to whether judicial notice may be taken of a fact or matter under section 15 or 16, the judge advocate shall decide the question, and his decision shall be final.

(3) When determining whether to take judicial notice of a fact or matter, the members of a court and the judge advocate may consult any source of pertinent information, including a person, document or book, whether or not furnished by a party, and use the information obtained therefrom.

(4) If the information possessed by the court, regardless of source, fails to convince the judge advocate that a fact or matter is clearly within section 15 or 16, he shall rule against taking judicial notice of the fact or matter.

Effect of Taking Judicial Notice

19 (1) No evidence of a fact which a court has taken judicial notice need be given by the party alleging its existence or truth.

(2) When a court has taken judicial notice of a fact, it is conclusively taken to be true, and no allegedly contradictory evidence is thereafter admissible.

[59] The Military Judge's comments suggest that in the absence of direct evidence of prejudice or the use of the judicial notice process, there is no other way to prove prejudice. This is to conflate the concept of judicial notice with the concept of a military judge applying his experience and general service knowledge to

Détermination de l'opportunité de la connaissance judiciaire

18 (1) Lorsqu'une cour propose de prendre ou semble prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question aux termes de l'article 15 ou 16, ou est requise d'en prendre judiciairement connaissance en vertu de l'article 17, le procureur à charge et l'accusé ont à la fois le droit de présenter officiellement des preuves et des arguments pour déterminer si la cour possède la compétence voulue pour prendre judiciairement connaissance ou s'il est opportun pour elle d'agir ainsi.

(2) Lorsque la cour ou le juge-avocat soulève une question quant à savoir s'il peut être pris judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question en vertu de l'article 15 ou 16, le juge-avocat doit trancher la question, et sa décision est définitive.

(3) Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il peut être pris judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question, les membres de la cour et le juge-avocat peuvent consulter toute source de renseignements pertinents, y compris une personne, un document ou un livre, qu'ils soient fournis ou non par une partie, et faire usage des renseignements ainsi obtenus.

(4) Si les renseignements que possède la cour, nonobstant leur source, ne peuvent convaincre le juge-avocat qu'un fait ou une question tombe clairement sous l'application de l'article 15 ou 16, il doit décréter qu'il ne doit pas être pris judiciairement connaissance du fait ou de la question.

Effet de la connaissance judiciaire

19 (1) Il n'est pas nécessaire que la preuve d'un fait dont une cour a pris judiciairement connaissance soit donnée par la partie alléguant son existence ou sa véracité.

(2) Lorsqu'une cour a pris judiciairement connaissance d'un fait, ce dernier est tenu pour vrai d'une manière concluante, et aucune preuve contradictoire n'est recevable par la suite.

[59] Les observations du juge militaire indiquent qu'en l'absence d'une preuve directe de préjudice ou dans un processus de connaissance judiciaire, il n'y a aucun autre moyen de prouver un préjudice. C'est confondre le concept de connaissance judiciaire avec le concept consistant à se fonder sur son expérience

make inferences. To stop there is to fail to ask whether the prosecution has proven prejudice by inference.

[60] The Appellant says the Military Judge should have applied his general service knowledge and experience to determine that the words the Respondent uttered were prejudicial. The Appellant relies heavily upon the comments of Justice Mosley in *Golzari*, above (at paragraph 79):

[79] ... in most instances, the trier of fact in a Court Martial should be able to determine whether the proven conduct is prejudicial to good order and discipline based on their experience and general service knowledge: [*Smith v. The Queen*, (1961) 2 C.M.A.R. 159 at 164].

[61] Military judges are expected and entitled to bring that experience and general service knowledge with them to the Bench. Experience and general service knowledge are not to be confused with the judge's values. A judge who decides a case based on his or her values injects a subjective element. The Military Judge was clearly aware of the requirement that he judge this case based upon an objective standard not a subjective one. He specifically noted that in relation to the issue of the section 93 of the NDA charges when he said:

[26] I would add that the purpose of such tests is to avoid the situation where the trier of facts, here, the military judge, uses his personal convictions to determine what is disgraceful or not, or to determine what are the moral values to make such determination.

[62] I refer to the Crown submissions at trial and again reference the Military Judge having said that he would have been open to a special verdict. I set out the exchange to highlight the fact that the Military Judge conflated judicial notice with the application of experience and general service knowledge to make inferences:

et ses connaissances militaires générales pour tirer des inférences. S'arrêter à cela revient à ne pas demander si la poursuite a prouvé un préjudice par inférence.

[60] L'appelante dit que le juge militaire aurait dû se fonder sur ses connaissances militaires générales et son expérience pour décider que les mots prononcés par l'intimé étaient préjudiciables. L'appelante se fonde largement sur les observations du juge Mosley dans l'arrêt *Golzari*, précité (au paragraphe 79) :

[79] [...] dans la plupart des circonstances, le juge des faits d'une cour martiale doit être en mesure de déterminer si un comportement démontré est préjudiciable au bon ordre et à la discipline, compte tenu de son expérience et de ses connaissances militaires générales : [*Smith c. La Reine*, (1961) 2 C.M.A.R. 159, à la page 164].

[61] On s'attend de la part des juges militaires à ce qu'ils mettent cette expérience et ces connaissances militaires générales au profit du Banc. L'expérience et les connaissances militaires générales ne doivent pas être confondues avec les valeurs du juge. Un juge qui juge une affaire en fonction de ses propres valeurs fait intervenir un élément subjectif. Le juge militaire était manifestement au courant de l'exigence voulant que cette affaire soit jugée selon une norme objective et non une norme subjective. C'est ce qu'il a précisé – souligné relativement à la question des accusations portées en application de l'article 93 de la LDN lorsqu'il s'est exprimé ainsi :

[26] J'ajouterai que le but de tels tests est d'éviter une situation dans laquelle le juge des faits, en l'espèce le juge militaire, se fonde sur ses convictions personnelles pour déterminer ce qui est déshonorant ou non, ou pour décider des valeurs morales pour rendre une telle décision.

[62] Je fais référence aux observations de la Couronne en première instance et de nouveau référence au juge militaire qui a déclaré qu'il aurait été ouvert à un verdict annoté. J'expose l'échange pour mettre en avant le fait que le juge militaire a confondu la connaissance judiciaire avec l'application de l'expérience et des connaissances militaires générales pour tirer des inférences :

PROSECUTOR: Now, Your Honour, the main argument of prosecution is that despite that the CATO exists and it's impossible that—to us it's impossible that Captain Bannister did not know about it, despite that, the conduct in question here, in and of itself is to the prejudice of good order and discipline / that as there is a real intangible risk of prejudice associated with that conduct.

Your Honour as stated in the Court Martial Appeal Court [decision] of *Golzari*, the evidence needs to show that the conduct carried a real risk of prejudice to the good order, that discipline that the conduct tends or is likely to affect discipline. The prosecution does not need to prove that the conduct did in fact [result] in an actual prejudice. At paragraphs 71 to 76 of *Golzari* the judge discusses the impact of the decision in *Jones* and states that at paragraph 7 of *Jones*, the Court was careful to emphasize that there is not need for an actual physical manifestation of prejudice.

Paragraph 7 — I gave you the *Jones* decision as well but paragraph 7 of *Jones* is quoted in paragraph 71 to 76 of *Golzari*. Also the judge in *Golzari* went on at paragraph 77 in saying this would suggest that the prejudice would be proven beyond a reasonable doubt when a circumstance shows that the conduct in question will likely [result] in prejudice of good order and discipline and he concludes at paragraph 78 that this requires “more than a mere possibility of harm,” it is something that carries a real risk of adverse effects on good order within the unit.

That “conduct tends or is likely to adversely affect discipline”. And at paragraph 79, the judge also confirms that a military judge can rely on their military experience and knowledge “to determine whether the proven conduct is prejudicial to good order and discipline based on their experience in general service knowledge.” That refers to the *Smith* decision, Your Honour.

MILITARY JUDGE: The what?

PROSECUTOR: *Smith*. I didn't print *Smith*, but the judge in *Golzari* is quoting [the] *Smith* decision, Your Honour, at that paragraph.

[TRANSLATION]

LE PROCUREUR DE LA POURSUITE : À présent, Votre Honneur, le principal argument de la poursuite est qu'en dépit du fait que l'OAIC existe et qu'il est impossible que – pour nous il est impossible que le capitaine Bannister n'en eût pas connaissance, en dépit de cela, la conduite en question ici en tant que telle concerne le préjudice au bon ordre et à la discipline / qu'il existe un réel risque de préjudice intangible lié à cette conduite.

Votre Honneur, tel que cela est allégué dans [l'arrêt] *Golzari* de la Cour d'appel de la cour martiale, la preuve doit démontrer que la conduite comportait un risque véritable de préjudice au bon ordre et à la discipline que la conduite ou que la conduite tend à nuire à la discipline ou est susceptible d'y nuire. La poursuite n'est pas tenue de prouver que la conduite a bien [donné lieu] à un réel préjudice. Aux paragraphes 71 à 76 de l'arrêt *Golzari*, le juge examine les répercussions de la décision *Jones* et affirme qu'au paragraphe 7 de la décision *Jones*, la Cour a pris soin de mettre l'accent sur le fait qu'une manifestation physique réelle d'un préjudice n'est pas nécessaire.

Au paragraphe 7 – J'ai aussi cité la décision *Jones*, mais le paragraphe 7 de la décision *Jones* est cité aux paragraphes 71 à 76 de l'arrêt *Golzari*. En outre, le juge de l'arrêt *Golzari* a ajouté au paragraphe 77 que cette formulation laisserait entendre que le préjudice serait prouvé hors de tout doute raisonnable lorsque les circonstances montrent que le comportement en cause est susceptible d'être préjudiciable au bon ordre et à la discipline et il conclut au paragraphe 78 en indiquant que « plus qu'une simple possibilité de préjudice » est requise, il existe un risque véritable d'effets préjudiciables au bon ordre au sein de l'unité.

Que « le comportement tend[e] à ou [soit] susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur la discipline ». Et au paragraphe 79, le juge confirme aussi qu'un juge militaire peut se fonder sur son expérience et ses connaissances militaires générales pour « déterminer si un comportement démontré est préjudiciable au bon ordre et à la discipline, compte tenu de son expérience et de ses connaissances militaires générales ». Cela renvoie à l'arrêt *Smith*, Votre Honneur.

LE JUGE MILITAIRE : Le quoi?

LE PROCUREUR DE LA POURSUITE : L'arrêt *Smith*. Je n'ai pas imprimé l'arrêt *Smith*, mais le juge cite l'arrêt *Smith* dans l'arrêt *Golzari*, Votre Honneur, à ce paragraphe.

MILITARY JUDGE: Just a second. Okay, have you read the decision of Judge Sukstorf in *Rollman*.

PROSECUTOR: No, Your Honour.

MILITARY JUDGE: Where she commented about *Golzari* and how careful a trial judge, specifically a military trial judge should be in assessing a situation in that way. Especially paragraphs 83, 84, about judicial notice. The experience of a judge as a matter of being new and she said [at para. 82]:

In making his [comment] at paragraph 79, Mosley J.A. references the CMAC decision of *Smith*. In *Smith*, although there were a number of issues on appeal, the one relied upon in *Golzari* was the appellant's argument that the Court failed to comply with the judicial notice provisions under the *MRE*. However, in rendering its decision, the CMAC panel in *Smith* stated at paragraph 12 of its decision, that it had "read the record with great care and was unable to find that *during the hearing of the evidence* [any] question arose as to whether the Court could or could not take judicial notice of matters of general service knowledge." However at paragraph 25, the Court also found that it was "abundantly clear that each ingredient of the charge was fully established by the evidence of Crown witnesses and not denied by the appellant or his witnesses." As such, it was clear that in the facts of the *Smith* case, the trier of fact did not have to rely upon an inference drawn from its own general service knowledge, but rather there was specific evidence before the Court upon which the decision could be made.

That's her comment.

There is nothing new here. One of the ways in which matters of general service knowledge can be specifically relied upon by a [trier of fact] is through the taking of judicial notice under the *MRE*. ...

I understand that you have not requested this Court to take judicial notice of any other specific matter.

LE JUGE MILITAIRE : Juste un instant. D'accord, avez-vous lu la décision *Rollman* de la juge Sukstorf?

LE PROCUREUR DE LA POURSUITE : Non, Votre Honneur.

LE JUGE MILITAIRE : Décision dans laquelle elle a commenté l'arrêt *Golzari* et le soin dont devrait faire preuve un juge qui préside, en particulier un juge militaire, en évaluant une situation de cette manière. Tout particulièrement aux paragraphes 83 et 84, au sujet de la connaissance judiciaire. L'expérience d'un nouveau juge et elle a dit [au paragraphe 82] :

[TRADUCTION]

En faisant son [commentaire], au paragraphe 79, le juge Mosley renvoie à l'arrêt *Smith* de la CACM. Dans l'arrêt *Smith*, bien que plusieurs questions en litige aient été soulevées en appel, celle invoquée dans l'arrêt *Golzari* était l'argument de l'appelante selon laquelle la Cour n'a pas respecté les dispositions portant sur la connaissance judiciaire des *Règles militaires de la preuve*. Toutefois, en rendant sa décision, le tribunal de la CACM a indiqué au paragraphe 12 de l'arrêt *Smith* qu'il avait [TRADUCTION] « lu le dossier avec soin et n'était pas en mesure de conclure qu'*au cours de l'audition de la preuve* [des] questions ont été soulevées quant à savoir si la Cour pourrait ou non prendre judiciairement connaissance des questions de connaissances militaires générales. » Toutefois, au paragraphe 25, la Cour a aussi conclu qu'il était [TRADUCTION] « très clair que chacun des éléments de l'accusation était entièrement établi par la preuve des témoins de la Couronne et qu'aucun n'est nié par l'appelant ou ses témoins ». À ce titre, il était clair que relativement aux faits de l'affaire *Smith*, le juge des faits n'a pas eu à se fonder sur une inférence tirée de ses propres connaissances militaires générales, mais que des éléments de preuve précis ont plutôt été présentés à la Cour à partir desquels la décision pouvait être prise.

C'est son observation.

Il n'y a rien de nouveau en l'espèce. Une des façons dont un [juge des faits] peut se fonder sur des questions comportant des connaissances militaires générales est de prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question aux termes des *Règles militaires de la preuve*. [...]

D'après ce que je comprends, vous n'avez pas demandé à la Cour de prendre judiciairement connaissance de toute autre question précise.

PROSECUTOR: No, Your Honour.

LE PROCUREUR DE LA POURSUITE : Non, Votre Honneur.

MILITARY JUDGE: That's correct? Okay.

LE JUGE MILITAIRE : C'est exact? Très bien.

Judicial notice in the context of a court martial is codified in the *MRE* and permits the trial judge to take into consideration all matters of general service knowledge as well as a range of other facts and propositions of general knowledge. Judicial notice is the acceptance by the Court, without the requirement of proof, of any fact [or] matter regarding general service knowledge that is so generally known and accepted in the military community that it cannot be reasonably questioned or any fact [or] matter that can readily be determined or verified by resort to sources whose accuracy cannot reasonably be questioned. Even where judicial notice has been taken, the [trier] of fact must be careful to limit it to matters of general knowledge or facts known to the "ordinary" military person and is not entitled to apply knowledge that he or she might have by reason of military [specialty] or personal experience.

La connaissance judiciaire dans le contexte d'une cour martiale est codifiée dans les *Règles militaires de la preuve* et permet au juge qui préside de prendre en compte toutes les questions comportant des connaissances militaires générales ainsi qu'un grand nombre de faits et de propositions de connaissances générales. La connaissance judiciaire est l'admission par la Cour, sans exiger de preuve à l'appui, de tout fait ou de toute question connus ou admis d'une manière si générale dans la communauté militaire qu'ils ne sauraient être raisonnablement mis en doute ou de tout fait ou de toute question que l'on peut aisément confirmer ou vérifier en recourant à des sources dont l'exactitude ne saurait être raisonnablement mise en doute. Même lorsqu'on a pris judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question, le [juge] des faits doit prendre le soin de limiter la connaissance judiciaire aux questions comportant des connaissances militaires générales ou de faits connus par un militaire « ordinaire » et il n'a pas le droit de se fonder sur des connaissances qu'il peut avoir en raison d'une [spécialité] militaire ou d'une expérience personnelle.

And I have expressed a couple of times the fact that it would be difficult for general—for lawyers, generally speaking, to rely on judicial notice of—having the judge presiding at the court martial to take judicial notice for the Court on a matter of the general service based on his own experience or knowledge because I would suggest to you, as suggested by Judge Sukstorf, that every judge has a different background and experience and you don't know mine, as you don't know the one of Judge Pelletier, Judge Sukstorf. It would be difficult, it would be clearly impossible for the parties to argue, you should know this or not know this.

En outre, j'ai mentionné plusieurs fois qu'il serait difficile en général – pour des avocats, en général – de se fonder sur une connaissance judiciaire – qu'un juge préside la cour martiale pour prendre judiciairement connaissance pour la Cour d'une question comportant des connaissances militaires générales en fonction de sa propre expérience ou de ses propres connaissances, car je vous dirais, comme l'indique la juge Sukstorf, que chaque juge a une expérience et des antécédents différents et vous ne connaissez pas les miens ni ceux du juge Pelletier ou de la juge Sukstorf. Il serait difficile, il serait clairement impossible pour les parties de débattre, vous devriez le savoir ou peut-être que non.

The other thing is those strict rules in the *MRE's* as you may see would require counsel to ... put in their evidence to the judge that they would like to rely on judicial notice on relation to a specific matter about general service and the judge has—must—not has, must allow parties to make representation about if the Court should take or not take judicial notice of that fact. So [the] *Military Rules of [Evidence]* are clear: if the Court must rely on such thing like this it must be at

Par ailleurs, les règles strictes énoncées dans les *Règles militaires de la preuve*, comme vous pouvez le constater, nécessiteraient qu'un avocat [...] indique dans ses éléments de preuve présentés au juge qu'il souhaiterait se fonder sur la connaissance judiciaire portant sur une question précise concernant les connaissances générales, et le juge a – doit – non pas a, doit permettre aux parties de formuler des observations quant à savoir si la Cour doit ou non prendre judiciairement connaissance

least discussed during the presentation of the evidence, not once the evidence is closed.

PROSECUTOR: Yes, Your Honour.

MILITARY JUDGE: How would I do that? I am just trying to—and I'm not disputing *Golzari* or the comments made. I'm just taking the comments made by Judge Sukstorf to say, fine, but you want me to rely on my own experience to make a determination of that sort?

PROSECUTOR: Your Honour, I was simply quoting their paragraph in *Golzari*, that are of interest today. I'm not suggesting that ...

MILITARY JUDGE: But what are you suggesting me to do?

PROSECUTOR: I was quoting the analysis of the ...

MILITARY JUDGE: I know you're quoting but what do you expect from the Court?

PROSECUTOR: I—Maybe I may continue my submissions maybe that will be clear.

MILITARY JUDGE: I'm asking a question, I think I deserve an answer.

PROSECUTOR: Your Honour, I was explaining what is in *Golzari*. To me ... what the Court Martial Appeal Court [explains] in *Golzari*, the way to [prove a] 129 offence and that a 129 offence can be proven where a conduct tends or is likely to affect discipline and I was simply highlighting that the judge also said that this—the judge can rely on their military experience and knowledge to do that. But I haven't applied *Golzari* to what I want to discuss now, Your Honour. So I'm not saying that there is a specific fact that ...

MILITARY JUDGE: But do you expect me to take judicial notice of something?

de ce fait. Les *Règles militaires* [de la preuve] sont donc claires : si la Cour doit se fonder sur un élément de ce genre, il doit au moins faire l'objet d'une discussion lors de la présentation de la preuve et pas une fois la présentation de la preuve terminée.

LE PROCUREUR DE LA POURSUITE : Oui, Votre Honneur.

LE JUGE MILITAIRE : Comment y parviendrais-je? J'essaie juste de – et je ne remets pas en cause l'arrêt *Golzari* ou les observations formulées. Je reprends juste les observations formulées par la juge Sukstorf pour préciser, d'accord, mais vous voulez que je me fonde sur ma propre expérience pour prendre une décision de la sorte?

LE PROCUREUR DE LA POURSUITE : Votre Honneur, je citais simplement son paragraphe dans l'arrêt *Golzari*, pertinent aujourd'hui. Je ne dis pas que...

LE JUGE MILITAIRE : Mais que me dites-vous de faire?

LE PROCUREUR DE LA POURSUITE : Je citais l'analyse de...

LE JUGE MILITAIRE : Je sais que vous offrez une citation, mais qu'attendez-vous de la Cour?

LE PROCUREUR DE LA POURSUITE : Je, peut-être que je peux poursuivre mes arguments, peut-être que ce sera clair.

LE JUGE MILITAIRE : Je pose une question, je pense que je mérite une réponse.

LE PROCUREUR DE LA POURSUITE : Votre Honneur, j'expliquais ce qui figure dans l'arrêt *Golzari*. Selon moi [...] ce que la Cour d'appel de la cour martiale [explique] dans l'arrêt *Golzari* est la manière de [prouver une] infraction prévue à l'article 129 et le fait qu'une infraction prévue à l'article 129 peut être prouvée lorsqu'un comportement tend à nuire à la discipline ou est susceptible d'y nuire. Je mettais simplement en avant le fait que le juge a aussi dit que le juge peut se fonder sur son expérience et ses connaissances militaires pour y parvenir. Je n'ai toutefois pas appliqué l'arrêt *Golzari* à ce que je souhaite aborder maintenant, Votre Honneur. Je ne dis donc pas qu'un fait précis...

LE JUGE MILITAIRE : Mais, vous attendez-vous à ce que je prenne judiciairement connaissance de quelque chose?

PROSECUTOR: No, Your Honour.

LE PROCUREUR DE LA POURSUITE : Non, Votre Honneur.

[Emphasis added.]

[Je souligne.]

[63] The process of applying experience and general service knowledge to the inferential reasoning process is distinct from the process of taking judicial notice. As part of an inferential reasoning process, a Military Judge must, based on his or her experience and general service knowledge, ask whether the words uttered in this case can be considered “conduct to the prejudice of good order and discipline”. As I discuss below, this can be answered without direct evidence on the issue of prejudice.

[63] Le processus visant à appliquer l’expérience et les connaissances militaires générales au processus de raisonnement par inférence diffère du processus visant à prendre judiciairement connaissance d’un fait ou d’une question. Dans un processus de raisonnement par inférence, un juge militaire doit, compte tenu de son expérience et de ses connaissances militaires générales, se demander si les mots prononcés en l’espèce peuvent être considérés comme une « conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline ». Comme je le mentionne plus loin, on peut répondre à cette question sans preuve directe sur la question du préjudice.

[64] In *Golzari*, above, this Court was faced with the appeal of an acquittal of Corporal (Cpl) Golzari on a charge under section 129 of the NDA. This Court allowed the appeal and ordered the matter remitted to a different Military Judge for retrial. The charges stemmed from an incident at the gate of CFB Kingston. At the time, there was an increased level of security given that two members of the CAF were killed several days prior at other locations. Cpl Golzari, then off duty, provided ID but refused to answer questions put to him by the security officer at the gate. Military Police (MP) were called and arrived in a military police car with flashing lights activated. The MP Officer advised of the increased security and the right to know details of Cpl Golzari’s attendance at the base. Cpl Golzari again refused to provide details as to where he was going on the base. He also refused to move his vehicle, which by then was obstructing other traffic attempting to enter the base. He also refused a direct order from the ranking Sergeant (the MP Officer) to move the car. Cpl Golzari was warned and arrested. An issue arose as to the means by which prejudice could be proven.

[64] Dans l’arrêt *Golzari*, précité, la Cour a été saisie de l’appel d’un acquittement du caporal (cpl) Golzari relativement à une accusation en vertu de l’article 129 de la LDN. La Cour a accueilli l’appel et a ordonné que la question soit renvoyée à un autre juge militaire pour la tenue d’un nouveau procès. Les accusations ont découlé d’un incident à la barrière de la Base des Forces canadiennes Kingston. À ce moment-là, le niveau de sécurité à la base avait été renforcé, parce que deux membres des FAC avaient été tués plusieurs jours auparavant à deux autres endroits. Le cpl Golzari, qui n’était pas de service, a présenté sa carte d’identité militaire, mais a refusé de répondre aux questions de l’officier chargé de la sécurité à la barrière. La police militaire (PM) a été appelée et est arrivée dans une voiture de police militaire avec les gyrophares allumés. L’officier de PM a indiqué que la sécurité était renforcée et a avisé le cpl Golzari qu’il avait le droit d’avoir des précisions sur la présence de ce dernier sur la base. La cpl Golzari a de nouveau refusé de fournir les détails de l’endroit où il se rendait sur la base. Il a aussi refusé de déplacer son véhicule, qui à ce stade entravait la circulation des véhicules essayant d’accéder à la base. Il a également refusé un ordre direct d’un sergent (l’officier de la PM) de déplacer la voiture. Le cpl Golzari a été averti puis arrêté. Une question a été soulevée quant à savoir par quels moyens un préjudice pouvait être prouvé.

[65] In *Golzari*, Justice Mosley opined that *Jones*, above, left the window open to infer prejudice. I agree. It is open to a Military Judge to infer prejudice from the circumstances in a proceeding under section 129. In determining whether prejudice is proven beyond a reasonable doubt, using inferential reasoning, a Military Judge must apply his or her experience and general service knowledge. As I have noted above, this differs from taking judicial notice.

[66] This is consistent with the Court's approach in *Smith v. The Queen* (1961), 2 C.M.A.R. 159. In commenting upon the lack of definition of the nature of the act, conduct, disorder or neglect that must be proven to establish prejudice of good order and discipline for the predecessor to subsection 129(1), this Court held (at page 165):

... the service tribunal may apply its general military knowledge as to what good order and discipline require under the circumstances, and so come to a conclusion whether the conduct, disorder, or neglect complained of was to the prejudice of both good order and discipline ...

(3) Application to this case

[67] In the case on appeal, there was limited direct evidence of prejudice, other than what the Military Judge described as the "discomfort" or "awkwardness" of the complainant. That evidence, by itself, would fall short of proving "prejudice" beyond a reasonable doubt. The Military Judge erred in not continuing his analysis by applying his military experience and general service knowledge. Using that knowledge and experience, he was required to ask whether, on the totality of the evidence, in the circumstances of this case, prejudice to good order and discipline could be inferred from the facts as proven.

[65] Dans l'arrêt *Golzari*, le juge Mosley était d'avis que l'arrêt *Jones*, précité, a laissé la porte ouverte pour déduire un préjudice. Je suis d'accord. Il est loisible à un juge militaire de déduire un préjudice à partir des circonstances dans une instance aux termes de l'article 129. Pour déterminer si un préjudice est prouvé hors de tout doute raisonnable, en ayant recours à un raisonnement par inférence, un juge militaire doit se fonder sur son expérience et ses connaissances militaires générales. Comme je l'ai mentionné précédemment, ce n'est pas la même chose que prendre judiciairement connaissance d'un fait ou d'une question.

[66] C'est conforme à l'approche de la Cour dans l'arrêt *Smith v. The Queen* (1961), 2 C.A.C.M. 159. Dans les observations sur l'absence de définition de tout acte, comportement ou négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline au paragraphe 129(1) de l'époque, la Cour a conclu ce qui suit (à la page 165) :

[TRADUCTION] [...] [L]e tribunal militaire peut appliquer ses connaissances militaires générales quant à savoir ce qu'exigent le bon ordre et la discipline dans les circonstances, afin d'établir si le comportement ou la négligence ayant fait l'objet d'une plainte est préjudiciable au bon ordre et à la discipline [...]

(3) Application en l'espèce

[67] Dans le dossier en appel, la preuve directe de préjudice était limitée, mis à part ce que le juge militaire a décrit comme le [TRADUCTION] « malaise » ou la [TRADUCTION] « gêne » de la plaignante. Ces éléments de preuve, en eux-mêmes, seraient insuffisants pour prouver un « préjudice » hors de tout doute raisonnable. Le juge militaire a commis une erreur de droit en ne continuant pas son analyse en se fondant sur son expérience et ses connaissances militaires générales. En se fondant sur ces connaissances et cette expérience, il était tenu de se demander si, compte tenu de l'ensemble des éléments de preuve dans les circonstances de l'espèce, le préjudice au bon ordre et à la discipline pouvait être inféré des faits qui ont été établis.

[68] He was not only entitled, but obliged to use the inferential reasoning process. This reasoning process would take into account all the contextual circumstances of the case. The sexual nature of the comments, the presence of a civilian instructor in the first incident, the age of the complainant at the relevant times, and the power imbalance. In the first incident, the Respondent was, as a CO, training a young cadet to accept that the types of sexually charged comments he made were something she had to get used to in the CAF. Did she have to get used to that type of comment or would that type of comment amount to prejudice to good order and discipline in the CAF? Alternatively, was he teaching a potential future leader that this was an appropriate teaching strategy? These are the types of questions the Military Judge was required to consider.

[69] The Military Judge erred by failing to consider whether prejudice to good order and discipline had been proven to the required standard using inferential reasoning. He also erred by failing to apply his own military experience and general service knowledge and by failing to consider the broader prejudicial impact on the CAF at large.

V. Disposition

[70] As a result of the conclusions I have set out above, I would set aside the decision of the Military Judge and direct a trial take place before a different Military Judge on the first four charges on the charge sheet.

BELL C.J.: I agree.

BENNETT J.A.: I agree.

[68] Il avait non seulement le droit, mais l'obligation de recourir au processus de raisonnement par inférence. Ce processus de raisonnement prend en compte l'ensemble des circonstances contextuelles de l'affaire. La nature sexuelle des commentaires, la présence d'un instructeur civil lors du premier incident, l'âge de la plaignante au moment en cause. Lors du premier incident, l'intimé, en tant que cmdt, formait une jeune cadette à accepter que les commentaires à caractère sexuel comme ceux qu'il a faits étaient quelque chose auxquels elle devait s'habituer au sein des FAC. Devait-elle s'habituer à ce type de commentaires ou ce type de commentaires constitueraient-ils un préjudice au bon ordre et à la discipline au sein des FAC? Subsidiairement, apprenait-il à une potentielle future dirigeante que c'était une stratégie d'enseignement appropriée? Ce sont les types de questions que le juge militaire devait examiner.

[69] Le juge militaire a commis une erreur en n'examinant pas si le préjudice au bon ordre et à la discipline avait été prouvé selon la norme requise en appliquant un raisonnement par inférence. Il a aussi commis une erreur en ne se fondant pas sur sa propre expérience militaire et ses propres connaissances militaires générales et en n'examinant pas les répercussions préjudiciables plus larges sur les FAC dans leur ensemble.

V. Décision

[70] Compte tenu des conclusions susmentionnées, j'infirmes la décision du juge militaire et j'ordonne la tenue d'un nouveau procès devant un autre juge militaire relativement aux quatre premières accusations sur l'acte d'accusation.

LE JUGE EN CHEF BELL : Je suis d'accord.

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