

Brian Peter Andrew

(██████████ Master Corporal, Canadian Forces)
Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

File No.: C.M.A.C. 241

Ottawa, Ontario, 27 February, 1986

Present: Hall, Muldoon and Sirois JJ.

On appeal from a conviction by a Disciplinary Court Martial held at Canadian Forces Base Petawawa, Ontario, on 20, 21, 22, 23 and 24 September, 1984.

Summary Trials — Referral by Commanding Officer to higher authority after hearing evidence — Reasons given to accused not sufficient — Plea in bar of trial upheld — Cannot be removed by further and supposedly better reasons.

The accused was convicted by a Disciplinary Court Martial on three of seven charges that arose out of an altercation between him and the duty officer.

The accused had elected to be tried summarily by his Commanding Officer. After hearing the examinations of the witnesses, the Commanding Officer announced that due to the seriousness of the charges, the statements that had been made on the appellant's behalf, the appellant's eighteen year service record, and the interests of justice, he was referring the whole matter to higher authority.

In forwarding the case to higher authority, the Commanding Officer stated as his reasons that the charges involved complicating factors that would be better dealt with in a court martial.

The higher authority convened a court martial. At the outset of the proceedings, the accused entered a plea in bar of trial on the grounds that the Court Martial lacked jurisdiction. The Judge Advocate who was presiding at the Court Martial accepted the plea, ruling that the convening authority had not been provided sufficient information to make an informed decision.

Subsequently, the Commanding Officer wrote a message to the convening authority giving further reasons for referring the matter for court martial. A second court martial was convened, and at the outset, the accused raised the same and other pleas in bar of trial. All were rejected by a different judge advocate. In the result, the appellant was convicted on several of the charges.

Held: Appeal allowed.

The Judge Advocate at the first Court Martial was right in allowing the plea in bar of trial but should have based his decision on what was said to the accused by the Commanding

Brian Peter Andrew

(██████████ Caporal-chef, Forces canadiennes)
Appellant,

a c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

b N° du greffe: C.A.C.M. 241

Ottawa (Ontario), le 27 février 1986

Devant: les juges Hall, Muldoon et Sirois

c En appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale disciplinaire siégeant à la base des Forces canadiennes de Petawawa (Ontario), les 20, 21, 22, 23 et 24 septembre 1984.

d Procès sommaires — Renvoi par un commandant à une autorité supérieure après l'audition de la preuve — Les raisons données à l'accusé n'étaient pas suffisantes — Fin de non-recevoir maintenue — Elle ne peut pas être refusée pour d'autres raisons, censément meilleures.

e L'accusé a été reconnu coupable par une cour martiale disciplinaire de trois des sept accusations portées à la suite d'une altercation survenue entre lui et l'officier de service.

f L'accusé a choisi d'être jugé par voie sommaire par son commandant. Après avoir entendu l'interrogatoire principal des témoins, celui-ci a annoncé qu'en raison de la gravité des accusations, des déclarations qui ont été faites pour le compte de l'appellant, des 18 années de service de ce dernier et dans l'intérêt de la justice, il envoyait toute l'affaire à une autorité supérieure.

g Ce faisant, le commandant a donné comme raison que les chefs d'accusation impliquaient des facteurs complexes qui ressortissaient davantage à une cour martiale.

h L'autorité supérieure a convoqué une cour martiale. Au début de l'instance, l'accusé a présenté une fin de non-recevoir pour le motif que le Cour martiale n'avait pas compétence. Le juge-avocat qui présidait la Cour martiale a admis la fin de non-recevoir, en disant que l'autorité convocatrice n'avait pas fourni de renseignements suffisants pour rendre une décision éclairée.

i Subséquentement, le commandant a transmis un message à l'autorité convocatrice pour lui donner d'autres raisons à l'appui du renvoi de l'affaire devant une cour martiale. Une seconde cour martiale a été convoquée et à l'ouverture, l'accusé a soulevé la même fin de non-recevoir en plus d'un certain nombre d'autres, mais elles ont toutes été rejetées par un autre juge-avocat. Résultat, l'appellant a été reconnu coupable de plusieurs des chefs d'accusation.

Arrêt: Appel accueilli.

j Le juge-avocat de la première cour martiale a eu raison d'admettre la fin de non-recevoir, mais il aurait dû appuyer sa décision sur ce que le commandant a dit à l'accusé lorsqu'il a

Officer when he terminated the summary trial. The reasons given to the higher authority before and after the first Court Martial ought not to have been taken into account. In the interests of justice to the accused, who elected to be tried by his commanding officer, the reasons advanced to him at the time were not a firm enough foundation for terminating the summary proceedings. Further, the bar of trial could not be removed by subsequent and supposedly better reasons. In the circumstances, the convening authority had no option but to dismiss the charges.

COUNSEL:

I.A. Nichol, for the appellant
Lieutenant-Colonel S.H. Forster, CD, for the respondent

STATUTE AND REGULATIONS CITED:

National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 73, 74, 103, 119, 120 (as am. S.C. 1972, c. 13, s. 73; 1985, c. 19, s. 187 (item 5)), 141(1) (as am. S.C. 1985, c. 26, s. 58, s. 65, Sch. I (item 36)), 202(1).

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, (1986 Revision), arts. 108.28(1), (2), 108.29(2), 109.04, 112.24(1)

The following are the reasons for judgment of the Court delivered in English by

HALL J.: The accused has appealed his conviction by a Disciplinary Court Martial on three of seven charges that arose out of an altercation between him and the duty officer which occurred on May 31, 1984, at approximately 2335 hours in and around the tent lines of 427 Helicopter Squadron in field position on Allumette Island, Quebec.

The charges and disposition are:

First Charge Sec. 73 N.D.A.	DISOBEYED A LAWFUL COMMAND OF A SUPERIOR OFFICER
Not Guilty	In that he, at approximately 2335 hours, on 31 May, 1984, at the LOH lines, on Allumette Island, Quebec, did not proceed to his own tent when ordered to do so by [REDACTED] Lieutenant K. J. Edmonds.
Second Charge Sec. 74 N.D.A.	USED VIOLENCE AGAINST A SUPERIOR OFFICER

mis fin au procès par voie sommaire. Les raisons données à l'autorité supérieure avant et après la tenue de la première cour martiale n'auraient pas dû être prises en considération. Dans l'intérêt de la justice à l'égard de l'accusé, qui a choisi d'être jugé par son commandant, les raisons qui lui ont été fournies à l'époque ne constituent pas une base assez solide pour justifier l'arrêt du procès par voie sommaire. En outre, la fin de non-recevoir ne pourrait pas être refusée pour d'autres raisons, censément meilleures. Dans les circonstances, l'autorité convoctrice n'avait d'autre choix que de rejeter les actes d'accusation.

AVOCATS:

I.A. Nichol, pour l'appellant
Lieutenant-colonel S.H. Forster, DC, pour l'intimée

LOI ET RÈGLEMENTS CITÉS:

Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 73, 74, 103, 119, 120 (mod. par S.C. 1972, c. 13, art. 73; 1985, c. 19, art. 187, ann. V, n° 5), 141(1) (mod. par S.C. 1985, c. 26, art. 58; c. 26, art. 65, ann. I, art. 36), 202(1) (mod. par S.C. 1984, c. 40, par. 47(4), (6))
Ordonnances et règlements royaux, art. 108.28(1), (2), 108.29(2), 109.04, 112.24(1)

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

LE JUGE HALL: L'accusé a interjeté appel de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui par une cour martiale disciplinaire relativement à trois des sept accusations portées à la suite d'une altercation survenue entre lui et l'officier de service le 31 mai 1984, vers 23 h 35, aux environs et à l'intérieur du cantonnement du 427^e Escadron d'hélicoptères qui était en manœuvres sur l'Île aux Allumettes (Québec).

Voici la liste des chefs d'accusation et des décisions y afférentes:

[TRADUCTION] Premier chef d'accusation Art. 73 L.D.N.	AVOIR DÉSOBÉI À UN COMMANDEMENT LICITEMENT DONNÉ PAR UN OFFICIER SUPÉRIEUR
Non coupable	En ce sens que, vers 23 h 35, le 31 mai 1984, au quartier des hélicoptères légers d'observation, sur l'Île aux Allumettes (Québec), il n'a pas regagné sa tente lorsque le lieutenant K. J. Edmonds, matricule [REDACTED], lui en a donné l'ordre.
Deuxième chef d'accusation Art. 74 L.D.N.	AVOIR EMPLOYÉ LA VIOLENCE CONTRE UN OFFICIER SUPÉRIEUR

Not Guilty	In that he, at approximately 2335 hours, on 31 May, 1984, at the LOH lines, on Allumette Island, Quebec, pushed [REDACTED] Lieutenant K.J. Edmonds.	Non coupable	En ce sens que, vers 23 h 35, le 31 mai 1984, au quartier des hélicoptères légers d'observation, sur l'Île aux Allumettes (Québec), il a bousculé le lieutenant K.J. Edmonds, matricule [REDACTED].
Third Charge Sec. 74 N.D.A.	STRUCK A SUPERIOR OFFICER	<i>a</i> Troisième chef d'accusation Art. 74 L.D.N.	AVOIR FRAPPÉ UN OFFICIER SUPÉRIEUR
Guilty	In that he, at approximately 2335 hours, on 31 May, 1984, at the LOH lines, on Allumette Island, Quebec, struck [REDACTED] Lieutenant K.J. Edmonds.	<i>b</i> Coupable	En ce sens que, vers 23 h 35, le 31 mai 1984, au quartier des hélicoptères légers d'observation, sur l'Île aux Allumettes (Québec), il a frappé le lieutenant K.J. Edmonds, matricule [REDACTED].
Fourth Charge Sec. 120 N.D.A.	AN OFFENCE PUNISHABLE UNDER SECTION 120 OF THE NATIONAL DEFENCE ACT, THAT IS TO SAY, ASSAULT, CONTRARY TO SECTION 245 OF THE CRIMINAL CODE OF CANADA	Quatrième chef d'accusation Art. 120 L.D.N.	AVOIR COMMIS UNE INFRACTION PUNISSABLE EN VERTU DE L'ARTICLE 120 DE LA LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE, C'EST-À-DIRE DES VOIES DE FAIT, EN VIOLATION DE L'ARTICLE 245 DU CODE CRIMINEL DU CANADA
Guilty	In that he, at approximately 2335 hours, on 31 May, 1984, at the LOH lines, on Allumette Island, Quebec, struck [REDACTED] Lieutenant K.J. Edmonds.	<i>c</i> Coupable	En ce sens que, vers 23 h 35, le 31 mai 1984, au quartier des hélicoptères légers d'observation, sur l'Île aux Allumettes (Québec), il a frappé le lieutenant K.J. Edmonds, matricule [REDACTED].
Fifth Charge Sec. 119 N.D.A.	AN ACT TO THE PREJUDICE OF GOOD ORDER AND DISCIPLINE	Cinquième chef d'accusation Art. 119 L.D.N.	AVOIR POSÉ UN ACTE PRÉJUDICIABLE AU BON ORDRE ET À LA DISCIPLINE
Not Guilty	In that he, at approximately 2335 hours, on 31 May, 1984, at the LOH lines, on Allumette Island, Quebec, said to [REDACTED] Lieutenant K.J. Edmonds 'You keep pointing that fucking flashlight at me and I'll shove it up your ass' or words to that effect.	<i>e</i> Non coupable	En ce sens que, vers 23 h 35, le 31 mai 1984, au quartier des hélicoptères légers d'observation, sur l'Île aux Allumettes (Québec), il a dit au lieutenant K.J. Edmonds, matricule [REDACTED]: [TRADUCTION] «Si tu continues de pointer cette maudite de lampe de poche dans ma direction, je te la fourre dans le cul» ou quelque chose de ce genre.
Sixth charge Sec. 119 N.D.A.	AN ACT TO THE PREJUDICE OF GOOD ORDER AND DISCIPLINE	Sixième chef d'accusation Art. 119 L.D.N.	AVOIR POSÉ UN ACTE PRÉJUDICIABLE AU BON ORDRE ET À LA DISCIPLINE
Guilty	In that he, at approximately 2335 hours, on 31 May, 1984, at the LOH lines, on Allumette Island, Quebec, said to [REDACTED] Lieutenant K.J. Edmonds 'No snively nosed Lieutenant is going to tell me to go to bed' or words to that effect.	<i>g</i> Coupable	En ce sens que, vers 23 h 35, le 31 mai 1984, au quartier des hélicoptères légers d'observation, sur l'Île aux Allumettes (Québec), il a dit au lieutenant K.J. Edmonds, matricule [REDACTED]: [TRADUCTION] «Il n'y a pas un morveux de lieutenant qui va me dire d'aller me coucher» ou quelque chose de ce genre.
Seventh charge Sec. 103 N.D.A.	DRUNKENESS	Septième chef d'accusation Art. 103 L.D.N.	IVRESSE
Not Guilty	In that he, at approximately 2335 hours, on 31 May, 1984, at the LOH lines, on Allumette Island, Quebec, was drunk.	<i>i</i> Non coupable	En ce sens que, vers 23 h 35, le 31 mai 1984, au quartier des hélicoptères légers d'observation, sur l'Île aux Allumettes (Québec), il était en état d'ivresse.

The issue is whether the Disciplinary Court Martial, in view of prior proceedings, had jurisdiction to convict the accused of any of the charges against him. In my view, it did not and what follows are my reasons.

La question est de savoir si, eu égard à une poursuite antérieure, la cour martiale disciplinaire avait compétence pour déclarer l'accusé coupable de l'une ou l'autre des accusations portées contre lui. Je ne crois pas qu'elle avait compétence pour ce faire, et en voici les raisons.

It is unnecessary to review the evidence for or against the accused respecting the three charges for which he was convicted. It will suffice to observe that the whole affair was the aftermath of an authorized drinking party where the accused had too much to drink and, faced with that circumstance, the duty officer was unable to escort the accused to his tent without an altercation of the kind which took place.

Following the laying of the charges, the accused not surprisingly elected to be tried summarily by his commanding officer, who accepted that election though he was not bound to do so. See section 141(1) of the *National Defence Act* and article 108.28 of *Q.R. & O.*

The relevant article now reads:

108.28 ...

(1) Before a commanding officer commences a summary trial, he shall peruse the charge report to determine:

(a) ...

(b) if, in his opinion, it would be inappropriate for him to try the case having regard to the interests of justice and discipline.

The Commanding Officer decided that it was not inappropriate for him to try the case. At the trial he adopted an unusual procedure. All witnesses, both for the prosecution and the defence, were subjected to direct examinations but before their being recalled for purposes of cross-examination the Commanding Officer brought the proceedings to an end by addressing the accused in these words:

MCPL Andrew, I have heard the evidence. Again, due to the seriousness of the charges that have been laid against you and because of the statements that have been made on your behalf, and because of your 18 year record and probably, above all, in the interests of justice, I am referring this whole matter to higher authority. The General will decide and when I hear that, you will be informed.

Article 108.29(2) provides that in an appropriate case a commanding officer may adopt that course. The article reads in part:

108.29 ...

(2) A commanding officer

(a) ...

(b) shall conduct the proceedings in the order prescribed under paragraph (1) of this article except that

(i) ...

Il n'est pas nécessaire d'examiner les éléments de preuve à la charge ou à la décharge de l'accusé relativement aux trois chefs d'accusation sous lesquels il a été reconnu coupable. Il suffira de noter que toute l'affaire est survenue à la suite d'une fête où la consommation de boissons alcooliques était autorisée. L'accusé ayant trop bu, l'officier de service n'a pas pu le reconduire à sa tente sans que se produise l'altercation susmentionnée.

À la suite du dépôt des accusations, l'accusé, comme on pouvait s'y attendre, a choisi d'être jugé par voie sommaire par son commandant, lequel a accepté même s'il n'y était pas tenu. Voir le paragraphe 141(1) de la *Loi sur la défense nationale* et l'article 108.28 des *O.R.F.C.*

L'article en question est libellé ainsi:

108.28 ...

(1) Avant de commencer un procès par voie sommaire, le commandant doit examiner le procès-verbal d'accusation afin de déterminer:

a) ...

b) si, dans l'intérêt de la justice et de la discipline, il estime qu'il ne convient pas qu'il juge la cause.

Le commandant a conclu qu'il convenait qu'il juge la cause. Au procès, il a adopté une procédure inhabituelle. Tous les témoins, tant ceux de la poursuite que ceux de la défense, ont été soumis à un interrogatoire principal mais, avant de les appeler pour un contre-interrogatoire, le commandant a mis fin à l'instance en s'adressant à l'accusé en ces termes:

[TRADUCTION] Caporal-chef Andrew, j'ai entendu la preuve. Étant donné la gravité des accusations qui ont été déposées contre vous, les déclarations qui ont été faites pour votre compte ainsi que vos états de service pendant 18 ans et probablement, avant tout, dans l'intérêt de la justice, je renvoie toute l'affaire à une autorité supérieure. Le général tranchera la question et, lorsque je connaîtrai la décision, je vous en informerai.

Le paragraphe 108.29(2) prévoit que, dans un cas approprié, un commandant peut adopter cette ligne de conduite. Le paragraphe est rédigé en partie ainsi:

108.29 ...

(2) Un commandant:

a) ...

b) doit suivre la procédure prescrite au paragraphe (1) du présent article, toutefois

(i) ...

(ii) if during the trial he determines that the case is not an appropriate one for him to try, he may, at any time, refer the case for disposal to higher authority or for trial to another commanding officer having jurisdiction;

In forwarding the case to higher authority for court martial pursuant to article 109.04, the Commanding Officer stated:

Application is hereby made for disposal by higher authority of charges against Master Corporal Andrew.

In support of this application, the following documentation is enclosed;

the synopsis;

the charge sheet; and

a copy of the accused's CF490A.

The accused's conduct sheet is not included as it contains no entries.

It is confirmed that (1) and (2) of article 109.03 of reference were complied with and that the accused did not wish to make a statement.

With respect to these charges, the accused was given the right to elect court martial but chose to be tried summarily by myself. However, in the course of conducting the subsequent summary trial it became apparent that the charges involved complicating factors that would be better dealt with in a court martial. Accordingly, I chose to suspend the summary trial and apply for disposal of the charges by higher authority.

It is recommended that the charges be dealt with by Disciplinary Court Martial.

It should be here observed that the Commanding Officer adopts different reasons from those which he stated to the accused. He mentioned to the accused the seriousness of the charges, the accused's lack of a record and the interests of justice. To the higher authority, he makes reference to complicating factors better suited for court martial.

At this point it is right to say that, the accused having elected for summary trial, justice demands that the reasons given to him ought to be the test of the appropriateness of the Commanding Officer's decision to refer the charges for disposition by court martial.

The higher authority, in this instance the Acting Commander, Air Command, convened a court martial. At the outset of the proceedings, the accused entered a plea in bar of trial pursuant to article 112.24(1) of *Q.R. & O.* on the ground that

(ii) si, durant le procès, le commandant décide qu'il ne convient pas qu'il juge la cause, il peut, à n'importe quel moment, renvoyer le cas à une autorité supérieure ou à un autre commandant qui a la compétence voulue pour juger l'accusé;

En expédiant le dossier à l'autorité supérieure en vue de la convocation d'une cour martiale conformément à l'article 109.04, le commandant a déclaré:

[TRADUCTION] Je demande par la présente à l'autorité supérieure de connaître des accusations portées contre le caporal-chef Andrew.

À l'appui de la présente demande, je joins les documents suivants:

le sommaire;

l'acte d'accusation; et

une copie du CF490A de l'accusé.

La feuille de punitions de l'accusé n'est pas incluse, car elle est vierge.

Il est confirmé que les prescriptions des paragraphes (1) et (2) de l'article 109.03 ont été suivies et que l'accusé n'a pas voulu faire de déclaration.

En ce qui concerne les accusations, l'accusé pouvait choisir d'être jugé par une cour martiale, mais il a préféré être jugé par moi par voie sommaire. Cependant, au cours du procès sommaire qui a suivi, il est devenu évident que les accusations comportaient des complications qu'une cour martiale serait mieux à même de juger. J'ai donc décidé de suspendre le procès par voie sommaire et de demander à une autorité supérieure de connaître des accusations.

Il est recommandé que les accusations soient jugées par une cour martiale disciplinaire.

Il faut noter ici que le commandant fait valoir des motifs différents de ceux qu'il a exposés à l'accusé. Il a mentionné à l'accusé la gravité des accusations, l'absence d'infraction à son dossier et l'intérêt de la justice. À l'intention de l'autorité supérieure, il fait mention de complications qui ressortissent davantage à une cour martiale.

À cet égard, il est juste de dire que, l'accusé ayant choisi d'être jugé par voie sommaire, la justice exige que les motifs qui lui ont été donnés servent de critères au bien-fondé de la décision du commandant de renvoyer l'affaire à une cour martiale.

L'autorité supérieure, en l'occurrence le commandant par intérim du Commandement aérien, a convoqué une cour martiale. Au début du procès, l'accusé a présenté une fin de non-recevoir conformément au paragraphe 112.24(1) des *O.R.F.C.*

the Court Martial lacked jurisdiction to hear and dispose of the charges.

That article reads:

112.24 — PLEA IN BAR OF TRIAL

(1) An accused may plead in bar of trial that:

- (a) the court has no jurisdiction; or
- (b) the charge was previously dismissed, or that he was previously found guilty or not guilty of that charge by either a service tribunal or a civilian court (see article 102.17 — “*Previous Acquittal or Conviction*”); or

(c) he is unfit to stand trial by reason of insanity (see article 112.65 — “*Decision when Accused Insane at Trial*” and article 102.175 — “*Accused Insane at Trial*”); or

(d) the charge does not disclose a service offence.

(2) The accused may make any statement that is pertinent to his plea in bar of trial, and witnesses may be called:

- (a) by the accused, to support his plea;
- (b) by the prosecutor, in rebuttal of the plea; and
- (c) by the court, if it desires to hear any further evidence.

(3) When any witnesses under (2) of this article have been heard, addresses may be made to the court first by the accused and then by the prosecutor, and the accused shall have the right to make an address in reply to any address made by the prosecutor.

(4) When the evidence, if any, has been heard, the court shall close to deal with the plea in bar of trial.

(5) If a plea in bar of trial has been made, the plea and the manner in which the plea was disposed of shall be recorded in the minutes of the proceedings.

(6) When the plea has been disposed of, the court shall reopen and inform the accused of the result of his plea in bar of trial.

(7) When a plea in bar of trial has been allowed, the court shall:

(a) if the plea has been allowed to all charges, terminate the proceedings and report to the convening authority; or

(b) if the plea has not been allowed to all charges

- (i) terminate the proceedings on the charge to which a plea has been allowed,
- (ii) proceed with the trial of the charge to which the plea has not been allowed, and
- (iii) report at the conclusion of the trial to the convening authority as to the charges in respect of which the plea has been allowed.

pour le motif que la cour martiale n'avait pas compétence pour connaître des accusations.

Ce paragraphe est rédigé comme suit:

a 112.24 — FIN DE NON-RECEVOIR

(1) Un accusé peut présenter une fin de non-recevoir en alléguant

- a) que la cause n'est pas de la compétence de la cour, ou
- b) que l'accusation a antérieurement fait l'objet d'une ordonnance de non-lieu ou qu'il a été déclaré antérieurement coupable ou non coupable de cette accusation par un tribunal militaire ou par un tribunal civil (voir l'article 102.17 — “*Acquittement ou condamnation antérieur*”); ou

c) qu'il est inapte à subir son procès pour raison d'aliénation mentale (voir l'article 112.65 — “*Décision lorsque l'accusé est atteint d'aliénation mentale au procès*” et l'article 102.175 — “*Accusé atteint d'aliénation mentale au procès*”), ou

d) que l'accusation ne révèle pas une infraction militaire.

d (2) L'accusé peut faire ou présenter une déclaration se rapportant à la fin de non-recevoir et des témoins peuvent être cités par

- a) l'accusé, à l'appui de son exception,
- b) le procureur, en réfutation de l'exception et
- c) la cour, si elle désire avoir d'autres preuves.

e (3) Lorsque les témoins mentionnés au paragraphe (2) du présent article ont été entendus, des plaidoyers peuvent être présentés à la cour d'abord par l'accusé et ensuite par le procureur et l'accusé a le droit de faire un plaidoyer en réponse à tout réquisitoire du procureur.

f (4) Lorsque les témoignages ont été rendus, si témoignage il y a, la cour délibère en séance secrète sur la fin de non-recevoir.

(5) Si une fin de non-recevoir a été présentée, l'exception et la décision dont elle a fait l'objet sont inscrites au procès-verbal des délibérations.

g (6) Lorsqu'il a été statué sur l'exception, la cour, de nouveau en audience publique, informe l'accusé de la décision dont son exception a fait l'objet.

(7) Lorsque la fin de non-recevoir a été admise, la cour,

a) si elle a été admise sur tous les chefs d'accusation, met fin aux délibérations et fait rapport à l'autorité convocatrice, ou

b) si elle n'a pas été admise sur tous les chefs d'accusation,

- (i) met fin aux délibérations sur le chef d'accusation pour lequel la fin de non-recevoir a été admise; et
- (ii) continue le procès sur le chef d'accusation pour lequel la fin de non-recevoir n'a pas été admise; et
- (iii) fait rapport à l'autorité convocatrice, à l'issue du procès, sur les chefs d'accusation pour lesquels une fin de non-recevoir a été admise.

(M)

NOTES

- (A) A plea that the court lacks jurisdiction must be made on one or more specific grounds; for example:
- (i) that the court is not properly constituted having regard to the ranks of the members, or that it does not consist of the required number of officers, or
 - (ii) that the accused is not a person liable to trial by the court, or
 - (iii) that the alleged offence was committed so long before the commencement of the trial that a court martial no longer has jurisdiction.
- (B) Any witnesses called under this article are subject to cross-examination and re-examination.

(M)

The Judge Advocate who was present at the Court Martial accepted the plea, terminated the proceedings and reported to the convening authority. His decision reads:

JUDGE ADVOCATE: The defence has made a plea in bar of trial, arguing that this court has no jurisdiction because the commanding officer referred the case to a higher authority under what obviously is Regulation 108.29, para (2) subpara (b) subsubpara (ii), which says:

“if during the trial he”, the commanding officer, “determines that the case is not an appropriate one for him to try, he may, at any time, refer the case for disposal to higher authority or for trial to another commanding officer having jurisdiction;”.

The defence contends that the reason, in this case, why Lieutenant-Colonel Foster referred the matter to the Commander, Air Command for disposal were not appropriate reasons, so to speak, and, that in fact, the Commander of Air Command convened this court, not under false pretense, but not being aware of all the true facts; if he had known all the true facts, he might not have convened the court. He might have sent it back to the commanding officer.

The Regulation regulating or pertaining to summary trials, and particularly in this case to the issue at hand, are in QR&O 108.28 and 108.29 and 108.30. Before a commanding officer commences a summary trial, he must, one, peruse the charge report to determine (a) if he is precluded from trying the accused by reason of the accused's rank or status. Obviously, in this case, the commanding officer was not precluded by the accused's rank or status.

Two, because he considers his powers of punishment to be inadequate having regard to the gravity of the alleged offence. We have in evidence that Lieutenant-Colonel Foster was satisfied that his powers of punishment were adequate, therefore that didn't apply.

And, last, if, in his opinion, it would be appropriate for him to try the case having regard to the interests of justice and discipline. Obviously, Lieutenant-Colonel Foster made a decision that it was not inappropriate for him to try the case, having regard to the interests of justice and discipline.

(M)

NOTES

- (A) Une exception à l'effet que la cour est incompétente doit être fondée sur un ou plusieurs motifs spécifiques, notamment:
- (i) parce que la cour n'est pas régulièrement constituée en ce qui regarde les grades de ses membres ou parce qu'elle ne compte pas le nombre voulu d'officiers, ou
 - (ii) parce que l'accusé n'est pas une personne justiciable de la cour, ou
 - (iii) parce que l'infraction alléguée a été commise si longtemps avant l'ouverture du procès qu'elle n'est plus du ressort d'une cour martiale.
- (B) Tous les témoins cités en vertu du présent article peuvent être interrogés contradictoirement et interrogés de nouveau.

(M)

Le juge-avocat qui siégeait à la cour militaire a admis la fin de non-recevoir, a mis fin au procès et a fait rapport à l'autorité convocatrice. Voici le texte de sa décision:

[TRADUCTION] LE JUGE-AVOCAT: La défense a présenté une fin de non-recevoir, en soutenant que notre cour n'a pas compétence parce que le commandant a renvoyé le cas à une autorité supérieure en vertu manifestement du sous-alinéa 108.29(2)b(ii), lequel est libellé ainsi:

«si, durant le procès, le commandant décide qu'il ne convient pas qu'il juge la cause, il peut, à n'importe quel moment, renvoyer le cas à une autorité supérieure ou à un autre commandant qui a la compétence voulue pour juger l'accusé».

La défense prétend que les motifs pour lesquels le lieutenant-colonel Foster a renvoyé l'affaire au commandant du Commandement aérien n'étaient pas valables, pour ainsi dire, et que de fait celui-ci a convoqué notre cour, non sous un faux prétexte, mais sans être au courant de tous les faits exacts; s'il les avait connus, il n'aurait peut-être pas convoqué la cour. Il aurait peut-être renvoyé le cas de nouveau au commandant.

Les dispositions réglementaires régissant ou concernant les procès par voie sommaire, et plus particulièrement le présent cas en litige, se trouvent aux articles 108.28, 108.29 et 108.30 des O.R.F.C. Avant de commencer un procès par voie sommaire, un commandant doit premièrement examiner le procès-verbal d'accusation afin de déterminer a) s'il lui est impossible de juger l'accusé pour les raisons suivantes: En raison du grade ou du statut de l'accusé. Manifestement, ce n'était pas le cas en l'espèce.

Deuxièmement, parce qu'il estime ses pouvoirs de punition insuffisants étant donné la gravité de l'infraction présumée. Il ressort de la preuve que le lieutenant-colonel Foster était convaincu que ses pouvoirs de punition étaient suffisants, donc cela ne s'appliquait pas.

Et enfin, si, dans l'intérêt de la justice et de la discipline, il estime qu'il ne convient pas qu'il juge la cause. Manifestement, le lieutenant-colonel Foster a conclu qu'il convenait qu'il juge la cause, étant donné l'intérêt de la justice et de la discipline.

So, once he has ascertained all these factors and decides that he is not precluded from trying the accused, he shall proceed with the trial as prescribed in this section. He has to proceed.

In this case, he did proceed. The summary trial was begun. He followed the proper procedure. All witnesses were called; the witnesses for the Crown and the witnesses for the defence. They were all hear[d].

At the conclusion of the hearing of all the witnesses, the commanding officer marched out the accused and discussed the matter with the Squadron Sergeant-Major and the assisting officer, and, what came out in evidence this morning from Lieutenant-Colonel Foster is that he was confused at that stage. He was perplexed. He found the thing very complex, or complicated, mostly because he suspected that some . . . there was contradictions in the evidence. Somebody was lying, and he wanted to get to the bottom of it. It was his intention to recall all the witnesses once again, to be re-examined.

However, before he could do that, he changed his mind and he called the accused, and he advised him that he was referring the matter to the Commander, Air Command for court martial, the rationale being that a court was better equipped to decide who was lying or not lying; in other words, to decide on the credibility of the witnesses.

Now, the defence contends . . . or, is asking this court to rule that the reasons for which the commanding officer referred the matter to the Commander, Air Command, were not appropriate reasons; it was not appropriate for him to do so.

Now, this court has no difficulty in finding that it's not for this court to decide on the appropriateness of the CO's reasons, however, having said that, the court is also of the view that in our system of military justice, there is a system of checks and balances. If the legislator or regulator has gone to the trouble of stating in 108.29 (2) (b) (ii): if during the trial the commanding officer determines that the case is not an appropriate one for him to try; if the regulator has put the word 'appropriate', the adverb appropriate, it means, and this is the view of this court, it means that the CO has not an unfettered discretion to do it at his whim. He must have an appropriate reason. And, if he does that, he refers it to the higher authority.

Now, the court is also of the view that the appropriate . . . the propriety, or the appropriateness, if I can use that word, has to be verified, or somebody has to pass judgement on those reasons, and it is the view of this court that the only authority that is empowered to do that is the convening authority. In other words, the Commander of Air Command, when the matter is referred to him by the commanding officer of the accused, he must say: Are the reasons advanced by the commanding officer appropriate; are they good?, and then, the Commander of Air Command makes up his mind, and under 109.05 of the QR, the Commander, or the higher authority, the convening authority, can do one of three things. He can dismiss the charges. He can convene a court. Or, he can send the matter back to the CO, and tells him to carry on with his trial. So, the Commander has discretion . . . has discretion as to what he can do. But, I repeat, that in my view, in the view of this court, it is incumbent on the Commander, the higher authority, to decide whether or not the reason advanced by the CO for asking a court for the case at hand are appropriate.

Ainsi, une fois qu'il a vérifié tous ces facteurs et a conclu qu'il peut juger l'accusé, il doit instruire le procès de la façon prescrite dans cet article. Il doit instruire le procès.

En l'espèce, il a instruit le procès. Le procès par voie sommaire a débuté. Il a suivi la procédure indiquée. Tous les témoins ont été appelés, tant ceux de la Couronne que ceux de la défense. Ils ont tous été entendus.

À la fin de l'audition de tous les témoins, le commandant a fait sortir l'accusé et a discuté de l'affaire avec le sergent-major de l'escadron et l'officier désigné, et il en est ressorti ce matin-là que le lieutenant-colonel Foster était indécis à cette étape de l'instruction. Il était perplexe. Il trouvait la chose très complexe, ou compliquée, surtout parce qu'il soupçonnait qu'il y avait . . . des contradictions dans la preuve. Quelqu'un mentait, et il voulait aller au fond de l'histoire. Il avait l'intention de rappeler tous les témoins encore une fois, afin de les interroger de nouveau.

Cependant, avant qu'il ait pu le faire, il a changé d'idée, a appelé l'accusé et l'a informé qu'il renvoyait le cas au commandant du Commandement aérien en vue de la convocation d'une cour martiale, car il estimait qu'une cour était davantage en mesure de déterminer qui mentait ou qui ne mentait pas; en d'autres mots, de se prononcer sur la crédibilité des témoins.

Or, la défense prétend . . . ou demande à notre cour de statuer que les motifs pour lesquels le commandant a renvoyé le cas au commandant du Commandement aérien n'étaient pas valables; il ne convenait pas qu'il le fasse.

Or, notre cour n'a aucune difficulté à conclure qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur le bien-fondé des motifs du commandant; cependant, cela dit, la cour estime également que, dans notre système de justice militaire, il existe un système de contrôles et de contrepoids. Si le rédacteur du texte législatif ou réglementaire s'est donné la peine de déclarer au sous-alinéa 108.29(2)b)(ii): «si, durant le procès, le commandant décide qu'il ne convient pas qu'il juge la cause», si le rédacteur du règlement a utilisé le mot «convient», le verbe convient, cela signifie, et c'est l'opinion de notre cour, cela signifie que le commandant n'a pas un pouvoir discrétionnaire absolu de le faire à son gré. Il doit avoir un motif valable. Et, s'il en a un, il renvoie le cas à l'autorité supérieure.

Or, la cour estime également qu'il faut vérifier l'à-propos . . . ou le bien-fondé, si je peux utiliser ce terme, ou que quelqu'un doit se prononcer sur ces motifs, et notre cour estime que la seule autorité qui a le pouvoir de le faire est l'autorité convocatrice. En d'autres mots, lorsque le cas lui est renvoyé par le commandant de l'accusé, le commandant du Commandement aérien doit se demander: Les motifs avancés par le commandant sont-ils valables; sont-ils bons? Et alors le commandant du Commandement aérien prend une décision, et selon l'article 109.05 des O.R.F.C., le commandant, ou l'autorité supérieure, l'autorité convocatrice, peut faire l'une des trois choses suivantes. Il peut rejeter les chefs d'accusation. Il peut convoquer une cour martiale. Ou bien il peut renvoyer le cas au commandant et lui dire de poursuivre son procès. Ainsi, le commandant a un pouvoir d'appréciation . . . a un pouvoir d'appréciation quant à ce qu'il peut faire. Mais je répète qu'à mon avis, à l'avis de notre cour, il appartient au commandant du Commandement aérien, l'autorité supérieure, de décider si le motif avancé par le commandant pour demander la tenue d'une cour martiale dans le cas en question est valable ou non.

Now, having said that, the court has to decide: Did the Commander, Air Command, in this case, appraise ... or given enough ... was he given enough information to make a reasonable decision? We have in evidence from the testimony of Lieutenant-Colonel Foster, that when he referred the matter to higher authority, he wrote him a letter in accordance with QR&O 109.03 ... maybe .04. 109.04. In that letter, which he brought into court, but it was not filed as an Exhibit, but he read that letter in its entirety to the court, the grounds he offered to the Commander, Air Command were that because of complicated matters, I request that you convene a court.

Now, was this sufficient for Commander, Air Command to decide on the appropriate ... on the propriety or the appropriateness of the CO ... the reason for terminating the summary trial?

Based on the evidence that was heard this morning, it is the court's view that the Commanding Officer, 427 Squadron, was less than candid in his letter to the Commander, Air Command. This is not meant as a criticism. Lieutenant-Colonel Foster is obviously a very honest man, with great experience, but, it is the view of the court he didn't tell the whole story to the Commander. I hold the view that he should have told the Commander, 'Sir, I am referring this matter to you. I have gone to a summary trial. I have reached the point of having heard all the evidence, and because I have doubts about this, that and the next thing, I want you ... or, I request that you convene a court.' Then, the Commander, Air Command, could have made up his mind. Are these good enough reasons? Is it appropriate for the commander to stop a trial, for these reasons, and ask for a court?

So, in view of all this, and without stating any view as to the propriety of these reasons, it is the ruling of this court that the plea in bar of trial will be granted, and the matter be referred back to the convening authority. Hopefully, the convening authority will be appraised of the reasons why a court is being sought by the commanding officer, and, being aware of all the reasons, can make up his mind once again. If he decides that a court is to be convened, he will convene a court, and a court will be held, or decide otherwise. That's his decision for him to do.

Shortly after this Court Martial was terminated, the Commanding Officer wrote a message to the convening authority giving still further reasons for referring the matter for court martial. His message reads:

AIRCOM WINNIPEG/COMD/AJAG//
CFB PETAWAWA/DJA 1/(BY MAIL)
SUBJ: DISCIPLINARY (sic) COURT MARTIAL - MCPL ANDREW

1. ON 31 AUG 84 THE PRESIDENT OF THE DCM ON THE RECOMMENDATION OF THE JUDGE ADVOCATE ADJOURNED THE DCM ON THE GROUNDS THAT I HAD NOT GIVEN SUFFICIENT INFORMATION TO YOU FOR A DCM TO BE CONVENED (sic).

Or, cela étant dit, la cour doit se prononcer : en l'espèce, le commandant du Commandement aérien a-t-il jugé ... ou reçu suffisamment ... lui a-t-on fourni suffisamment de renseignements pour lui permettre de rendre une décision valable? Il ressort du témoignage du lieutenant-colonel Foster que, lorsqu'il renvoya l'affaire à l'autorité supérieure, il lui adressa une lettre conformément à l'article 109.03 ... peut-être 109.04 des O.R.F.C. Dans cette lettre, qui n'a pas été versée au dossier comme pièce à conviction, mais que le lieutenant-colonel Foster a lue en entier à la cour, ce dernier a fait valoir au commandant du Commandement aérien qu'en raison de questions compliquées, il lui demandait de convoquer une cour martiale.

Or, cela suffisait-il pour que le commandant du Commandement aérien puisse se prononcer sur l'à-propos ... ou le bien-fondé du commandant ... du motif invoqué pour mettre fin au procès par voie sommaire?

En se fondant sur la preuve qui a été entendue ce matin, la cour estime qu'on ne peut pas dire que le commandant du 427^e Escadron a été franc dans sa lettre au commandant du Commandement aérien. Il ne s'agit pas d'une critique. Le lieutenant-colonel est manifestement un homme très honnête qui possède une vaste expérience, mais, de l'avis de la cour, il n'a pas relaté toute l'histoire au commandant du Commandement aérien. Je maintiens l'opinion qu'il aurait dû dire au commandant : «Monsieur, je vous renvoie ce cas. J'ai entamé un procès par voie sommaire. J'ai entendu toute la preuve, et parce que j'ai des doutes au sujet de ceci et de cela, je voudrais que vous ... ou je vous demande de convoquer une cour.» Alors, le commandant du Commandement aérien aurait pu prendre une décision. S'agit-il d'assez bons motifs? Y-a-t-il lieu pour le commandant de mettre fin au procès, pour ces motifs, et de demander la convocation d'une cour martiale?

Ainsi, à cause de tout cela, et sans émettre d'opinion quant au bien-fondé de ces motifs, notre cour décide d'admettre la fin de non-recevoir et de renvoyer le cas de nouveau à l'autorité convocatrice. J'ai espoir que celle-ci sera informée des raisons pour lesquelles le commandant tente d'obtenir la convocation d'une cour et, une fois au courant de ces raisons, elle pourra prendre une décision de nouveau. Si elle décide qu'il faut convoquer une cour, elle en convoquera une, qui entendra l'affaire, ou elle en décidera autrement. C'est à elle de décider.

Peu après la fin du procès tenu par cette Cour martiale, le commandant a transmis un message à l'autorité convocatrice pour lui donner encore d'autres raisons à l'appui du renvoi de l'affaire devant une cour martiale. Ce message est libellé ainsi:

[TRADUCTION]
C. AIR WINNIPEG/COMMANDANT/A.J.A.G.//
BFC PETAWAWA/D.J.A. 1/(PAR COURRIER)
OBJET: COUR MARTIALE DISCIPLINAIRE — CAPO-
RAL - CHEF ANDREW

1. LE 31 AOÛT 1984, LE PRÉSIDENT DE LA C.M.D. A, SUR LA RECOMMANDATION DU JUGE-AVOCAT, AJOURNE LA C.M.D. POUR LES MOTIFS QUE JE NE VOUS AVAIS PAS FOURNI SUFFISAMMENT DE RENSEIGNEMENTS POUR LA CONVOCATION D'UNE C.M.D.

2. THIS IS CONFIRMATION THAT I DID CONSULT WITH D COMD 10 TAG AND BASE DJA PRIOR TO SENDING OUR LETTER RECOMMENDING TRIAL BY DCM. THE FOLLOWING POINTS WERE DISCUSSED:

A. MORAL OF SQN

B. NO AND COMPLEXITY OF CHARGES (UPON HEARING EVIDENCE DURING THE TRIAL IT BECAME DIFFICULT TO DETERMINE THE LEGAL STATUS OF CHARGES 3, 4, AND 7)

C. RULES OF EVIDENCE (IE: IT WAS APPARENT BEFORE AND DURING THE TRIAL THAT THE CREDIBILITY AND CHARACTER OF SOME OF THE WITNESS (*sic*) WERE QUESTIONABLE. I FELT THAT THOSE MATTERS WERE OF SUFFICIENT LEGAL COMPLEXITY TO WARRANT LEGAL COUNCIL (*sic*))

D. GRAVITY OF OFFENCES AND IF THE ACCUSED (*sic*) SHOULD BE FOUND GUILTY WHICH OF THE SEVEN CHARGES SHOULD BE RETAINED

E. THAT MILITARY JUSTICE MUST PREVAIL

3. BASED ON CONVERSATIONS WITH D COMD 10 TAG AND THE BASE DJA MY RECOMMENDATION THAT THE ACCUSED (*sic*) BE TRIED BY DCM STILL STANDS.

The Commander, Air Command and not the Acting Commander signed a second convening authority. At the outset of the second Court Martial, the accused raised the same and other pleas in bar of trial but all were rejected by a different Judge Advocate.

The relevant portion of his decision reads:

The second plea urges me to find that the commanding officer exercised improper discretion when he referred the matter forward. The defence has cited a number of authorities which he considers support his position, and I have reviewed them. I find one particular portion of the Robertson case to be relevant, very relevant, to these proceedings. It is contained at pages 7 and 8 of the material provided to me by the defence. It commences in the second complete paragraph on page 7 and it carries through to the end of page 8. I will not read page 7 but I do want to commence reading near the top of page 8. I consider this to be important.

2. LA PRÉSENTE A POUR BUT DE CONFIRMER QUE J'AI CONSULTÉ LE COMMANDANT ADJOINT DU 10^e G.A.T. ET LE JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL ADJOINT DE LA BASE PRÉALABLEMENT À L'ENVOI DE LA LETTRE RECOMMANDANT LA TENUE D'UNE C.M.D.

a LES POINTS SUIVANTS ONT ÉTÉ EXAMINÉS:

A. LE MORAL DE L'ESCADRON.

B. LE NOMBRE ET LA COMPLEXITÉ DES CHEFS D'ACCUSATION (À L'AUDITION DE LA PREUVE AU COURS DU PROCÈS, IL EST DEVENU DIFFICILE DE DÉTERMINER LA NATURE JURIDIQUE DES CHEFS D'ACCUSATION NUMÉROS 3, 4 ET 7)

C. LES RÈGLES DE LA PREUVE (C'EST-À-DIRE QU'IL ÉTAIT ÉVIDENT AVANT ET DURANT LE PROCÈS QUE LA CRÉDIBILITÉ ET LA RÉPUTATION DE CERTAINS DES TÉMOINS POUVAIENT ÊTRE MISES EN DOUTE. J'AI ESTIMÉ QUE CES POINTS SOULEVAIENT SUFFISAMMENT DE PROBLÈMES SUR LE PLAN JURIDIQUE POUR JUSTIFIER L'INTERVENTION D'UN CONSEILLER JURIDIQUE)

D. LA GRAVITÉ DES INFRACTIONS AINSI QUE LA QUESTION DE SAVOIR, DANS L'ÉVENTUALITÉ OÙ L'ACCUSÉ SERAIT RECONNU COUPABLE, LESQUELS DES SEPT CHEFS D'ACCUSATION DEVRAIENT ÊTRE RETENUS

E. LE FAIT QUE LA JUSTICE MILITAIRE DOIT PRÉVALOIR

3. ÉTANT DONNÉ LES CONVERSATIONS QUE J'AI EUES AVEC LE COMMANDANT ADJOINT DU 10^e G.A.T. ET LE JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL ADJOINT DE LA BASE, JE MAINTIENS MA RECOMMANDATION SELON LAQUELLE L'ACCUSÉ DEVRAIT ÊTRE JUGÉ PAR UNE C.M.D.

Le commandant du Commandement aérien, et non le commandant par intérim, a signé une deuxième autorisation pour la convocation d'une C.M.D. À l'ouverture de la deuxième cour martiale, l'accusé a soulevé la même fin de non-recevoir en plus d'un certain nombre d'autres, mais elles ont toutes été rejetées par un autre juge-avocat.

Le passage pertinent de sa décision est libellé comme suit:

[TRADUCTION] Le deuxième plaidoyer m'incite à statuer que le commandant n'a pas exercé convenablement son pouvoir d'appréciation lorsqu'il a renvoyé le cas à une autre instance. La défense a cité un certain nombre de décisions qui iraient à l'appui de sa position, et je les ai étudiées. Je trouve qu'un certain passage de l'affaire Robertson est pertinent, très pertinent même, à la présente poursuite. Il apparaît aux pages 7 et 8 du document qui m'a été fourni par la défense. Il commence au deuxième paragraphe complet de la page 7 et se continue jusqu'à la fin de la page 8. Je ne donnerai pas lecture de la page 7 mais je commencerai presque au début de la page 8. J'estime que c'est important.

"The question then remains if the commanding officer must complete a summary trial once he has determined that neither obstruction exists".

Now, this was referring back to article 108.28(2).

"Despite the 'shalls' in sub-section 2, we hold that not to be the case. The proper procedure is for the commanding officer to have the accused brought before him and to commence the summary trial. During the course of this trial, should something arise to trigger to (*sic*) proper exercise of his description (*sic*) under article 108.25 in the direction of NOT continuing with the trial, then he is free to exercise it. The triggering event here was the application of the accused for civilian counsel which the commanding officer was unable to grant him. He therefore quite properly exercised his statutory discretion and referred the case to higher authority. Other triggering events could arise in the course of a summary trial such as the commanding officer's discovery that he had a personal interest in the outcome or that the interests of justice would not be served by his continuance. Any such triggering event could justify the proper exercise of his discretion under article 108.25. His proper course is then to apply to a higher authority for the disposal of the charge under article 109.01 which reads:

Article 109.01

A commanding officer shall apply to higher authority for the disposal of a charge, unless that charge has been dismissed or unless a finding has been pronounced at a summary trial under Chapter 108."

Now, the triggering event referred to by the court martial appeal court, it seems to me, in respect of a summary trial already commenced, is that envisaged by Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces article 108.29(2)(b)(ii). The court martial appeal court talks of "interest of justice", in that judgment, that portion I have just read, and says that it may be a triggering event, during trial, to put the matter forward for disposition. The commanding officer, in exhibit "1" on the plea in bar of trial, at paragraph 2, E., refers to military justice. He also refers to a number of other reasons why the matter went forward. I agree that Robertson is distinguishable from the present case on its facts, but it seems to me that the court martial appeal court has spoken reasonably clearly on an issue which has proceeded into trial at a summary trial. It is quite clear by our regulations, pertaining to summary trials commenced by a commanding officer, that he may, at any time prior to a finding, refer the matter to higher authority where it is appropriate. I agree with the defence that once a commanding officer embarks upon a summary trial he must, in accordance with the principles of fundamental justice, afford reasonable opportunity for the defence to present its case, and he must act fairly, and he must reach a decision untainted by bias. The decision he must reach is limited by authority granted him

"La question reste alors de savoir si le commandant doit poursuivre jusqu'à la fin un procès par voie sommaire une fois qu'il a déterminé qu'il n'existe aucun empêchement."

On se reportait alors de nouveau au paragraphe 108.28(2).

- a [TRADUCTION] «Malgré l'emploi du verbe «doit» au paragraphe 2, nous sommes d'avis que ce n'est pas le cas. La procédure à suivre est la suivante: le commandant doit faire amener l'accusé devant lui et ouvrir le procès par voie sommaire. Si, au cours de ce procès, quelque chose devait justifier le commandant d'exercer le pouvoir d'appréciation que lui confère l'article 108.25 et de ne PAS poursuivre le procès, il est libre alors de l'exercer. Le catalyseur a été ici la demande présentée par l'accusé en vue d'être représenté par un avocat civil, demande que le commandant était incapable d'accueillir. Il a donc exercé tout à fait correctement le pouvoir d'appréciation que lui accorde la loi et a renvoyé le cas à l'autorité supérieure. D'autres faits pourraient venir jouer un rôle de catalyseur au cours d'un procès par voie sommaire, par exemple si le commandant se rendait compte qu'il a un intérêt personnel dans la verdict ou que l'intérêt de la justice ne serait pas bien servi s'il continuait de présider le procès. Tout événement de ce genre pourrait justifier l'exercice valable de son pouvoir d'appréciation selon l'article 108.25. Dans ces circonstances, il doit demander à l'autorité supérieure de connaître de l'accusation conformément à l'article 109.01, ainsi libellé:

Article 109.01

Un commandant demande à l'autorité supérieure de connaître d'une accusation, à moins que l'accusation n'ait pas été retenue ou qu'un verdict n'ait été rendu à un procès par voie sommaire en vertu du chapitre 108.

Or, le catalyseur dont il est fait mention par la Cour d'appel des cours martiales, me semble-t-il, dans le cas d'un procès par voie sommaire déjà en cours, est celui qui est envisagé au sous-alinéa 108.29(2)(b)(ii) des Ordonnances et Règlements Royaux applicables aux Forces canadiennes. La Cour d'appel des cours martiales parle de «l'intérêt de la justice», dans ce jugement, dans le passage dont je viens de donner lecture, et dit que ce peut être un fait qui, au cours du procès, incite à renvoyer l'affaire à une autre autorité. Dans la pièce à conviction numéro «1» relativement à la fin de non-recevoir, au paragraphe 2, E, le commandant fait allusion à la justice militaire. Il indique également un certain nombre d'autres raisons pour lesquelles l'affaire a été renvoyée. J'admets que l'affaire Robertson puisse se distinguer de la présente affaire quant aux faits, mais il me semble que la Cour d'appel des cours martiales s'est prononcée de façon raisonnablement claire sur une question qui a fait l'objet d'un procès par voie sommaire. Il ressort clairement de nos règlements, relatifs aux procès par voie sommaire recommandés par un commandant, que celui-ci peut, en tout temps avant que le verdict soit prononcé, renvoyer l'affaire à l'autorité supérieure s'il le juge approprié. Je suis d'accord avec la défense que, lorsqu'un commandant s'engage dans un procès par voie sommaire, il doit, en conformité avec les principes de la justice fondamentale, accorder une possibilité raisonnable à la défense de présenter ses arguments, il doit agir de façon équitable et il doit en

under regulation. But it is not limited to a finding of guilty or not guilty.

A decision he must consider, throughout a summary trial, is whether it is appropriate for him to continue the summary trial to its conclusion with a finding, and sentence if required, or whether it is not appropriate for him to try, and consequently pass it for disposal to higher authority or to another commanding officer. In this case, the commanding officer took a decision, during a summary trial, to refer the matter to higher authority. This was a decision he was entitled to take and he has advanced his reasons for so doing. I can find nothing wrong with the way he has proceeded. One further thing, I am a court, or rather this DCM is a court of trial and not appellate jurisdiction. I do not believe I, on behalf of this court, or indeed this court, has authority to sit in an appellate capacity on either a commanding officer or a convening authority in respect of the exercise of their discretion in disciplinary matters. As long as there are grounds, or facts present, upon which to exercise discretion, that is really all that concerns me regarding jurisdiction of this court. The question of appropriateness is in the mind of the commanding officer acting reasonably. I can find nothing that would indicate he acted unreasonably at law. I therefore deny the second plea in bar of trial.

As will be observed, the two Judge Advocates gave different opinions on the appropriateness of the Commanding Officer's decision to refer the whole matter to higher authority.

The Judge Advocate at the first Court Martial was right in allowing the plea in bar of trial but should have based his decision on what was said to the accused by the Commanding Officer when he terminated the summary trial. The reasons given to the higher authority before and after the first Court Martial ought not to have been taken into account. Indeed, whatever passed between the Commanding Officer and "D COMD 10 TAG AND BASE DJA PRIOR TO SENDING OUR LETTER RECOMMENDING TRIAL BY DCM" is of no account at all in any of the proceedings.

venir à une décision impartiale. La décision qu'il doit rendre est limitée par le pouvoir dont il est investi en vertu du règlement. Mais elle ne se limite pas à un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité.

a Une décision qu'il doit envisager, au cours d'un procès par voie sommaire, est de savoir s'il convient de poursuivre ce procès jusqu'à la fin, c'est-à-dire jusqu'à un verdict, et une sentence le cas échéant, ou s'il ne convient pas de tenir le procès, et par conséquent renvoyer le cas à l'autorité supérieure ou à un autre commandant. En l'espèce, le commandant a pris la décision, au cours du procès, de renvoyer le cas à l'autorité supérieure. C'était une décision qu'il avait le droit de prendre et il a formulé les raisons qui l'ont incité à ce faire. Je ne peux pas trouver d'erreur dans la conduite qu'il a adoptée. De plus, je constitue une cour, ou plutôt la présente C.M.D. est une cour de première instance et non pas une cour d'appel. Je ne crois pas que j'aie, au nom de la présente cour, ou même que la présente cour ait le pouvoir de siéger en appel relativement à l'exercice par un commandant ou une autorité convocatrice d'un pouvoir d'appréciation en matière disciplinaire. Aussi longtemps qu'il y a des motifs, ou des faits, à l'égard desquels exercer un pouvoir d'appréciation, c'est vraiment tout ce qui m'importe relativement à la compétence de la présente cour. La question du bien-fondé est dans l'esprit du commandant qui agit de façon raisonnable. Je ne puis rien trouver qui indiquerait qu'il n'a pas agi raisonnablement selon la loi. Je refuse donc d'admettre la deuxième fin de non-recevoir.

e Ainsi qu'on le notera, les deux juges-avocats ont émis une opinion différente sur le bien-fondé de la décision du commandant de renvoyer toute l'affaire à une autorité supérieure.

f Le juge-avocat de la première cour martiale a eu raison d'admettre la fin de non-recevoir, mais il aurait dû appuyer sa décision sur ce que le commandant a dit à l'accusé lorsqu'il a mis fin au procès par voie sommaire. Les raisons données à l'autorité supérieure avant et après la tenue de la première cour martiale n'auraient pas dû être prises en considération. En effet, tout ce qui s'est passé entre le commandant et «LE COMMANDANT ADJOINT DU 10^e G.A.T. ET LE JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL ADJOINT PRÉALABLEMENT À L'ENVOI DE LA LETTRE RECOMMANDANT LA TENUE D'UNE C.M.D.» n'a aucune importance dans quelque procédure que ce soit en l'espèce.

In the interests of justice to the accused, who elected to be tried by his commanding officer, the reasons advanced to him at the time are not a firm enough foundation for terminating the summary proceedings. On the facts of the case, this altercation was, as earlier stated, the aftermath of an authorized drinking party, and although the resulting charges were serious, their disposition ought, with respect, to have been dealt with as a matter of squadron discipline.

One other observation is appropriate. The bar of trial could not be removed by further and supposedly better reasons. In the circumstances, the convening authority had no option but to dismiss the charges. Not having done so the Disciplinary Court Martial from whose verdict the accused has appealed was without jurisdiction to hear and dispose of the charges.

The findings of guilt on the three charges are set aside and the Court directs a finding of not guilty in respect of all charges pursuant to section 202(1) of the *National Defence Act*.

Dans l'intérêt de la justice à l'égard de l'accusé, qui a choisi d'être jugé par son commandant, les raisons qui lui ont été fournies à l'époque ne constituent pas une base assez solide pour justifier l'arrêt du procès par voie sommaire. D'après les faits de l'espèce, l'altercation est survenue, ainsi qu'il a déjà été mentionné, à la suite d'une fête où la consommation de boissons alcooliques était autorisée, et malgré la gravité des accusations portées subséquemment, ces dernières auraient dû être jugées comme une question de discipline au sein de l'escadron.

Il y a lieu d'émettre une autre observation. La fin de non-recevoir ne pourrait pas être refusée pour d'autres raisons, censément meilleures. Dans les circonstances, l'autorité convocatrice n'avait pas d'autre choix que de rejeter les actes d'accusation. Ce ne fut pas le cas, et la cour martiale disciplinaire dont le verdict a été porté en appel par l'accusé n'avait pas compétence pour connaître des chefs d'accusation.

Le verdict de culpabilité relativement aux trois chefs d'accusation est annulé, et la Cour prononce un verdict de non-culpabilité à l'égard de tous les chefs d'accusation en vertu du paragraphe 202(1) de la *Loi sur la défense nationale*.