

D.C. Marsaw

(██████████) Lieutenant-Commander, Canadian Forces) *Appellant*,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent,

and

**Malcolm Dunlop and
The Halifax Herald Limited**

Intervenors.

INDEXED AS: R. v. MARSAW

File No.: CMAC 395

Heard: Toronto, Ontario, 23, 24 and 25 June, 1997

Judgment: Ottawa, Ontario, 10 September, 1997

Present: Strayer C.J., Brooke and DesRoches, J.J.A.

On appeal from a conviction and sentence by a General Court Martial held at Canadian Forces Base Halifax, Nova Scotia, on 6, 7 and 8 December, 1994, and 21 February, 12, 13, 14, 26, 27, 28 and 29 September, 2, 3, 4, 5, 6, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 28 and 31 October, 1 and 2 November, 1995.

Character evidence — Irrelevant and prejudicial evidence of accused's character elicited by prosecution — No evidence presented by defence to raise the issue of character — Opening address by defence counsel not sufficient to put character in issue — Subrule 21(1) of the Military Rules of Evidence only permits prosecutor to introduce evidence to rebut good character where evidence of good character has been first introduced by accused by cross-examination or by witnesses — Requirements of subrule 21(1) not satisfied in this case.

D.C. Marsaw

(██████████) Lieutenant-commander, Forces canadiennes) *Appelant*,

a

c.

Sa Majesté la Reine

b

Intimée,

et

c

**Malcolm Dunlop et
The Halifax Herald Limited**

Intervenants.

d

RÉPERTORIÉ : R. c. MARSAW

No. du greffe : CACM 395

e

Audience : Toronto (Ontario), les 23, 24 et 25 juin 1997

Jugement : Ottawa (Ontario), le 10 septembre 1997

f

Devant : le juge en chef Strayer et les juges Brooke et DesRoches, J.C.A.

g

En appel d'une déclaration de culpabilité et d'une sentence prononcée par une cour martiale générale siégeant à la base des Forces canadiennes d'Halifax (Nouvelle-Écosse), les 6, 7 et 8 décembre 1994, le 21 février, et les 12, 13, 14, 26, 27, 28 et 29 septembre et 2, 3, 4, 5, 6, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 28 et 31 octobre et 1 et 2 novembre 1995.

h

Preuve de réputation — Preuve non pertinente et préjudiciable concernant la réputation de l'accusé présentée par le ministère public — La défense n'avait produit aucun élément de preuve permettant de soulever la question de la réputation — Les observations d'ouverture de l'avocat de la défense n'étaient pas suffisantes pour mettre en doute la réputation de l'accusé — Le paragraphe 21(1) des Règles militaires de la preuve autorise uniquement le poursuivant à présenter une preuve pour réfuter la preuve relative à la bonne réputation lorsque celle-ci a d'abord été fournie par l'accusé par contre-interrogatoire ou par des témoins — Les exigences du paragraphe 21(1) ne sont pas respectées en l'espèce.

j

Cross-examination — Prosecutor conducting abusive cross-examination of accused — In a cross-examination of three hours the prosecutor persistently asked the accused, in respect of over 20 prosecution witnesses, whether each of these witnesses was mistaken — Questions put to an accused on cross-examination as to the accuracy or veracity of the evidence of prosecution witnesses is irrelevant and prejudicial — Prosecutor also making suggestions that were prejudicial to the accused without calling witnesses or evidence to support these suggestions — Suggestions by prosecutor that accused was being extremely evasive were unsupported and insulting.

Prosecutor's closing address — Remarks prejudicial and inflammatory — Statements in closing address based on hearsay evidence and rumours adverted to at trial — Statement by prosecutor that the accused's trial was about insuring a certain objective standard of conduct in the Canadian Forces wrong in law — Directions of the Judge Advocate not sufficiently strong to negate potential harm done by prosecutor's address.

Jurisdiction of General Court Martial — Accused charged, inter alia, under section 93 National Defence Act with behaving in a disgraceful manner, and as an alternate charge under section 130, with assault contrary to section 266 of the Criminal Code — National Defence Act, section 70, prohibits service tribunal from trying any person charged with sexual assault — Accused alleged that offences described in charges under sections 93 and 130 amounted to charges of sexual assault and that service tribunal therefore lacked jurisdiction — Section 70 refers to a person charged with sexual assault — Accused not charged with sexual assault — No flagrant impropriety in the way the charges were formulated — Prosecutors have discretion to assess the facts and the law to determine what is the most appropriate charge to be laid — Debatable whether the facts as alleged would have supported a conviction for sexual assault.

Prosecutor's notes — Prosecutor submitted notes of the evidence to the members of the Court — Notes consisted of extensive summary of the evidence prepared by the prosecutor — Prosecutor made reference to notes during his final submissions to the panel on the evidence — Notes not made part of the record before the Court Martial so that Court Martial Appeal Court had no knowledge as to their contents — Trial record not disclosing whether defence consented to notes being provided to Court — Practice followed was dangerous and improper — No material should be left with a panel unless the Judge Advocate and defence counsel have an opportunity to see it and record their views — If such material is provided to the panel it must be made part of the trial record.

Contre-interrogatoire — Le poursuivant a commis des abus au cours du contre-interrogatoire de l'accusé — Dans un contre-interrogatoire de trois heures le poursuivant a demandé avec persistance à l'accusé, relativement à plus de 20 témoins à charge, si chacun de ces témoins avait menti — Les questions posées à un accusé en contre-interrogatoire quant à l'exactitude ou à la véracité de la preuve des témoins à charge ne sont pas pertinentes et sont préjudiciables — Le poursuivant a également fait des suggestions qui étaient préjudiciables à l'accusé sans appeler des témoins à la barre ou sans fournir d'éléments de preuve pour appuyer ces suggestions — Ces suggestions du poursuivant indiquant que l'accusé était extrêmement évasif dans ses réponses ne sont pas appuyées et sont insultantes.

Exposé final du poursuivant — Observations préjudiciables et incendiaires — Les déclarations dans l'exposé final étaient fondées sur une preuve par oui-dire et sur les rumeurs dont il a été question au procès — Les déclarations faites par le poursuivant indiquant que le procès avait pour but d'assurer qu'une certaine norme objective de comportement est respectée dans les Forces canadiennes constituent une erreur de droit — Les directives du juge-avocat n'étaient pas suffisamment rigoureuses pour neutraliser le tort potentiel causé par cet exposé.

Compétence de la cour martiale générale — L'appelant a été accusé, notamment en vertu de l'article 93 de la Loi sur la défense nationale, d'avoir eu un comportement déshonorant et, selon un chef subsidiaire fondé sur l'article 130, de voies de fait prévues à l'article 266 du Code criminel — L'article 70 de la Loi sur la défense nationale dispose que les tribunaux militaires n'ont pas compétence pour juger une personne accusée d'agression sexuelle — L'accusé allègue que les infractions décrites dans les chefs visés aux articles 93 et 130 équivalaient à des accusations d'agression sexuelle privant ainsi le tribunal militaire de sa compétence — L'article 70 fait référence à une personne accusée d'agression sexuelle — L'appelant n'a pas été accusé d'agression sexuelle — Il n'y a pas eu d'erreur flagrante dans la manière dont les chefs d'accusation ont été formulés — Le ministère public a toute latitude pour évaluer les faits et le droit afin de déterminer quel est le chef d'accusation le plus approprié — La question de savoir si les faits allégués auraient pu appuyer une condamnation pour agression sexuelle est très discutable.

Notes de preuve du poursuivant — Le poursuivant a déposé ses notes de preuve à l'intention des membres de la Cour — Ses notes constituaient un résumé exhaustif de la preuve préparée par le ministère public — Le poursuivant a fait référence à ses notes pendant ses dernières observations à la formation concernant la preuve — Les notes ne faisaient pas partie du dossier de la cour martiale de sorte que la Cour d'appel n'a aucune idée de ce qu'elles contenaient — Le dossier de première instance n'indique pas si la défense a consenti à ce que les notes soient fournies à la Cour — Cette pratique est dangereuse et inappropriée — Aucun élément de preuve ne devrait être fourni à une formation à moins que le juge-avocat et l'avocat de la défense aient eu la possibilité de les consulter et d'indiquer clairement leurs opinions — Si ces éléments de

In December 1990, the appellant assumed command of a Canadian submarine, H.M.C.S. *Ojibwa*, and was in command of that vessel during 1991, 1992 and 1993. In December 1993, an investigation was commenced into his conduct as a result of certain allegations made by members or former members of his crew. On July 19, 1994, the appellant was charged with seven offences. Generally, the particulars of the offences related to alleged disgraceful conduct, assault, verbally abusing others, and acts of personal harassment. Of the seven charges, the appellant was found guilty at a General Court Martial on charges 1, 3, 4, 6, and 7. The proceedings on charges 2 and 5 were stayed, since they were alternatives to the 1st and 6th charges respectively.

The appellant was sentenced to dismissal from Her Majesty's service, and ordered reduced in rank to the rank of lieutenant (Navy). The appellant appealed against his convictions. An appeal with respect to sentence was abandoned during the hearing of the appeal.

Prior to the hearing of the appeal, the appellant filed a motion for the admission of new evidence. The appellant proposed to introduce expert evidence that the conduct of the appellant was consistent with the requirements of his post. The other proposed evidence was to support an additional ground of appeal that the appellant's trial was not fair because there could be an apprehension of bias that neither the panel of officers nor the defence counsel could be seen to be adequately independent of the prosecutor.

As a result of the conclusions reached by the Court Martial Appeal Court, it was not necessary to deal with the application for the admission of fresh evidence.

Held (Brooke J.A. dissenting): Appeal allowed, and new trial ordered on all charges for which convictions were entered.

The appellant's convictions could not stand for several reasons relating to the fairness of the trial.

The prosecutor put questions to many prosecution witnesses as to the appellant's "leadership style". These questions evoked answers such as that the appellant was "abrasive", "intimidating", "bullying", etc. There was no charge against the appellant of "bad leadership". Other evidence was adduced from prosecution witnesses that the appellant frequently made insulting comments (not those specifically charged), behaved eccentrically, and once kicked another officer (not an incident with which the appellant was charged). Hearsay evidence was also invited. This evidence of the appellant's character was not relevant to many of the charges.

preuve sont fournis à la formation, ils doivent faire partie du dossier de première instance.

En décembre 1990, le commandement du sous-marin canadien N.C.S.M. *Ojibwa* a été confié à l'appellant qui était toujours aux commandes en 1991, 1992 et 1993. En décembre 1993, une enquête a été ordonnée sur son comportement par suite de certaines allégations portées par les membres ou d'anciens membres de son équipage. Le 19 juillet 1994, sept accusations ont été portées contre l'appellant. De façon générale, les détails des infractions avaient trait à des allégations de comportement déshonorant, de voies de fait, d'insultes proférées à ses subalternes et de harcèlement personnel. Sur ces sept accusations, l'appellant a été reconnu coupable devant une cour martiale générale des chefs 1, 3, 4, 6 et 7. Les procédures concernant les chefs 2 et 5 ont été suspendues, étant donné qu'ils étaient subsidiaires au premier et au sixième chefs respectivement.

Comme sentence, l'appellant a été destitué du service de Sa Majesté et rétrogradé au grade de lieutenant (Marine). Il en a appelé de ses déclarations de culpabilité. Un appel ayant trait à la sentence a été abandonné au cours de l'audition de l'appel.

Avant l'audition de l'appel, l'appellant a déposé une requête en vertu de produire de nouveaux éléments de preuve. Il a proposé de déposer une preuve d'expert attestant que le comportement de l'appellant était conforme aux exigences de son poste. Les autres éléments de preuve proposés avaient pour but d'étayer un motif d'appel supplémentaire, savoir que l'appellant n'a pas eu un procès équitable en raison d'une crainte de partialité voulant que ni la formation d'officiers ni l'avocat de la défense ne peuvent être considérés comme ayant une indépendance suffisante au regard du poursuivant.

Compte tenu des conclusions auxquelles la Cour d'appel de la cour martiale est parvenue, il n'a pas été nécessaire de traiter de la demande de production de nouveaux éléments de preuve.

Jugement (dissidence du juge Brooke, J.C.A.) : Appel accueilli et nouveau procès ordonné concernant tous les chefs d'accusation à l'égard desquels des déclarations de culpabilité ont été prononcées.

Les déclarations de culpabilité contre l'appellant ne peuvent être maintenues pour plusieurs raisons ayant trait à l'équité du procès.

La poursuite a posé des questions à de nombreux témoins à charge concernant le « style de leadership » de l'appellant. Les réponses font ressortir que l'appellant était « caustique », « intimidant », « brutal » etc. Il n'y a pas eu d'accusation spécifique de « mauvais leadership ». D'autres éléments de preuve ont été produits par les témoins à charge afin d'établir que l'appellant faisait souvent des remarques offensantes (autres que celles pour lesquelles il a été expressément accusé), qu'il avait un comportement excentrique et qu'à une reprise il a frappé un autre officier (il ne s'agit pas de l'incident qui fait l'objet des chefs d'accusation). Le poursuivant a également invité les témoins à donner une preuve par oui-dire. Cette preuve concernant la réputation de l'appellant n'est pas pertinente à bon nombre des accusations individuelles.

There had been no evidence presented by the defence to raise the issue of character. The opening address of defence counsel could not be taken to have raised that issue. In any event, a mere opening address cannot be said to put the accused's character in issue. Subrule 21(1) of the *Military Rules of Evidence* only permits the prosecutor to introduce evidence to rebut good character where evidence of good character has been first introduced by the accused "by cross-examination or by witnesses". Accordingly, the necessary conditions for the introduction of such character evidence was not established. This evidence was seriously prejudicial to the appellant; it is not possible to say that there was no substantial miscarriage of justice as a result.

In addition, there were abusive aspects to the prosecutor's cross-examination. In a cross-examination of three hours the prosecutor persistently asked the appellant, in respect of over 20 prosecution witnesses, whether each of these witnesses was mistaken as to his evidence. With respect to some of them, the appellant was asked why witnesses would give evidence which implicated him if the events had not occurred.

In addition, during the cross-examination the prosecutor made suggestions that the appellant was failing the "Perisher" course for submarine commanders, and had been informed during the course of various shortcomings including the verbal treatment of his crew and failing to accept blame. No witness or evidence was introduced to support these very prejudicial suggestions by the prosecutor.

During his cross-examination the prosecutor also suggested that the appellant was being "extremely evasive" in answering his questions. A review of the transcript did not support that suggestion. These questions by the prosecutor were insulting.

All of the questions put to the appellant as to the accuracy of the evidence of other witnesses, and as to their motivation were improper. They in effect put a burden on the appellant to prove his accusers wrong. Questions put to an accused on cross-examination as to the accuracy or veracity of the evidence of prosecution witnesses is irrelevant, and a prosecutor persisting in such questions will almost certainly prejudice the position of the accused in the eyes of a jury. The only remedy is a new trial.

The prosecutor's closing address was also unfairly prejudicial and inflammatory. The prosecutor stated several times that the appellant had not produced any evidence to demonstrate why the many Crown witnesses were mistaken or lying. He suggested possible witnesses that the appellant might have called but did not. He spoke of the appellant's submarine as a "dead end street" for officers in training seeking advancement and referred to it as the "death boat". These statements were largely based on hearsay evidence and rumours adverted to at trial. More seriously, the prosecutor reiterated several times

La défense n'avait présenté aucune preuve en vue d'établir la bonne réputation de l'accusé. Les observations d'ouverture de l'avocat de la défense ne peuvent être considérées comme ayant soulevé cette question. De toute façon, de simples observations d'ouverture ne peuvent suffire à mettre en doute la réputation de l'accusé. Le paragraphe 21(1) des *Règles militaires de la preuve* autorise uniquement le poursuivant à présenter une preuve pour réfuter la preuve relative à la bonne réputation lorsque cette preuve a d'abord été fournie par l'accusé «par contre-interrogatoire ou par témoins». Par conséquent, les conditions nécessaires au dépôt de cette preuve n'étaient pas réunies. Cette preuve était gravement préjudiciable à l'appellant et la Cour ne peut conclure qu'il n'y a pas eu d'erreur judiciaire grave.

En outre, des abus ont été commis au cours du contre-interrogatoire du poursuivant. Au cours d'un contre-interrogatoire de trois heures, le poursuivant a demandé de façon persistante, relativement à plus de 20 témoins à charge, si l'appellant était d'avis que chacun des témoins avait menti dans sa déposition. Pour ce qui a trait à certains de ces témoins, on a demandé à l'appellant pourquoi ces témoins fourniraient une preuve impliquant le lieutenant-commander, si les incidents en question ne s'étaient pas produits.

En outre, au cours du contre-interrogatoire, le poursuivant a laissé entendre que l'appellant n'avait pas réussi le cours «Perisher» que doivent suivre les commandants de sous-marin et que l'appellant avait été informé pendant le cours de ses différentes faiblesses, y compris de la manière dont il s'adressait à son équipage et de son incapacité à accepter le blâme. Aucun témoin ni élément de preuve n'a été appelé ou déposé par le poursuivant pour appuyer ces suggestions très préjudiciables.

Au cours de son contre-interrogatoire, le poursuivant a également laissé entendre que l'appellant avait été extrêmement évasif dans ses réponses. Un examen de la transcription n'appuie pas cette suggestion. Ces questions posées par le poursuivant étaient insultantes.

Toutes les questions qui ont été posées à l'appellant quant à l'exactitude de la déposition d'autres témoins et quant à leurs motifs étaient inappropriées. En fait, elles ont imposé à l'appellant le fardeau de prouver que ses accusateurs avaient tort. Les questions posées à un accusé en contre-interrogatoire quant à l'exactitude ou à la véracité de la preuve des témoins à charge ne sont pas pertinentes, et un avocat de la poursuite qui s'acharne à poser de telles questions compromet presque certainement la position de l'accusé aux yeux du jury. Le seul redressement possible est un nouveau procès.

L'exposé final du poursuivant était aussi injustement préjudiciable et incendiaire. Le poursuivant a à plusieurs reprises répété que l'appellant n'avait pas produit de preuve afin de démontrer pourquoi les nombreux témoins à charge s'étaient mépris ou avaient menti. Il a laissé entendre que l'appellant aurait pu citer certains témoins, mais qu'il ne l'a pas fait. Il a indiqué que le sous-marin commandé par l'appellant était une «impassé» pour les officiers à l'entraînement qui voulaient de l'avancement et il y a fait référence en le qualifiant de «bateau de la mort». Ces déclarations étaient largement fondées sur une

that the trial was about ensuring that a certain objective standard of conduct is maintained in the Canadian Forces. This was wrong in law since the duty of the panel was not to fix a standard for leadership style but to determine whether the appellant was guilty of the particular offences charged against him.

While the Judge Advocate properly and beneficially instructed the panel that the prosecutor was wrong in law to suggest that the appellant had a duty to bring forward facts, or that there was any burden of proof on him, these directions were not sufficiently strong to negate the potential harm done by the prosecutor's address.

Trial counsel for the appellant had not raised any serious objections in respect to any of the above matters at trial. The evidence did not support a conclusion that the failure to object was a deliberate trial tactic adopted on behalf of the appellant. The failure of defence counsel to raise objections at trial was difficult to understand. Nonetheless, the presiding Judge Advocate had the ultimate responsibility to prevent unfairness to the accused and his failure to take the initiative to prevent these abuses must result in the conviction being set aside and a new trial ordered.

Since a new trial was ordered, the issue of the jurisdiction of the Court Martial to try certain charges had to be considered. The first and second charges against the appellant alleged that he had behaved in a disgraceful manner, or in the alternative had committed an assault contrary to section 266 of the *Criminal Code*. The appellant objected to the jurisdiction of the Court Martial to try these charges on the basis of section 70 of the *National Defence Act*, which provides that a service tribunal shall not try any person charged with sexual assault committed in Canada. The appellant argued that the offences described in the first and second charges really amounted to charges of sexual assault, and therefore could not be tried by a service tribunal.

This argument was rejected. Section 70 of the *National Defence Act* refers to a person "charged" with the offence of sexual assault. The appellant was not charged with this offence. There is no rule that requires the prosecution to charge the most serious offence conceivably capable of proof. Nor did the appellant demonstrate any flagrant impropriety in the way the charges were formulated. It has frequently been recognized that prosecutors have a broad discretion in selecting appropriate charges and the courts should not interfere with that selection except in cases of flagrant impropriety. In this case, it was at least debatable whether the facts as alleged in charges one and two would have supported a conviction for sexual assault.

Finally, although this ground of appeal was abandoned, the appellant had originally submitted that the Judge Advocate

preuve par ouï-dire et sur des rumeurs dont il a été question au procès. Ce qui est plus grave, le poursuivant a répété à plusieurs reprises que le procès avait pour but de s'assurer qu'une norme objective de comportement est respectée dans les Forces canadiennes. Cette affirmation constitue une erreur de droit étant donné que le rôle de la formation n'était pas d'établir une norme relative au style de leadership, mais de déterminer si l'appellant était coupable des infractions dont il était accusé.

Les directives du juge-avocat ont été appropriées et salutaires en indiquant que le poursuivant avait commis une erreur de droit en laissant entendre que l'appellant avait le devoir de fournir des faits ou qu'un fardeau de preuve lui incombait, mais elles n'étaient pas suffisamment rigoureuses pour neutraliser le tort potentiel causé par l'exposé du poursuivant.

L'avocat de l'appellant n'a soulevé aucune objection sérieuse à l'égard de ces questions au procès. La preuve n'appuie pas la conclusion selon laquelle l'omission de s'opposer à ces questions constituait effectivement une tactique adoptée par l'avocat de la défense. L'inaction de l'avocat de la défense concernant ces objections au procès est difficile à comprendre. Néanmoins, le juge président avait la responsabilité ultime d'empêcher toute iniquité à l'égard de l'accusé et son omission de prendre l'initiative pour empêcher ces abus doit entraîner l'annulation de la condamnation et la tenue d'un nouveau procès.

Comme un nouveau procès a été ordonné, il est utile de traiter de la question de la compétence de la cour martiale à juger certains des chefs d'accusation. Les premier et deuxième chefs d'accusation portés contre l'appellant allèguent qu'il s'est conduit d'une manière déshonorante ou, subsidiairement, qu'il a commis des voies de fait contrairement à l'article 266 du *Code criminel*. L'appellant s'est opposé à la compétence de la cour martiale à entendre ces chefs d'accusation en s'appuyant sur l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale*, qui dispose que les tribunaux militaires n'ont pas compétence pour juger une personne accusée d'agression sexuelle commise au Canada. L'appellant fait valoir que les infractions décrites dans les premier et deuxième chefs équivalent en fait à une agression sexuelle et, par conséquent, qu'elles ne peuvent être jugées devant une cour martiale.

Cet argument a été rejeté. La version anglaise de l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale* fait référence à une personne «chargée» (accusée) d'agression sexuelle. L'appellant n'a pas été accusé d'agression sexuelle. Il n'existe aucune règle qui exige que le ministère public utilise l'infraction la plus grave qu'il soit en mesure de prouver. L'appellant n'a pas non plus démontré qu'il y avait une erreur flagrante dans la manière dont les accusations ont été formulées. On a fréquemment reconnu que la poursuite avait un large pouvoir discrétionnaire dans le choix des chefs d'accusation appropriés et les tribunaux ne doivent pas intervenir dans ce choix, sauf en cas d'erreur flagrante. En l'espèce, il est à tout le moins discutable de savoir si les faits allégués dans les chefs un et deux auraient pu appuyer une condamnation pour agression sexuelle.

Finalement, bien que ce motif d'appel ait été abandonné, l'appellant avait d'abord fait valoir que le juge-avocat avait

erred in permitting the prosecutor to submit his notes of the evidence to the Court, and permitting the Court to consider that document during its deliberations. The Appeal Court was puzzled by the manner in which these notes had been submitted and used. They apparently consisted of an extensive summary of the evidence prepared by the prosecutor and handed to members of the Court at the beginning of his closing address. The prosecutor made occasional reference to the notes during his final submissions to the panel on the evidence. The notes were never made part of the record of the Court Martial, and the Appeal Court had no idea as to their contents. Further, from the trial record it was impossible to know whether the defence consented to this use of the notes. The practice followed in this case was dangerous and improper. No material should be left with a panel unless the Judge Advocate and defence counsel have had an opportunity to see it and record their views. Further, if such material is made available to the panel, it must be made part of the record. If this ground of appeal had not been withdrawn, the appeal might well have succeeded on this basis alone unless a very good explanation was received from the respondent.

Per Brooke J.A. (dissenting): The convictions could not stand. However, a new trial should not be ordered with respect to charge 2, alleging an assault contrary to section 266 of the *Criminal Code*. This charge was, in substance, a charge of sexual assault. Section 70 of the *National Defence Act* prohibits service tribunals from trying any person charged with sexual assault. To order a new trial on this charge would be to order the service tribunal to do what section 70 of the *National Defence Act* provides that it cannot do. Accordingly, the appeal should be allowed, and a new trial ordered, except that charge 2 should be quashed rather than a new trial being ordered on that charge.

COUNSEL:

David J. Bright, Q.C., and James L. Connors, Q.C., for the appellant
Lieutenant-Colonel Peter Tinsley and Major Edward P. Gallagher, for the respondent
Nancy G. Rubin, for the intervenors

STATUTES AND REGULATION CITED:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part 1 of the *Constitution Act*, 1982, Schedule B of the *Canada Act 1982 (U.K.)*, 1982, c.11, s.11 (h)
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss.12, 266, 271 (as am. R.S.C. 1985, c.19 (3rd Supp.), s.10; S.C. 1994, c.44, s.19), 686 (1)(b)(iii) (as am.

commis une erreur en autorisant la poursuite à déposer ses notes de preuve devant la Cour et en autorisant la Cour à examiner ce document pendant ses délibérations. La Cour d'appel a été intriguée par la manière dont ces notes ont été déposées et utilisées. Elles constituaient apparemment un résumé exhaustif de la preuve préparée par le ministère public et elles ont été remises aux membres de la Cour par l'avocat au début de son exposé final. L'avocat du ministère public a fait à l'occasion référence à ces notes pendant ses dernières observations à la formation concernant la preuve. Ces notes n'ont jamais fait partie du dossier de la cour martiale et la Cour d'appel n'a aucune idée de ce qu'elles contenaient. En outre, d'après le dossier du procès il a été impossible de savoir si la défense avait consenti à l'utilisation de ces notes. La pratique suivie en l'espèce est dangereuse et inappropriée. Aucun élément de preuve ne devrait être déposé auprès d'une formation à moins que le juge-avocat et l'avocat de la défense aient eu la possibilité de voir ces notes et de dire ce qu'ils en pensent. En outre, si ces notes sont mises à la disposition de la formation, elles doivent faire partie du dossier. Si ce motif d'appel n'avait pas été retiré, l'appel aurait fort bien pu être accueilli pour ce motif seulement, à moins que l'intimé ne soit en mesure de fournir une excellente explication.

Le juge Brooke (dissident) : Les déclarations de culpabilité ne peuvent être maintenues. Toutefois, la Cour n'aurait pas dû ordonner un nouveau procès concernant le deuxième chef d'accusation, alléguant des voies de fait prévues à l'article 266 du *Code criminel*. Cette accusation était essentiellement une accusation d'agression sexuelle. L'article 70 de la *Loi sur la défense nationale* dispose expressément que les tribunaux militaires n'ont pas compétence pour juger les personnes accusées d'agression sexuelle. Ordonner un nouveau procès sur ce chef d'accusation équivaut en fait à ordonner au tribunal militaire de faire ce que l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale* lui interdit expressément. Par conséquent, l'appel devrait être accueilli et un nouveau procès ordonné, à l'exception du fait que le deuxième chef d'accusation devrait être radié au lieu de faire l'objet d'un nouveau procès.

AVOCATS :

David J. Bright, c.r., et James L. Connors c.r., pour l'appellant
Lieutenant-colonel Peter Tinsley et Major Edward P. Gallagher, pour l'intimé
Nancy G. Rubin, pour les intervenants

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS :

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, chap. 11 art. 11 h)
Code criminel, L.R.C. 1985, chap. C-46, art. 12, 266, 271 (mod. par L.R.C. 1985, chap. 19 (3^e

R.S.C. 1985, c.27 (1st Supp.) ss. 145 and 203;
S.C. 1991, c.43, s. 9 (Sch. item 8))

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss.
66 (as am. R.S.C. 1985, c.31 (1st Supp), s. 45),
70, 93, 95, 129, 130, 241

Military Rules of Evidence, C.R.C. 1978, c.
1049, ss. 20, 21

suppl.), art. 10; L.C. 1994, chap. 44, art. 19),
686 (1)^b (iii) (mod. par L.R.C. 1985, chap. 27
(1^{er} suppl.) art. 145, 203; L.C. 1991, chap. 43,
art. 9, (ann., art.8))

Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap.
N-5, art. 66 (mod. par L.R.C. 1985, chap. 31
(1^{er} suppl.), art. 45), 70, 93, 95, 129, 130, 241
Règles militaires de la preuve, C.R.C. 1978,
chap.1049, art. 20, 21

CASES CITED:

Fanjoy v. The Queen (1985), 21 C.C.C. (3d) c
312; [1985] 2 S.C.R. 233

Kienapple v. The Queen, [1975] 1 S.C.R. 729

Palmer and Palmer v. The Queen (1979), 50
C.C.C. (2d) 193; [1980] 1 S.C.R. 759

R. v. A. (W.A.) (1996), 112 C.C.C. (3d)83 d
(Man.C.A.)

R. v. Beare, [1988] 2 S.C.R. 387

R. v. Bevan (1993), 82 C.C.C. (3d) 310; [1993]
2 S.C.R. 599

R. v. Chase (1987), 37 C.C.C. (3d) 97; [1987] 2 e
S.C.R. 293

R. v. Gottschall (1983), 10 C.C.C. (3d) 447
(N.S.C.A.)

R. v. Light (R.C.) and Hull (R.B.) (1993), 21 f
B.C.A.C. 241

R. v. Logiaccio (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (Ont.
C.A.)

R. v. Lomage (1991), 2 O.R. (3d) 621 (C.A.)

R. v. R. (A.J.) (1994), 94 C.C.C. (3d) 168 (Ont. g
C.A.)

R. v. Reddick (1996), 5 C.M.A.R. 485

R. v. Romeo (1991), 62 C.C.C. (3d) 1; [1991] 1
S.C.R. 86

R. v. T. (V.), [1992] 1 S.C.R. 749 h

R. v. V. (K.B.) (1992), 71 C.C.C. (3d) 65 (Ont.
C.A.); affd. (1993), 82 C.C.C. (3d) 382; [1993]
2 S.C.R. 857

R. v. Vandenberghe (1995), 96 C.C.C. (3d) 371 i
(Ont. C.A.)

R. v. W. (R.S.) (1990), 55 C.C.C. (3d) 149 (Man.
C.A.)

Smythe v. The Queen, [1971] S.C.R. 680

*The following are the reasons for judgment deliv- j
ered in English by*

JURISPRUDENCE CITÉE :

Fanjoy c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 233; 21
C.C.C. (3d) 312

Kienapple c. La Reine, [1975] 1 R.C.S. 729

Palmer c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 759; 50
C.C.C. (2d) 193

R. v. A. (W.A.) (1996), 112 C.C.C. (3d) 83 (C.A.
Man.)

R. c. Beare, [1988] 2 R.C.S. 387

R. c. Bevan, [1993] 2 R.C.S. 599; 82 C.C.C. (3d)
310

R. c. Chase, [1987] 2 R.C.S. 293; 37 C.C.C. (3d)
97

R. v. Gottschall (1983), 10 C.C.C. (3d) 447
(C.A. N.-É.)

R. v. Light (R.C.) and Hull (R.B.) (1993), 21
B.C.A.C. 241

R. v. Logiaccio (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (C.A.
Ont.)

R. v. Lomage (1991), 2 O.R. (3d) 621 (C.A.)

R. v. R. (A.J.) (1994), 94 C.C.C. (3d) 168 (C.A.
Ont.)

R. c. Reddick (1996), 5 C.A.C.M. 485

R. c. Romeo [1991] 1 R.C.S. 86; 62 C.C.C. (3d)
1

R. v. T. (V.), [1992] 1 R.C.S. 749

R. v. V. (K.B.) (1992), 71 C.C.C. (3d) 65 (C.A.
Ont.); conf. par [1993] 2 R.C.S. 857; 82 C.C.C.
(3d) 382

R. v. Vandenberghe (1995), 96 C.C.C. (3d) 371
(C.A. Ont.)

R. v. W. (R.S.) (1990), 55 C.C.C. (3d) 149 (C.A.
Man.)

Smythe c. La Reine, [1971] R.C.S. 680

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

STRAYER C.J.:

LE JUGE EN CHEF STRAYER :

INTRODUCTION

This is an appeal against convictions entered by a General Court Martial on November 1, 1995. The appellant also sought leave to appeal, and to appeal, his sentence although this aspect was abandoned during the hearing of the appeal.

FACTS

The appellant joined the Canadian Forces in May 1978, as an ordinary seaman. In 1981 he commenced officers' training and advanced eventually to the rank of lieutenant commander. He assumed command of a Canadian submarine, H.M.C.S. *Ojibwa*, in December 1990 and was in command of that vessel during the years to which the charges relate, namely 1991, 1992, and 1993. In December 1993, an investigation was commenced into his conduct as a result of certain allegations made by members or former members of his crew. On July 19, 1994, he was charged as follows:

First Charge
Section 93
NDA (Alternative to second charge)

BEHAVED IN A DISGRACEFUL MANNER

Particulars: In that he, on 20 December 1991 onboard HMCS OJIBWA, while alongside at Canadian Forces Base Halifax, Halifax, Nova Scotia, did insert a cigar tube between the buttocks of [REDACTED] Lieutenant (N) Kelk, S.J.

Second Charge
Section 130
NDA (Alternative to first charge)

AN OFFENCE PUNISHABLE UNDER SECTION 130 OF THE NATIONAL DEFENCE ACT, THAT IS TO SAY ASSAULT, CONTRARY TO SECTION 266 OF THE CRIMINAL CODE

Particulars: In that he, on 20 December 1991 onboard HMCS OJIBWA, while alongside at Canadian Forces Base Halifax, Halifax, Nova Scotia, did commit an assault upon [REDACTED] 19E Lieutenant (N) Kelk, S.J.

INTRODUCTION

Il s'agit d'un appel contestant les condamnations prononcées par la cour martiale générale le 1^{er} novembre 1995. L'appelant demandait également l'autorisation d'appeler, et en fait appelait, de sa sentence, mais cet aspect a été abandonné au cours de l'audition de l'appel.

LES FAITS

L'appelant s'est enrôlé dans les Forces armées canadiennes en mai 1978 en tant que matelot de 3^e classe. En 1981, il s'est inscrit au programme d'instruction des officiers et est parvenu jusqu'au grade de lieutenant-commander. Le commandement du sous-marin canadien N.C.S.M. *Ojibwa* lui a été confié en décembre 1990 et il était toujours aux commandes de ce navire pendant les années auxquelles se rapportent les accusations, c'est-à-dire en 1991, 1992 et 1993. En décembre 1993, une enquête a été ordonnée sur son comportement par suite de certaines allégations portées par les membres ou d'anciens membres de son équipage. Le 19 juillet 1994, les accusations suivantes ont été portées contre lui :

[TRADUCTION]

Premier chef
Article 93

COMPOTEMENT DÉSHONORANT

LDN

(Subsidaire au deuxième chef)

Détails : Le 20 décembre 1991 à bord du NCSM OJIBWA, amarré au quai de la BCF Halifax, à Halifax (N.-É.), a inséré un étui à cigare entre les fesses du [REDACTED] Lieutenant (M) Kelk, S.J.

h

Deuxième chef
Article 130

INFRACTION PUNISSABLE EN VERTU DE L'ARTICLE 130 DE LA LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE, C'EST-À-DIRE VOIES DE FAIT, EN VIOLATION DE L'ARTICLE 266 DU CODE CRIMINEL

LDN

(Subsidaire au premier chef)

Détails : Le 20 décembre 1991, à bord du NCSM OJIBWA, amarré au quai de la BCF Halifax, à Halifax (N.-É.) a commis des voies de fait sur la personne du [REDACTED] Lieutenant (M) Kelk, S.J.

Third Charge Section 95 NDA	ILL-TREATED PERSONS WHO BY REASON OF RANK WERE SUBORDINATE TO HIM <i>Particulars:</i> In that he, between 5 February 1992 and 4 October 1993 onboard HMCS OJIBWA, while Commanding Officer, verbally abused members of his crew cited in Annex "A" by calling them "mother fucker", "fucking idiot", "cunt", "stupid", "asshole", "incompetent", "slow", "lazy", or words to that effect in the presence of other members of the crew.	Troisième chef Article 95 LDN	MAUVAIS TRAITEMENTS À DES SUBALTERNES (PAR LE GRADE) <i>Détails :</i> Entre le 5 février 1992 et le 4 octobre 1993, à bord du NCSM OJIBWA, alors qu'il en était le commandant, a injurié les membres de son équipage nommés à l'annexe A en les qualifiant de « fils de pute », « idiot », « con », « stupide », « trou du cul », « incompétent », « retardé », « paresseux », ou des mots au même effet en présence d'autres membres de l'équipage.
Fourth Charge Section 129 NDA	CONDUCT TO THE PREJUDICE OF GOOD ORDER AND DISCIPLINE <i>Particulars:</i> In that he, between 5 February 1992 and 4 October 1993 onboard HMCS OJIBWA, while Commanding Officer, verbally abused persons cited in Annex "B", in the presence of other members of the crew.	Quatrième chef Article 129 LDN	CONDUITE PRÉJUDICIABLE AU BON ORDRE ET À LA DISCIPLINE <i>Détails :</i> Entre le 5 février 1992 et le 4 octobre 1993, à bord du NCSM OJIBWA, alors qu'il en était le commandant, a injurié les personnes nommées à l'annexe B, en présence d'autres membres de l'équipage.
Fifth Charge Section 95 NDA (Alternate to sixth charge)	ILL-TREATED PERSONS WHO BY REASON OF RANK WERE SUBORDINATE TO HIM <i>Particulars:</i> In that he, between 1 August 1992 and 30 October 1992, while onboard HMCS OJIBWA, while at sea, did kick [REDACTED] Lieutenant (N) Higginson, M.E. on the ankle.	Cinquième chef Article 95 LDN (Subsidaire au sixième chef)	MAUVAIS TRAITEMENTS À DES SUBALTERNES (PAR LE GRADE) <i>Détails :</i> Entre le 1^{er} août 1992 et le 30 octobre 1992, à bord du NCSM OJIBWA, en mer, a frappé le [REDACTED] Lieutenant (M) Higginson, M.E., à la cheville.
Sixth Charge Section 130 NDA (Alternate to fifth charge)	AN OFFENCE PUNISHABLE UNDER SECTION 130 OF THE NATIONAL DEFENCE ACT, THAT IS TO SAY ASSAULT, CONTRARY TO SECTION 266 OF THE CRIMINAL CODE <i>Particulars:</i> In that he, between 1 August 1992 and 30 October 1992, while onboard HMCS OJIBWA, while at sea, did commit an assault upon [REDACTED] Lieutenant (N) Higginson, M.E.	Sixième chef Article 130 LDN (Subsidaire au cinquième chef)	INFRACTION PUNISSABLE EN VERTU DE L'ARTICLE 130 DE LA LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE, C'EST-À-DIRE VOIES DE FAIT, EN VIOLATION DE L'ARTICLE 266 DU CODE CRIMINEL <i>Détails :</i> Entre le 1^{er} août 1992 et le 30 octobre 1992, à bord du NCSM OJIBWA, en mer, a commis des voies de fait contre le [REDACTED] Lieutenant (M) Higginson, M.E.
Seventh Charge Section 129 NDA	CONDUCT TO THE PREJUDICE OF GOOD ORDER AND DISCIPLINE <i>Particulars:</i> In that he, between October 1992 and October 1993, onboard HMCS OJIBWA, did personally harass [REDACTED] Lieutenant (N) Dussault, M.G. by making derogatory anti-francophone comments.	Septième chef Article 129 LDN	CONDUITE PRÉJUDICIABLE AU BON ORDRE ET À LA DISCIPLINE <i>Détails :</i> Entre octobre 1992 et octobre 1993, à bord du NCSM OJIBWA, a personnellement harcelé le [REDACTED] Lieutenant (M) Dussault, M.G., en faisant des remarques désobligeantes sur les francophones.

By its verdict the General Court Martial:

(a) found the Appellant guilty on the First Charge and directed that the proceedings on the Second Charge be stayed;

Dans son verdict, la Cour :

[TRADUCTION]

(a) a reconnu l'appelant coupable du premier chef et a ordonné la suspension des procédures sur le deuxième chef;

(b) made a special finding of guilty on the Third Charge for persons cited at a revised Annex "A";

(c) made a special finding of guilty on the Fourth Charge for persons cited at a revised Annex "B";

(d) found the Appellant guilty of the Sixth Charge and directed that proceedings on the Fifth Charge be stayed; and

(e) found the Appellant guilty of the Seventh Charge.

As the appellant had been found guilty on Charges 1, 3, 4, 6 and 7 he was sentenced to dismissal from Her Majesty's service and reduction in rank to the rank of lieutenant (Navy). As I understand it, he was subsequently restored to the rank of acting lieutenant commander pending the disposition of this appeal.

Counsel for the appellant set out 14 grounds of appeal in his memorandum of fact and law. Also, prior to the hearing of the appeal, counsel for the appellant filed a motion for the admission of new evidence. It was proposed to introduce an affidavit of a Captain (N) Hunt which would be presented as expert evidence that the conduct of the appellant was consistent with the requirements of his post. The other proposed evidence consisted of affidavits by the appellant and Lieutenant Colonel Couture (his trial counsel) to support what would really be an additional ground of appeal that the appellant's trial was not fair because there could be an apprehension of bias in respect of the General Court Martial panel of officers and both prosecution and defence counsel. This evidence would be presented to support the proposition that because the Office of the Judge Advocate General in its various forms advises many officers such as one of the members of the panel at the General Court Martial, and also provides both prosecution and defence services, neither the panel nor the defence counsel could be seen to be adequately independent of the prosecutor. It was said that as such evidence related to the validity of the trial process, it could be admitted without meeting the usual test for new evidence as set out in *Palmer and Palmer v. The Queen*.¹

(b) a tiré une conclusion spéciale de culpabilité sur le troisième chef pour les personnes nommées à l'annexe A révisée;

(c) a tiré une conclusion spéciale de culpabilité sur le quatrième chef pour les personnes nommées à l'annexe B révisée;

(d) a reconnu l'appellant coupable du sixième chef et a ordonné la suspension des procédures sur le cinquième chef; et

(e) a reconnu l'appellant coupable du septième chef.

Étant donné que l'appellant a été reconnu coupable des chefs d'accusation 1, 3, 4, 6 et 7, il a été destitué du service de Sa Majesté et a été rétrogradé au grade de lieutenant (Marine). Je crois comprendre qu'il a depuis été réintégré au grade de lieutenant-commander intérimaire en attendant le règlement du présent appel.

L'avocat de l'appellant a énoncé 14 motifs d'appel dans son exposé des faits et du droit. En outre, avant l'audition de l'appel, l'avocat de l'appellant a déposé une requête en vue de produire de nouveaux éléments de preuve. Il a proposé de déposer un affidavit du capitaine (M) Hunt qui serait présenté comme une preuve d'expert attestant que le comportement de l'appellant était conforme aux exigences de son poste. Les autres éléments de preuve proposés sont des affidavits de l'appellant et du lieutenant-colonel Couture (son avocat au procès) visant à étayer ce qui serait véritablement un motif d'appel supplémentaire, savoir que l'appellant n'a pas eu un procès équitable, en raison d'une crainte de partialité de la part de la formation d'officiers composant la cour martiale générale et de la part des avocats de la poursuite et de la défense. Cette preuve appuierait la proposition selon laquelle, parce que le bureau du juge-avocat général, dans le cadre de ses diverses fonctions, conseille de nombreux officiers comme l'un des membres de la cour martiale générale, et assure également les services de la poursuite et de la défense, ni la formation ni l'avocat de la défense ne peuvent être considérés comme ayant une indépendance suffisante au regard du poursuivant. On prétend que, étant donné que cette preuve avait trait à la validité de la procédure suivie au procès, elle pourrait être admise sans respecter le critère habituel applicable à la production de nouveaux éléments de preuve énoncé dans *Palmer c. La Reine*.¹

¹ (1979), 50 C.C.C. (2d) 193 (S.C.C.).

¹ [1980] 1 R.C.S. 759; (1979), 50 C.C.C. (2d) 193.

The Court reserved on the application for the admission of new evidence on the basis that it would dispose of this application after the hearing along with its decision on the substance of the appeal.

During the course of the argument the appellant abandoned grounds 4, 7, 8, and part of 11 (as it related to charge 6), as well as grounds 13 and 14 pertaining to sentence.

Given the conclusion which I have reached on certain of the grounds of appeal it will not be necessary to deal with the application for the admission of fresh evidence. Nor will I set out those grounds of appeal which in the result it will not be necessary to consider.

ANALYSIS

I have concluded that for several reasons, generally relating to the fairness of the trial, these convictions cannot stand. I will refer only to four of the grounds of appeal.

Evidence of Bad Character

The first ground of appeal asserts

That the Judge Advocate erred in permitting the Crown to introduce extensive evidence of bad character.

The common law has long restricted the use of evidence as to the bad character of an accused because of its prejudicial effect in suggesting a propensity for crime. The relevant rules for present purposes are to be found in the *Military Rules of Evidence* which provide as follows:

20. Except as prescribed in this Division, the prosecutor shall not introduce evidence of the general bad character or reputation of the accused, or of another act or other acts of the accused similar in essential respects to the act charged.

21. (1) The accused may, by cross-examination or by witnesses, introduce evidence of his good character or reputation and, if he does so, the prosecutor may similarly introduce evidence to rebut it.

(2) A witness testifying as to the character or reputation of the accused may

La Cour a réservé sa décision concernant la demande de production de nouveaux éléments de preuve indiquant qu'elle se prononcerait sur cette demande à la fin de l'audience, en même temps qu'elle rendrait sa décision sur le fond de l'appel.

Pendant la présentation des arguments, l'appellant a laissé tombé les motifs 4, 7, 8 et une partie de 11 (comme cela avait trait au sixième chef d'accusation), de même que les motifs 13 et 14 ayant trait à la sentence.

Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis parvenu sur certains des motifs d'appel, il ne sera pas nécessaire de traiter de la demande de production de nouveaux éléments de preuve. Je n'énoncerai pas non plus les motifs d'appel qu'il ne sera pas nécessaire d'examiner.

ANALYSE

J'ai conclu que, pour plusieurs raisons, se rapportant généralement à l'équité du procès, ces condamnations ne peuvent être maintenues. Je ne me référerai qu'à quatre des motifs d'appel.

Preuve de mauvaise réputation

Le premier motif d'appel affirme

[TRADUCTION] que le juge avocat a commis une erreur en autorisant la Couronne à déposer une preuve exhaustive de la mauvaise réputation de l'appellant.

La common law a longtemps restreint l'utilisation d'une preuve de mauvaise réputation d'un accusé en raison de l'effet préjudiciable d'un sous-entendu d'une propension au crime. Les règles pertinentes quant à l'espèce se trouvent dans les *Règles militaires de la preuve* qui sont rédigées dans les termes suivants :

20. Sauf prescriptions de la présente section, le procureur à charge ne doit présenter aucune preuve de la mauvaise réputation en général de l'accusé, ni d'un ou de plusieurs autres actes de l'accusé semblables, dans des détails essentiels, à l'acte faisant l'objet de l'accusation.

21. (1) L'accusé peut, par contre-interrogatoire ou par témoins, fournir une preuve qu'il est un homme de bonne vie et mœurs ou qu'il jouit d'une bonne réputation et, s'il agit ainsi, le procureur à charge peut de la même manière présenter une preuve pour la réfuter.

(2) Un témoin, qui fait une déposition relative à la réputation de l'accusé, peut

(a) report the general reputation of the accused among those who know him or would know about him respecting traits of his character relevant to the charge; and

(b) state his personal opinion of the general character of the accused in respects relevant to the charge.

(3) When a witness is testifying as to the character or reputation of the accused, he shall not give evidence of particular acts of the accused as the basis of his report or opinion of the reputation or character of the accused, but shall answer questions concerning the duration and nature of his acquaintance or association with the accused, or with others who would be likely to know the accused.

(4) Notwithstanding Divisions V, VI, VII and VIII, hearsay or opinion evidence permitted under this article is admissible.

(5) This section applies to testimony in the course of examination-in-chief, cross-examination and re-examination.²

It appears that subrule 21(1) essentially embodies the common law on this point.³

In his opening statement defence counsel included the following comments:

It will also become clear that Lieutenant-Commander Marsaw is indeed a perfectionist and consequently a demanding captain. I should have said a very demanding captain. That under his command, OJIBWA performed at a very high standard, a situation that was recognized by Lieutenant-Commander Marsaw's superior who assessed his performance throughout as outstanding. You will hear about leadership, leadership style, officer like qualities, morale.

I suggest to you, Mr. President and Members, that this is not a board of inquiry, a study or a comparative study on those fundamental issues of leadership style, officer like qualities and other very interesting topics in today's Canadian Navy. This is a disciplinary matter where the standard of proof is much higher. If the authorities of this command had wanted a study on leadership, they would have commissioned one. I invite you not to be necessarily distracted by some issues that are not directly related.⁴

a) faire connaître la réputation générale de l'accusé parmi ceux qui le connaissent ou qui connaîtraient à son sujet quelque chose concernant les aspects de sa réputation afférents à l'accusation; et

b) faire connaître son opinion personnelle sur la réputation générale de l'accusé en ce qui concerne des détails afférents à l'accusation.

(3) Lorsqu'un témoin fait une déposition relative à la réputation de l'accusé, il ne doit pas fournir la preuve d'actes particuliers de l'accusé comme base de son rapport ou de son opinion sur la réputation de l'accusé, mais il doit répondre aux questions concernant la durée et la nature de ses relations ou de son association avec l'accusé, ou avec d'autres qui seraient susceptibles de connaître l'accusé.

(4) Nonobstant les sections V, VI, VII et VIII, est admissible la preuve par ouï-dire ou fondée sur une opinion, permise aux termes du présent article.

(5) Le présent article s'applique aux témoignages dans le cours d'un interrogatoire préalable, d'un contre-interrogatoire ou d'un nouvel interrogatoire.²

Il semble que le paragraphe 21(1) incorpore essentiellement la common law sur ce point.³

Dans ses observations d'ouverture, l'avocat de la défense a formulé les observations suivantes :

[TRADUCTION] Il sera également démontré que le lieutenant-commander Marsaw est en fait un perfectionniste et, par conséquent, un commandant exigeant. En fait, j'aurais dû dire un commandant très exigeant. Sous son commandement, OJIBWA a performé selon une norme très élevée, situation qui a été reconnue par le supérieur du lieutenant-commander Marsaw qui a évalué son rendement comme étant exceptionnel. Nous parlerons de leadership, de style de leadership, de qualités d'officier et de moral.

J'aimerais vous rappeler, M. le président et MM. les membres, qu'il ne s'agit pas d'une commission d'enquête, d'une étude ou d'une étude comparative sur ces questions fondamentales que sont le style de leadership, les qualités d'officier et d'autres sujets très intéressants pour la marine canadienne d'aujourd'hui. Il s'agit d'une question disciplinaire à laquelle s'applique une norme de preuve beaucoup plus élevée. Si les autorités de la Marine avaient voulu une étude sur le leadership, ils en auraient commandé une. Je vous invite à ne pas vous laisser distraire par certaines questions qui ne sont pas directement reliées à cette affaire.⁴

² *Queen's Regulations and Orders*, Appendix 1.3.

³ See McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3d ed.) at 10-1; *R. v. Gottschall* (1983), 10 C.C.C.(3d) 447 at 466-467 (N.S.C.A.); *R. v. A. (W.A.)* (1996), 112 C.C.C.(3d) 83 at 86-87 (Man. C.A.).

⁴ Record, Volume 2, page 319.

² *Ordonnances et règlements royaux*, appendice 1.3.

³ Voir McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3^e éd.), 10-1; *R. v. Gottschall* (1983), 10 C.C.C. (3d) 447, pages 466-467 (C.A.N.-É.); *R. v. A. (W.A.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 83, pages 86-87 (C.A. Man.).

⁴ Dossier, Volume 2, page 319.

The prosecution then proceeded to call some 43 witnesses of whom three were experts. The prosecution put questions to many of the witnesses as to the appellant's "leadership style" or questions to like effect. These questions evoked answers such as that the appellant as commanding officer was "abrasive", "intimidating", "bullying", "coercive", "domineering", "authoritarian", "tyrannical", "ruthless", and "unforgiving". It will be noted that nowhere in the specific charges is there a charge of "bad leadership". Other evidence was adduced from prosecution witnesses to the effect that the appellant frequently made insulting comments (apart from those specifically charged) including anti-francophone comments (other than those with which he was specifically charged in count 7). Evidence was adduced as to eccentric behaviour and the fact that the appellant had once kicked Lieutenant Byrne (not, it will be noted, the kicking incident which was the subject of the fifth and sixth charges). Prosecution witnesses were invited to make comparisons between the appellant and other commanding officers under which they had served. Hearsay evidence was invited as to the nickname given to the appellant's ship: it was said to be known as the "death ship" having regard to its effect on the careers of officers in training. I think this evidence must be seen as evidence of bad character which was not specifically relevant to many of the charges as particularized.

I do not think the necessary conditions were established for the introduction of this evidence within the requirements of rule 21 of the *Military Rules of Evidence*. It is important to note that, at the point in the trial where this evidence was adduced from Crown witnesses, there had been no evidence presented by the defence to raise the issue of character. I am satisfied that the opening address of defence counsel could not be taken to have raised that issue. Careful reading of that address indicates that while defence counsel anticipated that the prosecution would be making an issue of "leadership style" he also argued that this was not an issue. As he said:

If the authorities of this command had wanted a study on leadership, they would have commissioned one. I invite you not to

La poursuite a alors cité quelque 43 témoins, dont trois experts. Elle a posé des questions à bon nombre de ces témoins sur le «style de leadership» de l'appellant ou des questions au même effet. Les réponses ont fait ressortir que l'appellant, dans son rôle de commandant, était «caustique», «intimidant», «brutal», «coercitif», «dominant», «autoritaire», «tyrannique», «impitoyable» et «implacable». Il convient de noter qu'aucun des chefs d'accusation spécifiques ne contient d'accusation de «mauvais leadership». D'autres éléments de preuve ont été produits par les témoins à charge afin d'établir que l'appellant faisait souvent des remarques offensantes (autres que celles pour lesquelles il a été expressément accusé), notamment des remarques contre les francophones (autres que celles dont il a été accusé au chef 7). Une preuve a été déposée quant à son comportement excentrique et au fait que l'appellant a frappé une fois le lieutenant Byrne (il ne s'agit pas, il convient de le noter, de l'incident qui fait l'objet des chefs d'accusation 5 et 6). Les témoins à charge ont été invités à faire des comparaisons entre l'appellant et d'autres commandants sous lesquels ils ont déjà servi. La preuve par ouï-dire fait ressortir que le navire de l'appellant était surnommé le «bateau de la mort» à cause des répercussions sur la carrière des officiers à l'entraînement. Je pense que cette preuve doit être considérée comme une preuve de mauvaise réputation qui n'est pas directement pertinente à bon nombre des accusations individuelles.

Je ne pense pas que les conditions nécessaires sont réunies pour que cette preuve puisse être déposée selon les exigences de l'article 21 des *Règles militaires de la preuve*. Il est important de noter que, à l'étape du procès où cette preuve a été produite par les témoins à charge, la défense n'avait présenté aucune preuve en vue d'établir la bonne réputation de l'accusé. Je suis convaincu que les observations d'ouverture de l'avocat de la défense ne peuvent être considérées comme ayant soulevé cette question. Une lecture attentive de ces observations indique que, même si l'avocat de la défense avait prévu que la poursuite allait parler du «style de leadership», il a également précisé qu'il ne s'agissait pas d'une question en litige. Comme il le dit lui-même :

[TRADUCTION] Si les autorités de la Marine avaient voulu une étude sur le leadership, ils en auraient commandé une. Je vous

be necessarily distracted by some issues that are not directly related.

invite à ne pas vous laisser distraire par certaines questions qui ne sont pas directement reliées à cette affaire.

In any event it appears that a mere opening address cannot be said to put character in issue. Subrule 21(1) of the *Military Rules of Evidence* only permits the prosecutor to introduce evidence to rebut good character where evidence of good character has been first introduced by the accused "by cross-examination or by witnesses".

De toute façon, il semble que de simples observations d'ouverture ne puissent constituer une affirmation quant à la réputation de l'accusé. Le paragraphe 21(1) des *Règles militaires de la preuve* autorise uniquement le poursuivant à présenter une preuve pour réfuter la preuve relative à la bonne réputation lorsque cette preuve a d'abord été fournie par l'accusé par «contre-interrogatoire ou par témoins».

Furthermore, I do not accept the respondent's position that this evidence was specifically relevant to the charges because the defence might argue that the conduct complained of, demanding or offensive though it might be, was a normal incident of good leadership. Counsel for the respondent pointed out that this issue had been canvassed in a *voir dire* and the Judge Advocate had ruled that in respect of charges 4 and 7 it was open to the prosecution to seek to prove through witnesses what would be a proper standard of conduct.⁵ It must first be noted that this *voir dire* related only to the two charges of "conduct to the prejudice of good order and discipline". In the absence of a regulation or standing order defining a relevant standard it was accepted that such standard must be proved by evidence. Specifically, however, the Judge Advocate was dealing with a defence submission that such evidence could only be obtained from other submarine commanders. The Judge Advocate rejected this submission and held that subordinate officers could testify as to their experience with this and other submarine commanders. Although no doubt some of the ensuing evidence elicited from prosecution witnesses was properly related to charges 4 and 7, and the kinds of situations particularized in those charges, much of it was not and must be seen as simply evidence of the appellant's bad character.

En outre, je n'accepte pas la position de l'intimée selon laquelle cette preuve était directement pertinente aux chefs d'accusation parce que la défense aurait pu faire valoir que le comportement contesté, aussi exigeant ou choquant puisse-t-il être, était un incident normal d'un bon leadership. L'avocat de l'intimée a signalé que cette question avait été traitée dans un *voir-dire* et que le juge-avocat a statué que, pour ce qui concerne les chefs 4 et 7, la poursuite était en droit de chercher à établir, par ses témoins, ce qui pouvait constituer une norme de conduite appropriée.⁵ Il faut tout d'abord préciser que ce *voir-dire* ne se rapportait qu'aux deux chefs de «conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline». Comme aucun règlement ou ordre permanent ne définit la norme pertinente, il a été accepté que cette norme devait être établie au moyen d'une preuve. Plus précisément, toutefois, le juge-avocat devait se prononcer sur une prétention de la défense faisant valoir que cette preuve ne pouvait être fournie que par d'autres commandants de sous-marins. Le juge-avocat a rejeté cet argument et a statué que les officiers subalternes pouvaient témoigner quant à leur expérience acquise sous les ordres de ce commandant et d'autres commandants de sous-marins. Il ne fait aucun doute que certains des éléments de preuve qui ont ensuite été fournis par les témoins à charge se rapportent à bon droit aux chefs 4 et 7, et aux genres de situations visées par ces chefs d'accusation, mais il reste qu'une bonne partie de ces éléments de preuve n'avaient aucun lien avec ces accusations et doivent être vus simplement comme une preuve de la mauvaise réputation de l'appelant.

⁵ Record, Volume 2, pages 377-380.

⁵ Dossier, volume 2, pages 377 à 380.

Although there was therefore no basis upon which this evidence was admissible, having regard to *Military Rules of Evidence* 20 and 21, I have nevertheless considered whether this might be a case for the application of section 241 of the *National Defence Act*⁶ which provides as follows:

241. Notwithstanding anything in this Part, the Court Martial Appeal Court may disallow an appeal if, in the opinion of the Court, to be expressed in writing, there has been no substantial miscarriage of justice.

This is similar in function to subparagraph 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. I believe this evidence was seriously prejudicial to the appellant and I am unable to say that had it not been admitted the result would have been the same.⁷ Therefore it is not possible to say that there was no substantial miscarriage of justice as a result.

Cross-Examination by Prosecutor

The second ground of appeal is

That the cross-examination of the Appellant by Prosecution Counsel was improper to the point of prejudicing the Appellant's right to a fair trial.

A succession of Crown witnesses had testified to specific events involving words and actions of the appellant, albeit that as noted before some of the evidence was not really pertinent to the offences as charged. The appellant in his testimony denied that these events had occurred or that he had been the speaker or actor in these events if they did occur. In a cross-examination of some three hours the prosecutor persistently asked, in respect of over 20 prosecution witnesses, whether in the appellant's view each of these witnesses was mistaken as to his evidence. In effect the appellant responded that they were mistaken. With respect to some of them he was asked why such witnesses would give evidence which implicated him if the events had not occurred. The prosecutor invited the appellant to explain why Crown witnesses were testifying as they did. The following exchange occurred.

⁶ R.S.C. 1985 c. N-5.

⁷ See *R. v. Bevan* (1993), 82 C.C.C.(3d) 310 at 328-329 (S.C.C.).

Bien qu'il n'y eût donc aucun fondement permettant l'utilisation de cette preuve, prenant en considération les règles 20 et 21 des *Règles militaires de la preuve*, j'ai néanmoins examiné s'il s'agissait d'un cas justifiant l'application de l'article 241 de la *Loi sur la défense nationale*⁶, rédigé dans les termes suivants :

241. Malgré les autres dispositions de la présente partie, la Cour d'appel de la cour martiale peut rejeter un appel lorsque, à son avis, formulé par écrit, il n'y a pas eu d'erreur judiciaire grave.

Cet article est semblable au sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Je crois que cette preuve est gravement préjudiciable à l'appellant et il m'est impossible de conclure que, si elle n'avait pas été présentée, le résultat aurait été le même⁷. Par conséquent, on ne peut conclure qu'il n'y a pas eu d'erreur judiciaire grave.

Contre-interrogatoire du poursuivant

Le deuxième motif d'appel indique

[TRADUCTION] que le contre-interrogatoire de l'appellant par l'avocat de la poursuite était inapproprié au point de compromettre le droit de l'appellant à un procès équitable.

Plusieurs témoins à charge ont décrit des événements précis faisant ressortir les propos et les gestes de l'appellant, même si, comme on l'a déjà noté, certains éléments de preuve n'étaient pas réellement pertinents aux infractions telles qu'elles ont été formulées. L'appellant, dans son témoignage, a nié que ces incidents se soient produits ou qu'il en ait été l'auteur si, en fait, ils ont eu lieu. Au cours d'un contre-interrogatoire de quelque trois heures, le poursuivant a demandé de façon persistante, relativement à plus de 20 témoins à charge, si l'appellant était d'avis que chacun des témoins avaient menti dans sa déposition. En fait, l'appellant a répondu qu'ils avaient effectivement commis des erreurs. L'avocat lui a demandé pourquoi certains témoins fourniraient une preuve l'impliquant, si les incidents en question ne s'étaient pas produits. Il a invité l'appellant à expliquer pourquoi les témoins à charge ont déposé comme ils l'ont fait. L'échange suivant a eu lieu.

⁶ L.R.C. (1985), chap. N-5.

⁷ Voir *R. v. Bevan* (1993), 82 C.C.C. (3d) 310, aux pages 328 et 329 (C.S.C.).

Q. Why do you think that 30 or 40 of your crew members, including some of your own defence witnesses, another five or so cigar tube type witnesses, would say all these adverse things about you, if you've denied them and said they were mistaken? A. I would have to speculate on that, sir.

Q. Do you have any hard evidence to offer this court in your defence that would explain why all these individuals are mistaken in their testimony? A. Well, I'm not sure what the definition of hard evidence is. It is my intent to defend myself and we've brought witnesses to that effect and materials and my testimony, I understand, constitutes part of that. But I don't know what is hard evidence. I'm afraid I don't know.

Q. Why do you think they've come here and said the things they've said? Speculate if you wish? A. I think different people for different reasons. . . I think there are some people who have succumbed to peer pressure. I think there are some people who have various motives, that would like to see me hurt. I think there are some people who have participated in the way rumours and stories grow and evolve. And it wouldn't surprise at all if some of them have repeated these rumours and stories so often that they've learned to accept them. I don't have the training to make a psychological assessment of what goes on in a person's mind that would lead them to this, and I would not feel comfortable even in using what little knowledge I have of human nature to come to a firm conclusion on that. I hope to understand it someday, I don't today.⁸ [Emphasis added.]

Shortly thereafter he asked the following questions:

Q. Can you explain the Whynott card, why a Captain Whynott, an air traffic controller, on TV, [TD?] having a beer, minding his own business in the Wardroom, would provide evidence that establishes or points to you threatening Lieutenant-Commander Dussault? Can you explain this? A. Only through speculation, sir.

Q. Can you explain it through evidence, through facts, through logic? A. Well, through logic, but that would involve speculation.

Q. So you cannot explain it through facts and logic, but only speculation? A. No, that's not what I said, sir. I said that I could use logic, but it would include speculation.

[TRADUCTION]

Q. Pourquoi croyez-vous que 30 ou 40 de vos membres d'équipage, y compris certains des témoins de la défense, cinq ou six autres témoins de l'incident de l'étui à cigare, affirment toutes ces choses défavorables sur votre compte, alors que vous les avez niées et que vous prétendez qu'il y a eu méprise? R. Il faudrait que je spécule pour répondre à cette question.

Q. Avez-vous une preuve tangible à offrir à cette cour pour votre défense, une preuve qui expliquerait pourquoi toutes ces personnes se sont trompées dans leur témoignage? R. Et bien, je ne suis pas certain de ce qu'on entend par preuve tangible. J'ai l'intention de me défendre et nous avons cité des témoins et produit des pièces à cet effet, et ma déposition, d'après ce que je crois comprendre, fait partie de ma défense. Mais je ne sais pas ce qu'est une preuve tangible. Je suis désolé, mais je ne le sais pas.

Q. Pourquoi croyez-vous qu'ils sont venus ici pour dire ce qu'ils ont dit? Vous pouvez spéculer dans votre réponse si vous le voulez? R. Je pense qu'il y a autant de réponses qu'il y a de personnes. . . Je pense que certaines personnes ont tout simplement succombé à la pression de leurs camarades. Je pense que certains agissent pour des motifs variés, qu'ils aimeraient que je sois blâmé. Je pense qu'il y a des personnes qui ont contribué à forger des histoires et à faire courir et s'étendre la rumeur. Et je ne serais pas du tout surpris que ces personnes aient répété ces histoires et ces rumeurs si souvent qu'elles en sont venues à les croire elles-mêmes. Je n'ai pas la formation pour évaluer sur le plan psychologique ce qui, dans l'esprit de ces personnes, les amène à agir de la sorte, et je ne me sentirais pas à l'aise d'utiliser le peu de connaissances que je possède sur la nature humaine pour en venir à une conclusion ferme sur ce sujet. J'espère pouvoir comprendre un jour, mais pour le moment je ne comprends pas.⁸ [Les italiques ne figurent pas dans l'original.]

Peu après, il a posé les questions suivantes :

[TRADUCTION]

Q. Pouvez-vous expliquer la carte Whynott, pourquoi un capitaine Whynott, contrôleur de la circulation aérienne, en TV [TD?] en train de prendre une bière, et se mêlant de ses affaires dans le carré des officiers, fournirait une preuve qui établit ou qui tend à établir que vous avez menacé le lieutenant-commander Dussault? Pouvez-vous m'expliquer cela? R. Uniquement en spéculant, monsieur.

Q. Pouvez-vous expliquer cette situation en ayant recours à une preuve, à des faits, à la logique? R. Au moyen de la logique peut-être, mais cela supposerait que je fasse de la spéculation.

Q. Alors vous ne pouvez expliquer cette situation au moyen de faits ou par la logique, mais uniquement par la spéculation? R. Non, ce n'est pas ce que j'ai dit, monsieur. J'ai dit que je pourrais avoir recours à la logique, mais que cela supposerait également de la spéculation.

⁸ Record, Volume 11, pages 1979-1980.

⁸ Dossier, volume 11, pages 1979-1980.

Q. I'd submit to you that you have a standard denial and you have a complete vacuum of explanation and hard facts to support your position. Do you agree with me or disagree? A. I disagree, sir.⁹ [Emphasis added.]

The Judge Advocate, in his summation to the panel, did comment on this cross-examination on two occasions as follows:

The prosecution, in his cross examination of the accused, asked him the following question: "Do you have any hard evidence at all to present to this court to explain why these officers would give false testimony against you?" When the prosecution called such evidence, the defending officer made no objection to its admissibility at the time it was given. Now that all the evidence is completed, I have determined that the evidence relating to such line of questioning is of no probative value and, therefore, you should give it no weight. I therefore ask you to disregard such questions and answers for the following reasons: Such evidence is irrelevant because it invites the accused to advance a theory or opinion as to the witnesses' motives; it also tends to place an improper burden on the accused to account for another's conduct. If you have a reasonable doubt as to whether the accused committed any offence with which he is charged, it is your duty to give the accused the benefit of the doubt and find him not guilty on that charge or charges.¹⁰

Again, in view of the comments made by the prosecution in its final address to the court, I remind you of my previous instructions on this matter. I will also add that the inability of the accused to explain a conflict between his evidence and that of a prosecution witness is not, of itself, a ground for disbelieving the accused and the prosecution's submission to the effect that a mere denial from the accused saying that the incidents did not happen is of zero evidentiary weight is wrong in law.¹¹

In my opinion there were other abusive aspects to the cross-examination, three of which I will mention specifically. The appellant had successfully completed the "Perisher" course in the United Kingdom in 1990. This course qualified him to command a submarine. The prosecutor asked him these questions:

Q. Were you in fact informed by Commander Charleton, near the mid-way point of your "Perisher" course, that you were failing "Perisher"? A. No, I was not.

Q. Si je vous dis que vous n'iez tout en bloc et que vous n'avez absolument aucune explication et aucun fait tangible pour appuyer votre position, serez-vous d'accord avec moi ou non? R. Je ne suis pas d'accord, monsieur.⁹ [Les italiques ne figurent pas dans l'original.]

Dans son résumé à l'intention de la formation d'officiers, le juge-avocat a effectivement fait des observations sur ce contre-interrogatoire à deux reprises dans les mots suivants :

[TRADUCTION] La poursuite, en contre-interrogeant l'accusé, lui a posé la question suivante : «Avez-vous une preuve tangible à offrir à cette cour pour expliquer pourquoi ces officiers viendraient faire des faux témoignages contre vous?». Quand la poursuite a produit une telle preuve, l'officier défendeur ne s'est pas opposé sur-le-champ à son admissibilité. Maintenant que la preuve est close, j'ai décidé que la preuve ayant trait à ce type de questions n'avait pas de valeur probante et, par conséquent, vous ne devez lui accorder aucune importance. Je vous demande donc de ne pas tenir compte de ces questions et de ces réponses pour les raisons suivantes : Une telle preuve n'est pas pertinente parce qu'elle invite l'accusé à formuler une théorie ou une opinion quant aux motifs des témoins; elle tend également à imposer à l'accusé un fardeau inutilement lourd pour expliquer la conduite d'une autre personne. Si vous avez un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé a commis l'une des infractions alléguées contre lui, c'est votre devoir de lui accorder le bénéfice du doute et de conclure qu'il n'est pas coupable de cette ou de ces infractions.¹⁰

Ici encore, au vu des observations formulées par la poursuite dans son exposé final à la cour, je vous rappelle mes directives antérieures sur ce point. J'ajouterai également que l'incapacité de l'accusé à expliquer le conflit entre son témoignage et la déposition d'un témoin à charge n'est pas, en soi, un motif suffisant pour ne pas croire l'accusé, et la prétention de la poursuite, qui fait valoir que le fait que l'accusé affirme que les incidents ne sont pas produits n'a aucune valeur probante, est erronée sur le plan juridique.¹¹

Selon moi, il y a eu d'autres abus commis au cours du contre-interrogatoire, et j'en mentionnerai trois plus précisément. L'appellant a suivi avec succès le cours «Perisher» au Royaume-Uni en 1990. Ce cours lui donne la qualité pour commander un sous-marin. Le poursuivant lui a posé la question suivante :

[TRADUCTION]

Q. Avez-vous en fait été informé par le commandeur Charleton, à peu près à mi-chemin de votre cours «Perisher», que

⁹ Record, Volume 11, page 1983.

¹⁰ Record, Volume 12, page 2105.

¹¹ Record, Volume 12, page 2107.

⁹ Dossier, volume 11, page 1983.

¹⁰ Dossier, volume 12, page 2105.

¹¹ Dossier, volume 12, page 2107.

Q. Were you in fact informed by Commander Charleton of your shortcomings, which included the verbal treatment of your crew and the failing to accept blame and try to attribute it to the rest of the crew? A. No. No such assertion was made during my "Perisher".¹²

Commander Charleton, a British Officer, was not called as a witness nor was any evidence introduced to support these very prejudicial suggestions by the prosecutor. At another point, the prosecutor asked the following questions:

Q. Would you agree with me that you've been extremely evasive in answering about the last 20 questions I've asked? A. No, sir. And I apologize if I've given that impression.

Q. Could you listen carefully to the questions that I'm about to ask for the balance of my examination and try to answer them? A. I've been trying to do that, sir.¹³

A review of the transcript does not support the suggestion that the appellant was being "extremely evasive" although his answers had become somewhat discursive. These questions were at best insulting. The prosecutor also asked him this question:

Q. Do you agree with *my proposition* that if every Navy vessel was led by officers with your leadership style, there wouldn't be a Navy left in the Canadian Forces? A. I would suggest that if any particular leadership style became the sole leadership style in our Navy that it would eventually be bad for the Navy. My leadership style is going to be different from any other commanding officer and I think that's what we need.¹⁴ [Emphasis added.]

It appears to me that all of the questions put to the appellant as to the accuracy of the evidence of other witnesses and as to their motivation were improper. They in effect put a burden on the appellant to prove his accusers wrong. The frequent repetition of this approach must be taken to have had a serious impact on the panel and unfortunately the Judge Advocate's instruction on this point as quoted above, was not, I

vous ne le réussiriez pas? R. Non, je n'ai pas été informé de cela.

Q. Avez-vous en fait été informé par le commandeur Charleton de vos faiblesses, notamment de la manière dont vous vous adressiez à votre équipage et de votre incapacité à accepter le blâme en essayant toujours de le rejeter sur le reste de l'équipage? R. Aucune affirmation de ce genre n'a été faite pendant mon cours «Perisher».¹²

Le commandeur Charleton, un officier britannique, n'a pas été cité comme témoin, et aucune preuve n'a été déposée pour appuyer ces suggestions très préjudiciables formulées par le poursuivant. À un autre moment, le poursuivant a posé les questions suivantes :

[TRADUCTION]

Q. Seriez-vous d'accord avec moi pour dire que vous avez été extrêmement évasif en répondant aux 20 dernières questions que je vous ai posées? R. Non monsieur. Et je m'excuse si j'ai donné cette impression.

Q. Pouvez-vous écouter attentivement les questions que je m'appête à vous poser pour le reste de mon interrogatoire et essayer d'y répondre? R. C'est ce que j'ai essayé de faire, monsieur.¹³

Un examen de la transcription n'appuie pas la suggestion voulant que l'appellant a été «extrêmement évasif», bien que ses réponses soient devenues un peu décousues. Ces questions étaient au mieux insultantes. Le poursuivant lui a également posé cette question :

[TRADUCTION]

Q. Acceptez-vous *ma proposition* selon laquelle si, chaque navire de la marine était commandé par des officiers ayant votre style de leadership, il n'y aurait plus un matelot dans les Forces canadiennes? R. Je dirais que si un style de leadership en particulier devait devenir le seul style de notre marine, cela finirait par être mauvais pour notre discipline. Mon style de leadership est différent de celui des autres commandants et je pense que c'est ce dont nous avons besoin.¹⁴ [Les italiques ne figurent pas dans l'original.]

Il me semble que toutes les questions qui ont été posées à l'appellant quant à l'exactitude de la déposition d'autres témoins et quant à leurs motifs étaient inappropriées. En fait, elles ont imposé à l'appellant le fardeau de prouver que ses accusateurs avaient tort. La répétition fréquente de cette méthode doit être considérée comme ayant eu une incidence sérieuse sur la formation d'officiers et, malheureusement, la

¹² Record, Volume 11, page 1943.

¹³ Record, Volume 11, page 1966.

¹⁴ Record, Volume 11, page 1961.

¹² Dossier, volume 11, page 1943.

¹³ Dossier, volume 11, page 1966.

¹⁴ Dossier, volume 11, page 1961.

think, adequate to offset the prevailing impression that it was for the appellant to explain the evidence of the Crown witnesses. The other questions, which were essentially of a sarcastic or insulting nature, a few of which I have quoted, were also improper and were not the subject of any comment by the Judge Advocate.

It is well established that care must be taken in the cross-examination of an accused to avoid improperly prejudicing his position in the eyes of the jury. It has long been held that questions put to an accused on cross-examination as to the accuracy or veracity of the evidence of prosecution witnesses are irrelevant, and a prosecutor persisting in such questions will almost certainly prejudice the position of the accused in the eyes of a jury. The only remedy is a new trial.¹⁵

Further, as the Supreme Court of Canada indicated in *Fanjoy*,¹⁶ once a finding of prejudice has been made it would be inconsistent to conclude that no miscarriage of justice has occurred. Therefore section 241 has no application and a new trial would have to be ordered on this ground alone if no other.

Prosecutor's Closing Address

The third ground of appeal is as follows:

The Prosecution's closing address prejudiced the Appellant's right to a fair trial by being inflammatory and otherwise improper, and the Judge Advocate failed to properly direct the Court to ignore the Prosecution's inflammatory and improper remarks.

The main elements of the closing address objected to included the following. The prosecutor on many occasions reiterated the point that the appellant had

¹⁵ See e.g. *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 at 383-384 (Ont. C.A.); *Fanjoy v. The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 312 at 314-318 (S.C.C.); *R. v. Vandenberghe* (1995), 96 C.C.C. (3d) 371 at 372-373 (Ont. C.A.).

¹⁶ *Ibid* at 317-318.

directive du juge-avocat sur ce point, qui est reproduite ci-dessus, n'était pas suffisante à mon avis pour contrebalancer l'impression dominante selon laquelle il incombait à l'appelant d'expliquer la preuve fournie par les témoins à charge. Les autres questions, qui étaient essentiellement insultantes ou de nature sarcastique, dont quelques-unes ont été reproduites ci-dessus, étaient également inappropriées et n'ont pas fait le sujet d'observations de la part du juge-avocat.

Il est bien établi qu'on doit soigneusement éviter, au cours du contre-interrogatoire d'un accusé, de porter préjudice à sa position aux yeux du jury. Il a depuis longtemps été statué que les questions posées à un accusé en contre-interrogatoire quant à l'exactitude ou à la véracité de la preuve des témoins à charge ne sont pas pertinentes, et qu'un avocat de la poursuite qui s'acharne à poser de telles questions compromettra presque certainement la position de l'accusé aux yeux du jury. Le seul redressement possible est un nouveau procès.¹⁵

En outre, comme la Cour suprême du Canada l'a indiqué dans *Fanjoy*¹⁶, une fois qu'on a conclu qu'il y a eu préjudice, il serait incompatible de conclure qu'il ne s'est produit aucune erreur judiciaire. Par conséquent, l'article 241 ne s'applique pas et un nouveau procès devra être ordonné pour ce seul motif, sinon pour d'autres.

L'exposé final du poursuivant

Le troisième motif d'appel est formulé dans les termes suivants :

[TRADUCTION]

En raison des remarques incendiaires et inappropriées que renferme son exposé final, le poursuivant a porté préjudice au droit de l'appelant à un procès équitable, et le juge-avocat n'a pas donné des directives adéquates à la Cour pour que celle-ci ne tienne pas compte de ces propos incendiaires et inappropriés.

Les principaux éléments de cet exposé final comprennent ce qui suit. Le poursuivant a, à plusieurs reprises, répété que l'appelant n'avait pas produit de

¹⁵ Voir par exemple *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374, pages 383-384 (C.A. Ont.); *Fanjoy c. La Reine*, (1985) 21 C.C.C. (3d) 312, pages 314 à 318; [1985] 2 R.C.S. 233, pages 235 à 240; *R. v. Vandenberghe* (1985), 96 C.C.C. (3d) 371, pages 372-373 (C.A. Ont.).

¹⁶ *Ibid.*, page 240.

not produced any evidence to support his own statements that these events did not happen or that he was not implicated in them. He also said several times that the appellant had not produced any evidence to demonstrate why the many Crown witnesses were mistaken or were lying. He suggested possible witnesses the appellant might have called but did not call. While, it must be said in fairness, he did remind the panel that the onus was on the prosecution to prove all elements of the offences, this basic proposition was very much obscured by his reiteration of the lack of evidence called by the appellant. He also spoke of the *Ojibwa* as a "dead end street" for officers in training seeking advancement and he referred to it again as the "death boat". These statements were largely based on hearsay evidence and rumours adverted to at trial. Perhaps more seriously he reiterated several times that the trial was

about ensuring that a certain objective standard of conduct is maintained in the Canadian Forces. You've been called upon to do that.¹⁷

Later he said:

I would submit that a conviction in these areas could confirm the naval standard of conduct and arrest a cancerous growth of prejudicial effects that has been created by this particular leadership style.¹⁸

The duty of the panel, of course, was not to fix a standard for leadership style but to determine whether the appellant was guilty of the particular offences charged against him.

The Judge Advocate in his summation did instruct the panel that the prosecutor was wrong in law to suggest that the appellant had a duty to bring forward facts or that there was any burden of proof on him. As noted earlier he instructed them that the questions put by the prosecutor to the appellant on cross-examination asking for an explanation as to why Crown witnesses were contradicting him were improper.¹⁹ With respect to the prosecutor's address in relation to the trial being one about acceptable leadership style in the Armed Forces he stated:

preuve pour appuyer ses propres déclarations selon lesquelles les incidents ne s'étaient pas produits et qu'il n'avait pas été impliqué dans ces incidents. Il a aussi dit à plusieurs reprises que l'appellant n'avait pas produit de preuve afin de démontrer pourquoi les nombreux témoins à charge s'étaient mépris ou mentaient. Il a laissé entendre que l'appellant aurait pu citer certains témoins, mais qu'il ne l'a pas fait. Bien qu'il faille dire en toute équité qu'il a rappelé à la formation qu'il incombait à la poursuite de prouver tous les éléments des infractions, cette proposition fondamentale a été largement occultée par la répétition que l'appellant n'avait pas produit de preuve. Il a également indiqué que le navire *Ojibwa* était une «impasse» pour les officiers à l'entraînement qui voulaient de l'avancement et il y a fait référence en le qualifiant de «bateau de la mort». Ces déclarations étaient largement fondées sur une preuve par ouï-dire et les rumeurs dont il a été question au procès. Ce qui est peut-être plus grave, il a répété à plusieurs reprises que le procès

[TRADUCTION] avait pour but de s'assurer qu'une certaine norme objective de comportement est respectée dans les Forces canadiennes. C'est ce qu'on vous demande de faire.¹⁷

Plus tard il ajoute :

[TRADUCTION] Je dirais qu'une condamnation sur ces accusations confirmerait la norme de comportement dans la marine et mettrait fin à une croissance cancéreuse d'effets préjudiciables qui a été créée par ce style de leadership particulier.¹⁸

Le rôle de la formation, bien entendu, n'était pas d'établir une norme relative au style de leadership, mais de déterminer si l'appellant était coupable des infractions dont il a été accusé.

Dans son exposé à la formation d'officiers, le juge-avocat a effectivement indiqué que le poursuivant avait commis une erreur de droit en laissant entendre que l'appellant avait le devoir de fournir des faits ou qu'un fardeau de preuve lui incombait. Comme on l'a noté précédemment, il leur a dit que les questions posées par le poursuivant à l'appellant en contre-interrogatoire, dans lequel il réclamait une explication quant à savoir pourquoi les témoins à charge le contredisaient, étaient inappropriées.¹⁹ Pour ce qui a trait à l'exposé du poursuivant, qui affirme

¹⁷ Record, Volume 11, page 2064.

¹⁸ *Ibid* at 2072.

¹⁹ *Ibid* at 2105-2107.

¹⁷ Dossier, volume 11, page 2064.

¹⁸ *Ibid.*, page 2072.

¹⁹ *Ibid.*, pages 2105-2107.

Your duty in the present case is to determine, based on all the evidence before the court, if the accused is guilty or not guilty of the charges before the court. In doing so, you must not, and I repeat not, be influenced by what type of message an acquittal would send to the military community.²⁰

In my opinion the directions of the Judge Advocate while proper and beneficial, were not sufficiently strong to negative the potential harm done by the prosecutor's address. The prosecutor, no doubt acting in good faith and conscientiously, delivered what must be described as a powerful address when taken as a whole. While perhaps it might not by itself have been sufficient grounds for setting aside the conviction and ordering a new trial, when combined with the matters referred to in grounds of appeal 1 and 2 discussed above it reinforced the unfairness of a trial which wrongly put the appellant's good character in issue and by implication put on him an onus to prove his innocence. The summation of the Judge Advocate while correct as far as it went was not, I think, strong enough to overcome the potential prejudice in respect to these issues and did not touch on some of the other matters wrongly introduced by the prosecutor in his address.

An unfairly prejudicial and inflammatory address by a prosecutor can in law provide sufficient grounds for setting aside a conviction.²¹ In this case, when combined with the other elements of unfairness referred to, it strongly supports such a disposition.

Before leaving these three related grounds of appeal it must be observed that trial counsel for the appellant raised no serious objections in respect of any of these matters at the trial. The Crown concedes that appeal counsel is not precluded from raising these issues even if they were not raised by trial counsel, unless it can be said that the latter's failure

que ce procès est un procès au sujet d'un style de leadership acceptable dans les Forces armées, il indique ceci :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, votre devoir est de déterminer, d'après l'ensemble de la preuve produite devant la Cour, si l'accusé est coupable ou non coupable des chefs d'accusation dont la Cour est saisie. Ce faisant, vous ne devez pas, et je le répète, vous ne devez pas être influencé par le genre de message qu'un acquittement enverrait à la collectivité militaire.²⁰

Selon moi, les directives du juge-avocat, bien qu'elles aient été appropriées et salutaires, n'étaient pas suffisamment rigoureuses pour neutraliser le tort potentiel causé par l'exposé du poursuivant. Celui-ci, agissant sans aucune doute de bonne foi et consciencieusement, a livré une plaidoirie que l'on peut qualifier de convaincante, dans son ensemble. Bien qu'il n'eût peut-être pas en soi été suffisant pour annuler la condamnation et ordonner un nouveau procès, cet exposé, combiné aux questions qui ont été discutées ci-dessus relativement aux motifs d'appel 1 et 2, ajoute à l'iniquité d'un procès au cours duquel la bonne réputation de l'appelant a à tort été mise en doute et, par implication, lui a imposé le fardeau de prouver son innocence. L'exposé du juge-avocat, bien qu'il ait été exact, n'était pas, à mon avis, suffisamment fort pour contrebalancer le préjudice potentiel découlant de ces questions et ne traitait pas de certaines autres questions qui ont été mentionnées à tort par le poursuivant dans sa plaidoirie.

Une plaidoirie incendiaire et injustement préjudiciable donnée par un poursuivant peut, en droit, constituer un motif suffisant pour annuler une condamnation.²¹ En l'espèce, une fois combinée aux autres éléments d'iniquité dont il a été question ci-dessus, elle fait pencher fortement en faveur d'une telle conclusion.

Avant de conclure sur ces trois motifs d'appel connexes, il convient de faire observer que l'avocat qui défendait l'appelant au procès n'a soulevé aucune objection sérieuse à l'égard de ces questions. Le ministère public reconnaît qu'en appel l'avocat n'est pas empêché de soulever ces questions même si elles n'ont pas été soulevées par l'avocat du procès, à

²⁰ *Ibid* at 2129.

²¹ See e.g. *R. v. Romeo* (1991), 62 C.C.C. (3d) 1 (S.C.C.).

²⁰ *Ibid.*, page 2129.

²¹ Voir par exemple, *R. c. Romeo* (1991), 62 C.C.C. (3d) 1; [1991] 1 R.C.S. 86.

to do so was a deliberate trial tactic adopted on behalf of the appellant. The Crown argued that these were trial tactics adopted by defence counsel which cannot now be repudiated, relying on the case of *R. v. Lomage*.²² However, that case can be distinguished because the evidence there allowed the Court to find that the inaction by defence counsel was a deliberate tactic. There is no such evidence here, although it must be said that the failure of defence counsel to raise these objections at trial is difficult to understand. Nevertheless the law seems clear that the presiding judge (or in this case, the Judge Advocate) has the ultimate responsibility to prevent unfairness to the accused and his failure to take the initiative to prevent these abuses must result in the conviction being set aside and a new trial ordered.²³

As noted earlier, it is unnecessary to deal with most of the other grounds of appeal since the conviction must be set aside on the basis of these elements of unfairness. However, as a new trial should be ordered, I think it useful to address the issue of jurisdiction of a court martial to try the first and second charges.

Jurisdiction for First and Second Charges

The tenth ground of appeal is stated as follows:

The Judge Advocate erred in finding the Court had jurisdiction to hear the First and Second Charges against the Appellant.

It will be recalled that the first charge was laid under section 93 of the *National Defence Act* alleging that the appellant had behaved in a disgraceful manner because of his role in the "cigar tube" incident. The second charge was an alternative to the first and was

moins que l'on puisse prétendre que l'omission de ce dernier de le faire était une tactique délibérée adoptée au nom de l'appellant. Le ministère public a fait valoir, en s'appuyant sur l'arrêt *R. v. Lomage*²², qu'il s'agissait effectivement de tactiques adoptées par l'avocat de la défense qui ne peuvent maintenant être répudiées. Toutefois, on peut établir une distinction d'avec cette affaire parce que la preuve qui y a été produite autorisait la Cour à conclure que l'inaction de l'avocat de la défense était une tactique délibérée. Il n'y a pas de telle preuve en l'espèce, bien que l'on doive admettre que l'omission de l'avocat de la défense de soulever ces objections au procès est difficile à comprendre. Néanmoins, le droit semble indiquer clairement que le juge-président (ou en l'espèce, le juge-avocat) a la responsabilité ultime d'empêcher toute iniquité à l'égard de l'accusé et son omission de prendre l'initiative pour empêcher ces abus doit entraîner l'annulation de la condamnation et la tenue d'un nouveau procès.²³

Comme on l'a noté précédemment, il n'est pas nécessaire de traiter de la plupart des autres motifs d'appel étant donné que la condamnation doit être annulée en s'appuyant sur ces éléments d'iniquité. Toutefois, comme la tenue d'un nouveau procès sera ordonnée, je pense qu'il est utile de traiter de la question de la compétence d'une cour martiale à juger des premier et deuxième chefs d'accusation.

Compétence concernant les premier et deuxième chefs d'accusation

Le dixième motif d'appel est formulé dans les termes suivants :

[TRADUCTION]

Le juge-avocat a commis une erreur en statuant que la Cour avait compétence pour entendre les premier et deuxième chefs d'accusation formulés contre l'appellant.

Il convient de rappeler que le premier chef d'accusation s'appuie sur l'article 93 de la *Loi sur la défense nationale* et indique que l'appellant s'est conduit d'une manière déshonorante en raison de son rôle dans l'incident de «l'étui à cigare». Le deuxième chef

²² (1991), 2 O.R. (3d) 621 (C.A.).

²³ See e.g. *Fanjoy v. The Queen*, *supra* note 15 at 317; *R. v. W. (R.S.)* (1990), 55 C.C.C. (3d) 149 at 157 (Man. C.A.); *R. v. R. (A.J.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 168 at 180-181 (Ont. C.A.).

²² (1991), 2 O.R. (3d) 621 (C.A. Ont.).

²³ Voir, par exemple, *Fanjoy c. La Reine*, précité, note 15, page 317; *R. v. W. (R.S.)* (1990), 55 C.C.C. (3d) 149, page 157 (C.A. Man.); *R. v. R. (A.J.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 168, pages 180-181 (C.A. Ont.).

laid under section 130 of the *National Defence Act* which adopts, by reference, offences under the *Criminal Code*, the relevant offence charged here being that of assault under section 266 of the latter statute.

The appellant was found guilty on the first charge of disgraceful behaviour under section 93 of the *National Defence Act*. The second charge, being an alternate to the first charge, was stayed.

The appellant's trial counsel raised this jurisdictional issue by way of a Plea in Bar of Trial and his objection to the jurisdiction of the court was rejected by the Judge Advocate after careful consideration of the arguments.

The appellant at trial and here based his objection to jurisdiction on section 70 of the *National Defence Act* which provides as follows:

70. A service tribunal shall not try any person charged with any of the following offences committed in Canada:

- (a) murder;
- (b) manslaughter;
- (c) sexual assault;
- (d) sexual assault committed with a weapon or with threats to a third party or causing bodily harm;
- (e) aggravated sexual assault; or
- (f) an offence under sections 280 to 283 of the *Criminal Code*.

It is said that the offences described in the first and second charges really amount to sexual assault and that therefore they cannot be tried by a service tribunal. The Judge Advocate in disposing of the Plea in Bar of Trial concluded that on the basis of the charges as particularized it was not possible for him to determine that the real offence was sexual assault and, the defence not having demonstrated by evidence that it was or that the charges were designed to avoid the constraints of section 70, he must exercise jurisdiction.²⁴ The appellant says that the Judge Advocate should either not have proceeded without being satisfied by prosecution evidence that the General Court Martial had jurisdiction or, after hearing

est une accusation subsidiaire au premier chef d'accusation et a été porté en vertu de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* qui adopte, par référence, les infractions prévues au *Code criminel*, l'infraction pertinente en l'espèce étant celle des voies de fait prévues à l'article 266 du *Code criminel*.

L'appellant a été reconnu coupable du premier chef d'accusation, c'est-à-dire d'avoir eu un comportement déshonorant, en vertu de l'article 93 de la *Loi sur la défense nationale*. Le deuxième chef, étant subsidiaire au premier, a été suspendu.

L'avocat de l'appellant au procès a soulevé la question de la compétence au moyen d'une exception de non-recevabilité et son objection quant à la compétence de la Cour a été rejetée par le juge-avocat après que celui-ci eut examiné soigneusement les arguments.

Au procès et devant la présente Cour, l'appellant a fondé son objection concernant la compétence de la Cour sur l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale* rédigé dans les termes suivants :

70. Les tribunaux militaires n'ont pas compétence pour juger l'une des infractions suivantes commises au Canada :

- a) meurtre;
- b) homicide involontaire coupable;
- c) agression sexuelle;
- d) agression sexuelle à main armée ou assortie de menaces à tiers ou avec infraction de lésions corporelles;
- e) agression sexuelle grave;
- f) infractions visées aux articles 280 à 283 du *Code criminel*.

Il est dit que les infractions décrites dans les premier et deuxième chefs équivalent en fait à une agression sexuelle et, par conséquent, qu'elles ne peuvent être jugées par un tribunal militaire. Le juge-avocat, en se prononçant sur l'exception d'irrecevabilité, a conclu qu'en se fondant sur les accusations qui ont été portées il lui était impossible de déterminer que la véritable infraction était une agression sexuelle et que, la défense n'ayant pas démontré au moyen de la preuve que tel était le cas ou que les accusations n'étaient pas conçues de manière à échapper aux contraintes de l'article 70, il devait exercer sa compétence.²⁴ L'appellant prétend que le juge-avocat n'aurait pas dû instruire l'instance sans être convaincu par la preuve de

²⁴ Record, Volume 1, page 88.

²⁴ Dossier, volume 1, page 88.

the evidence, he should have determined that the offence as depicted in the evidence amounted to sexual assault and should have dismissed the first two charges on that basis.

I am unable to accept the appellant's contentions. First, this Court stated in *R. v. Reddick*

... when challenged it is surely open to such a court martial to look at its statute and to the circumstances of the offence as alleged. If it determines that those circumstances, if ultimately proved, would bring the matter within its jurisdiction then it may proceed. It is of course open to the accused to raise a constitutional argument that the grant of jurisdiction to a military tribunal in his case would be beyond the jurisdiction of Parliament and he might find it useful to call evidence to that end.²⁵ (Emphasis added.)

Unless this is done, the service tribunal is free to proceed although of course it is always open to the defence to argue later in the proceedings, and the court martial to find, that on the facts as proven some constitutional norm would be violated if a conviction were entered. Therefore the Judge Advocate correctly held that he could assume, on the basis of the charges as stated and particularized, that the tribunal had jurisdiction under the *National Defence Act*.

The more important question is the meaning to be given to section 70 of the *National Defence Act*. It must be emphasized that the English version thereof only precludes a service tribunal from trying a person "charged" with the offence of sexual assault. The appellant was not charged with sexual assault. Although argument was made before the Judge Advocate that the French version is broader in that it denies military tribunals the competence "pour juger l'une des infractions suivantes", including "agression sexuelle" in my view the result is the same: if one is not charged with sexual assault one cannot be "judged" in respect of that offence.

Counsel for the appellant, however, makes the argument that a court martial should not be content merely to look at the way the offence is defined in the

la poursuite que la cour martiale générale avait compétence ou, qu'après avoir entendu la preuve, il aurait dû conclure que l'infraction telle que décrite dans la preuve équivalait à une agression sexuelle et aurait dû rejeter les deux premiers chefs d'accusation pour ce motif.

Je ne peux souscrire aux prétentions de l'appelant. Tout d'abord, la Cour a statué dans *R. c. Reddick* :

Mais il est loisible à une telle cour martiale, lorsque sa compétence est contestée, d'examiner sa loi constitutive et les circonstances entourant l'infraction reprochée. Si elle conclut que, si elles sont en fin de compte établies, ces circonstances feraient relever l'affaire de sa compétence, elle peut procéder à l'audition de l'affaire. Il est évidemment loisible à l'accusé d'invoquer un moyen constitutionnel et d'affirmer que l'attribution de compétence au tribunal militaire dépasserait dans son cas la compétence du Parlement, et il pourrait trouver utile de présenter des éléments de preuve à cette fin.²⁵ (Non souligné dans l'original.)

À moins que cela soit fait, le tribunal militaire est libre d'instruire l'action quoique, bien entendu, il soit toujours loisible à la défense de faire valoir à un autre stade des procédures, et à la cour martiale de conclure, que, d'après les faits prouvés, un verdict de culpabilité irait à l'encontre d'une norme constitutionnelle. Par conséquent, le juge-avocat a correctement statué qu'il pouvait présumer, d'après les chefs énoncés et détaillés, que le tribunal avait compétence en vertu de la *Loi sur la défense nationale*.

La question la plus importante est le sens qu'il convient de donner à l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale*. Il convient de souligner que la version anglaise de cet article empêche uniquement les tribunaux militaires de juger les personnes «chargées» (accusées) d'agression sexuelle. L'appelant n'a pas été accusé d'agression sexuelle. Bien qu'on ait fait valoir devant le juge-avocat que la version française est plus large étant donné qu'elle prive les tribunaux militaires de la compétence «pour juger l'une des infractions suivantes», notamment «l'agression sexuelle», à mon avis, le résultat est le même : si une personne ne peut être accusée d'agression sexuelle, elle ne peut être «jugée» à l'égard de cette infraction.

L'avocat de l'appelant, toutefois, fait valoir qu'une cour martiale ne devrait pas simplement se contenter de considérer l'infraction telle qu'elle est décrite dans

²⁵ (1996), 5 C.M.A.R. 485 at 502.

²⁵ (1996), 5 C.A.C.M. 485 à la page 502.

charge: instead, it must finely examine the facts of the case as proven in evidence to see whether a charge of sexual assault could have been laid under section 271 of the *Criminal Code*. The essence of this argument is that if one is accused of acts which in reality amount to sexual assault, one has the right to be tried for sexual assault. I am prepared to assume for present purposes (without so finding) that there might be defences available to sexual assault (e.g. consent) which may not be relevant to a charge under section 93 of the *National Defence Act* (the subject of the first charge) of behaving in a disgraceful manner. But the stigma attached to a conviction for sexual assault is, I should think, different from a conviction for a service offence of behaving in a disgraceful manner. Certainly a conviction for assault, rather than sexual assault, would be less stigmatizing. Equally important is the fact that the maximum sentence for a conviction under section 93 of the *National Defence Act* or under section 266 of the *Criminal Code* (assault) is five years, compared to ten years for a conviction of sexual assault if proceeded with by indictment. Therefore I find it difficult to accept that a person has the right to be tried for the most serious offence possible.

This leads to the other difficulty I have with the appellant's argument. It is a well known phenomenon of criminal law that the same facts may support a variety of charges. But a conviction for a more serious charge may require stricter evidence and involve more difficult legal issues. Prosecutors surely have a discretion to assess the facts and the law to determine what is the most appropriate charge to be laid. Often more serious charges are laid and convictions are instead entered for included offences, but I know of no rule that requires the prosecution to charge the most serious offence conceivably capable of proof. Instead it has frequently been recognized that prosecutors have a broad discretion in selecting appropriate charges and the courts should not interfere with

le chef d'accusation : elle devrait plutôt examiner soigneusement les faits établis par la preuve dans la cause afin de déterminer si une accusation d'agression sexuelle aurait pu être portée en vertu de l'article 271 du *Code criminel*. Cet argument se fonde sur l'hypothèse selon laquelle si une personne est accusée d'actes équivalant en fait à une agression sexuelle, elle a le droit d'être jugée pour une agression sexuelle. Je suis disposé à présumer pour les fins de l'espèce (sans toutefois conclure en ce sens) qu'il peut y avoir des moyens de défense à faire valoir contre l'agression sexuelle (par exemple, le consentement) qui ne sont peut-être pas pertinents à une accusation portée aux termes de l'article 93 de la *Loi sur la défense nationale* (le premier chef d'accusation), notamment d'avoir eu un comportement déshonorant. Mais les stigmates qui s'attachent à une condamnation pour agression sexuelle sont, à mon avis, différents de ceux qui s'attachent à une condamnation pour comportement déshonorant prononcée par une cour martiale. Certainement, une condamnation pour voies de fait, plutôt que pour agression sexuelle, laisse moins de stigmates. Il est tout aussi important de noter que la peine maximale pour une condamnation en vertu de l'article 93 de la *Loi sur la défense nationale* ou en vertu de l'article 266 (voies de fait) du *Code criminel* est de cinq ans, comparativement à dix ans pour une condamnation pour agression sexuelle, si celle-ci est jugée par voie de mise en accusation. Par conséquent, je trouve difficile d'accepter qu'une personne ait le droit d'être jugée pour l'infraction la plus grave possible.

Ceci nous amène à l'autre difficulté que j'éprouve à l'égard de l'argument de l'appelant. C'est un phénomène bien connu en droit criminel que les mêmes faits peuvent appuyer différents chefs d'accusation. Mais une condamnation pour une accusation plus grave peut exiger une preuve plus stricte et soulève des questions juridiques plus difficiles. Le ministère public doit certainement avoir la latitude d'évaluer les faits et le droit pour déterminer quel est le chef d'accusation le plus approprié. Il arrive souvent que des accusations plus graves soient portées et que la condamnation soit prononcée plutôt pour l'infraction incluse, mais je ne connais aucune règle qui exige que le ministère public utilise l'infraction la plus grave qu'il soit en mesure de prouver. On a plutôt

that selection except in cases of flagrant impropriety.²⁶ That is especially true in a case such as this where the facts appear to support the laying of a specific service offence under section 93 of the *National Defence Act* which promotes the unique requirements of good order, high morale, and discipline so essential in the military context. Nor has the appellant demonstrated any "flagrant impropriety" in the way the charges were formulated. It is not in dispute that elsewhere prosecutors in the exercise of their discretion can in effect determine in which court a matter may be tried: for example, in deciding whether to proceed by indictment or summary conviction.²⁷

In the present case I should think it would be at least debatable whether the facts as alleged in charges 1 and 2 would have supported a conviction for sexual assault. The allegation most obviously close to an allegation of sexual assault is that found in the first charge on which the appellant was convicted. As worded it alleges that the appellant "did insert a cigar tube between the buttocks of . . . Lieutenant (N) Kelk, S.J." Counsel for the appellant cited various cases in which convictions had been entered for sexual assault where it was not clear that sexual gratification had been the purpose of the assault.²⁸ I do not find these determinative as they each turn on their own set of facts and address the question of when a person *may be convicted* for sexual assault but not when he *must be charged* with sexual assault. The general approach was laid down in the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Chase*²⁹ where the Court held that although the presence or absence of sexual gratification is not determinative and only one of the factors to be considered, the basic principle is

fréquemment reconnu que la poursuite avait un large pouvoir discrétionnaire dans le choix des chefs d'accusation appropriés et les tribunaux ne doivent pas intervenir dans ce choix, sauf en cas d'abus flagrant²⁶. Cela est particulièrement vrai dans une affaire comme l'espèce où les faits paraissent justifier une accusation précise portée en vertu de l'article 93 de la *Loi sur la défense nationale*, qui fait la promotion des exigences relatives au bon ordre, au maintien du moral et à la discipline, uniques et si essentielles dans le contexte militaire. L'appelant n'a pas non plus fait la preuve d'un «abus flagrant» dans la façon dont les accusations ont été formulées. Il n'est pas contesté qu'ailleurs la poursuite ait le pouvoir discrétionnaire de déterminer devant quel tribunal une affaire peut être instruite : par exemple quant au choix entre une poursuite par voie d'acte d'accusation ou par voie de procédure sommaire.²⁷

En l'espèce, je pense que la question de savoir si les faits allégués dans les chefs 1 et 2 auraient pu appuyer une condamnation pour agression sexuelle serait au moins discutable. L'allégation qui se rapproche manifestement le plus d'une allégation d'agression sexuelle est celle qui est énoncée dans le premier chef dont l'appelant a été reconnu coupable. Selon la formulation utilisée, ce chef d'accusation allègue que l'appelant «a inséré un étui à cigare entre les fesses du lieutenant (M) Kelk, S.J.». L'avocat de l'appelant a cité plusieurs causes dans lesquelles un verdict de culpabilité pour agression sexuelle a été prononcé dans des cas où il n'avait pas été établi clairement que le plaisir sexuel avait été l'objet de l'agression²⁸. Je ne trouve pas ces causes déterminantes étant donné qu'elles s'appuient sur les faits particuliers de chaque espèce et traitent de la question de savoir quand une personne *peut être reconnue coupable* d'agression sexuelle, mais non pas quand elle *doit être accusée* d'agression sexuelle. L'approche générale a été établie dans l'arrêt *R. c. Chase*²⁹, dans

²⁶ See e.g. *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680 at 686; *R. v. T.(V.)* [1992], 1 S.C.R. 749 at 761; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387 at 410; *R. v. Light (R.C.) and Hull (R.B.)* (1993), 21 B.C.A.C. 241.

²⁷ *Smythe*, *ibid.*

²⁸ See also *R. v. V.(K.B.)* (1992), 71 C.C.C.(3d) 65 (Ont. C.A.), confirmed (1993), 82 C.C.C. (3d) 382 (S.C.C.).

²⁹ (1987), 37 C.C.C. (3d) 97 at 103.

²⁶ Voir, par exemple, *Smythe c. R.*, [1971] R.C.S. 680, page 686; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, page 761; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, page 410; *R. v. Light (R.C.) and Hull (R.B.)*, (1993) 21 B.C.A.C. 241

²⁷ *Smythe*, *ibid.*

²⁸ Voir aussi *R. v. V. (K.B.)* (1992), 71 C.C.C. (3d) 65 (C.A.), confirmé par (1993), 82 C.C.C. (3d) 382 (S.C.C.).

²⁹ (1987), 37 C.C.C. (3d) 97, page 103; [1987] 2 R.C.S. 293.

that one must look at all the circumstances to determine whether the assault was sexual. In the present case the military prosecutors may well have concluded that in applying the test in *Chase* it might be difficult to establish this as a sexual assault in a prosecution in a civilian court. I see no basis for the court martial interfering with that discretion and insisting that a more serious charge should have been laid, a charge which it would not have the jurisdiction to try. Whether the conviction under section 93 of the *National Defence Act* might preclude a subsequent criminal prosecution for sexual assault³⁰ is not a problem with which we must deal.

I have dealt with this matter as it is pertinent to the conduct of a new trial should the military authorities decide to proceed with these particular charges again.

Prosecutor's Notes of Evidence

In his factum, counsel for the appellant stated as his fourth ground of appeal the following:

The Judge Advocate Erred in permitting the Prosecution to submit its Notes of the Evidence to the Court and then to let the Court consider that document during its deliberations.

At the hearing he abandoned this ground of appeal and we therefore do not need to dispose of it. In the hope that it may be of assistance to future courts martial, however, I must observe that the Court was puzzled by the manner in which these notes were submitted and, seemingly, used. They apparently consisted of an extensive summary of the evidence prepared by the prosecutor and handed to members of the Court at the beginning of his closing address. To be fair, he warned the panel at that time that these notes were not evidence in and of themselves but rather the prosecution's perception of the evidence. He did make

³⁰ See e.g. *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Canadian Charter of Rights and Freedoms* para. 11(h); *National Defence Act*, s.66; *Criminal Code*, s. 12.

lequel la Cour suprême du Canada a statué que, bien que la présence ou l'absence de plaisir sexuel ne soit pas déterminante et ne constitue qu'un des facteurs à prendre en considération, le principe de base exige que l'on examine l'ensemble des circonstances pour déterminer si l'agression était de nature sexuelle. En l'espèce, la poursuite militaire peut fort bien avoir conclu qu'en appliquant le critère de *Chase* elle aurait eu de la difficulté à établir qu'il s'agissait d'une agression sexuelle dans une poursuite devant les tribunaux civils. Je ne vois aucune raison qui justifie la cour martiale d'intervenir dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire en insistant pour qu'une accusation plus grave, qu'elle n'a pas la compétence de juger, soit portée. Il ne nous appartient pas de déterminer si la condamnation en vertu de l'article 93 de la *Loi sur la défense nationale* pourrait empêcher des poursuites criminelles ultérieures pour agression sexuelle.³⁰

J'ai traité de cette question étant donné qu'elle est pertinente à la tenue d'un nouveau procès, si les autorités militaires décident de déposer de nouveau ces chefs d'accusation.

Les notes de preuve du poursuivant

Dans son mémoire, l'avocat de l'appellant énonce comme quatrième motif d'appel ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le juge-avocat a commis une erreur en autorisant la poursuite à déposer ses notes de preuve devant la Cour et en autorisant la Cour à examiner ce document pendant ses délibérations.

À l'audience, il a abandonné ce motif d'appel, et nous n'avons donc pas à nous prononcer sur ce point. Dans l'espoir qu'il puisse être utile à d'autres cours martiales, toutefois, je dois faire observer que la Cour a été intriguée par la manière dont ces notes ont été déposées et, semble-t-il, utilisées. Ces notes constituaient apparemment un résumé exhaustif de la preuve préparée par la poursuite et elles ont été remises aux membres de la Cour par l'avocat au début de son exposé final. En toute justice, il faut dire que l'avocat a prévenu la formation à ce moment que ces notes n'étaient pas des éléments de preuve en

³⁰ Voir, par exemple, *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Charte canadienne des droits et libertés* al. 11h); *Loi sur la défense nationale*, art. 66; *Code criminel*, art. 12.

occasional reference to them during his final submissions to the panel on the evidence and in doing so, I believe, went beyond what was appropriate. He referred at one point to the notes containing a "mountain of evidence" and being "chuck full of overwhelming evidence to support a conviction" on charges 3, 4 and 7.³¹ The Judge Advocate did again briefly warn the panel that these notes were not evidence.³² These notes were never made part of the record of the court martial and we have no idea as to their contents. From the record here it is impossible for us to know whether the defence did consent. During submissions by counsel to the Judge Advocate in the absence of the Court, prior to final addresses, the prosecutor stated the following:

As the final point - I consulted my friend - what I intend on doing when I address the members of the Court tomorrow is not go through all the evidence What I propose on doing is giving them sheets of paper dealing with the key essential elements of some of the charges and saying this is from the prosecution point of view the evidence we believe we have called that substantiates the evidence on that particular essential element with regard witness by witness.³³

This might be taken to mean that defence counsel had seen the notes and consented to them, but nowhere is this clarified and when the prosecutor did present his notes to the Court the next day defence counsel made no comment whatever nor did the Judge Advocate ask defence counsel if he had any objections.³⁴

As these notes were not made part of the record we have no idea whether there was improper material in them, even if included in good faith. As far as we can tell neither the Judge Advocate nor defence counsel assessed this material and it is now impossible for us to see it.

We think this to be a dangerous and improper practice. No material should be left with a panel unless

³¹ Record, Volume 11, page 2060.

³² Record, Volume 12, page 2119.

³³ Record, Volume 11, pages 2015-2016.

³⁴ *Ibid* at 2034.

elles-mêmes, mais plutôt la perception que se faisait la poursuite de la preuve. Il a à l'occasion fait référence à ces notes pendant ses dernières observations à la formation concernant la preuve et, en agissant ainsi, je pense qu'il est allé au-delà de ce qui était approprié. À un certain moment, il a mentionné que ces notes renfermaient une « montagne de preuves » et qu'elles regorgeaient « d'éléments de preuve irréfutables appuyant un verdict de culpabilité » sur les chefs 3, 4 et 7³¹. Le juge-avocat a de nouveau brièvement prévenu la formation que ces notes ne constituaient pas des éléments de preuve³². Ces notes n'ont jamais fait partie du dossier de la cour martiale et nous n'avons aucune idée de ce qu'elles contenaient. D'après le présent dossier, il nous est impossible de savoir si la défense a donné son consentement. Pendant les observations formulées par l'avocat au juge-avocat en l'absence de la Cour, avant les plaidoiries finales, le poursuivant a indiqué ceci :

[TRADUCTION] Finalement - j'ai consulté mon collègue - ce que j'ai l'intention de faire quand je m'adresserai aux membres de la Cour demain, ce n'est pas de repasser toute la preuve Ce que je me propose de faire, c'est de leur remettre des feuilles traitant des éléments essentiels de certains des chefs d'accusation et de leur préciser qu'il s'agit du point de vue de la poursuite relativement aux éléments que nous avons produits et qui appuient la preuve de cet élément essentiel en passant témoin par témoin.³³

Cela pourrait vouloir dire que l'avocat de la défense avait vu les notes et y avait consenti, mais cela n'est précisé nulle part et quand le poursuivant a effectivement présenté ces notes à la Cour le lendemain, l'avocat de la défense n'a formulé aucune observation et le juge-avocat n'a pas non plus demandé à l'avocat de la défense s'il avait des objections.³⁴

Comme ces notes n'ont pas été intégrées au dossier, il est impossible de savoir si elles contenaient des éléments inappropriés, même s'ils avaient pu y être inclus en toute bonne foi. Pour autant que nous le sachions, ni le juge-avocat ni l'avocat de la défense n'ont évalué ces notes, et il nous est maintenant impossible de les consulter.

Nous croyons qu'il s'agit d'une pratique dangereuse et incorrecte. Aucun document ne devrait être

³¹ Dossier, volume 11, page 2060.

³² Dossier, volume 12, page 2119.

³³ Dossier, volume 11, pages 2015-2016.

³⁴ *Ibid.*, page 2034.

the Judge Advocate and defence counsel have had an opportunity to see it and record their views. Further, if such material is made available to the panel it must be made part of the record.

Albeit that this ground of appeal has been withdrawn I feel obliged to express strong disapproval of the practice followed in this case. If this ground had been maintained the appeal might well have succeeded on this basis alone unless some very good explanation were forthcoming from the respondent.

DISPOSITION

Neither party suggested to us that, if we allowed certain grounds of the appeal, we could nevertheless separate the convictions and consider confirming some and setting aside others. I believe we must therefore allow the appeal in its entirety, set aside the convictions and order a new trial should the military authorities elect to proceed on the charges for which convictions were entered, as amended by the revised Annexes A and B referred to above.

DESROCHES J.A.: I agree

The following are the reasons for judgment delivered in English by

BROOKE J.A. (dissenting): I agree with the judgment of the Chief Justice that the convictions cannot stand. However, with respect, I do not agree we should order a new trial of charge 2.

The Code of Service Discipline in parts IV to IX of the *National Defence Act* is a code of the military law. It specifies and defines military offences essential to ensure and enforce military discipline. The commission of such an offence may, according to the circumstances, carry very severe penalties, including those going to tenure of military office such as dismissal, demotion, etc. By section 130, subject to section 70, the *National Defence Act* provides for the trial and punishment of persons subject to the Code of Service Discipline of all offences punishable under any federal legislation, including the *Criminal Code*,

remis à la formation d'officiers à moins que le juge-avocat et l'avocat de la défense n'aient eu l'occasion de les voir et de verser leurs observations au dossier. En outre, si de tels documents sont présentés à la formation, ils doivent être inclus au dossier.

Même s'il s'agit d'un motif d'appel qui a été retiré, je me sens tenu d'exprimer ma profonde désapprobation à l'égard de la pratique suivie en l'espèce. Si ce motif avait été maintenu, l'appel aurait bien pu être accueilli sur ce seul fondement à moins que l'intimée n'eût fourni une très bonne explication.

DISPOSITIF

Aucune des parties ne nous a suggéré que, si nous décidions d'accueillir certains motifs d'appel, nous pouvions néanmoins dissocier les condamnations et envisager d'en confirmer certaines et d'en annuler d'autres. Je crois que nous devons donc accueillir l'appel dans sa totalité, annuler les condamnations et ordonner la tenue d'un nouveau procès, si les autorités militaires décident d'intenter une action quant aux accusations pour lesquelles une condamnation a été prononcée, modifiées suivant les annexes révisées A et B mentionnées précédemment.

LE JUGE DESROCHES, J.C.A. : J'y souscris.

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

LE JUGE BROOKE, J.C.A. (dissident) : Je conviens avec le juge en chef que les déclarations de culpabilité ne peuvent être maintenues. Toutefois, en toute déférence, je ne peux souscrire à la conclusion selon laquelle un nouveau procès devrait être ordonné concernant le deuxième chef d'accusation.

Le code de discipline militaire constituant les parties IV à IX de la *Loi sur la défense nationale* est un code de droit militaire. Il définit et précise les infractions militaires essentielles au maintien et à l'application de la discipline militaire. La perpétration d'une de ces infractions peut, selon les circonstances, entraîner des sanctions très sévères, touchant notamment l'occupation d'un poste militaire, par exemple le renvoi, la rétrogradation, etc. Aux termes de l'article 130, assujetti à l'article 70, la *Loi sur la défense nationale* prévoit la tenue d'un procès et l'imposition de sanctions lorsque des personnes assujetties au

and incorporates this into the military law. Section 70 specifically excepts from the jurisdiction of the service tribunal the trial of persons "charged" with certain offences committed in Canada, including "sexual assault".

The analysis of jurisdiction takes place in this setting. Accordingly, in my view, while the two charges are stated by the charge sheet to be in the alternative, on the issue of jurisdiction, they must be considered separately. It is conceded that the particulars set out in charge 1 were the particulars set out in charge 2. That is, that the assault was "the insertion of the cigar tube between his buttocks."

Assuming that the Judge Advocate was right, that on the particulars one could not say "the real offence was sexual assault", he was right in attempting to discern the real offence. In my view, as it turned out, it became quite clear from the evidence led at the trial by the prosecution that it intended to prove a sexual assault. I refer in particular to the evidence at the trial that the victim was naked from the waist down, bound in a hundred position and the cigar tube inserted into his anus.

Although the prosecution has the discretion to select the appropriate charge, it cannot use its discretion to defeat the intention of Parliament that specific offences shall not be tried by service tribunals. Rather, that the trial of such offences is reserved for the civil courts. While section 70 refers to persons "charged", it is too literal an interpretation to dispose of the issue of jurisdiction. As section 70 is specifically aimed at excluding certain offences from the jurisdiction of a service tribunal, the prosecution cannot charge the lesser included offence to retain jurisdiction and then proceed to prove the excluded offence. If the substance of the offence charged, the "real offence", is sexual assault, jurisdiction to try the

code de discipline militaire ont commis des infractions punissables en vertu de toute loi fédérale, notamment du *Code criminel*, et incorpore ces infractions au droit militaire. L'article 70 dispose expressément que les tribunaux militaires n'ont pas compétence pour juger des personnes accusées («charged») de certaines infractions commises au Canada, notamment d'«agression sexuelle».

L'analyse de la compétence se situe dans ce contexte. Par conséquent, à mon avis, bien que les deux chefs d'accusation aient été énoncés de façon subsidiaire, ils doivent être analysés séparément pour ce qui concerne la question de la compétence. Il est concédé que les détails du premier chef sont les mêmes que ceux du deuxième chef, c'est-à-dire que l'agression a été «le fait d'insérer l'étui à cigare entre ses fesses».

En supposant que le juge-avocat avait raison, c'est-à-dire que d'après les détails du chef d'accusation il est impossible d'affirmer que «la véritable infraction était une agression sexuelle», il a eu raison d'essayer de déterminer quelle était la véritable infraction. À mon avis, au bout du compte, la preuve produite au procès par le ministère public fait clairement ressortir que celui-ci avait l'intention de prouver qu'il y avait eu agression sexuelle. Je fais particulièrement référence à la preuve fournie au cours du procès selon laquelle la victime était nue de la taille aux pieds, qu'elle était attachée dans une position courbée et que l'étui à cigare lui a été inséré dans l'anus.

Bien que le ministère public ait le pouvoir discrétionnaire de choisir le chef d'accusation qu'il juge approprié, il ne peut utiliser ce pouvoir pour faire échec à l'intention du Parlement qui a décidé que certaines infractions ne devaient pas être jugées par les tribunaux militaires, mais plutôt par les tribunaux civils. Il est vrai que la version anglaise de l'article 70 fait référence à des personnes «charged» (accusées), mais cette interprétation est trop littérale pour régler la question de la compétence. Étant donné que l'article 70 vise expressément à exclure certaines infractions de la compétence d'un tribunal militaire, le ministère public ne peut choisir l'infraction moindre et incluse afin de conserver compétence et

charge cannot be attained by calling it something else.

I do not agree with the conclusion that, assuming the facts in evidence, the incident didn't amount to sexual assault. In *R. v. V. (K.B.)* (1992), 71 C.C.C. (3d) 65 (Ont. C.A.); affd. (1993), 82 C.C.C. (3d) 382 (S.C.C.), Osborne J.A. applied the judgment in *R. v. Chase* (1987), 37 C.C.C. (3d) 97 (S.C.C.). Emphasizing that what escalates an assault to sexual assault will depend on the circumstances of each case, he held that sexual assault is an act of power, aggression and control where the sexual privacy or integrity of the victim is violated; a sexual assault does not require sexuality, and the desire for sexual gratification is not determinative. Osborne J.A. described sexual gratification if present as at best a "footnote".

In this case, like that one, the Crown set out to prove the assault was on a male, it took place in the presence of a number of people, was not made for sexual gratification, but was one where the sexual privacy or integrity of the victim was violated. There is no basis upon which to distinguish the two cases. The principles stated by Osborne J.A. apply. Accordingly, while I agree with the Chief Justice that the conviction on this charge cannot stand, I think it would be wrong to direct a new trial on that charge. Having had a full review of the evidence led by the Crown on that charge at the trial, I think it is clearly a charge of sexual assault. To order a new trial is to order the service tribunal to do what section 70 of the *National Defence Act* provides that it cannot do.

Turning then to charge 1. The charge is set out in full on page 516 of the judgment of the Chief Justice.

essayer ensuite de prouver l'infraction exclue. Si l'essentiel de l'infraction alléguée, la «véritable infraction» est une agression sexuelle, la Cour ne peut essayer de justifier sa compétence en modifiant la qualification de cette infraction.

Je n'accepte pas la conclusion voulant que, si l'on suppose que les faits en preuve sont vrais, l'incident n'équivaut pas à une agression sexuelle. Dans l'arrêt *R. c. V. (K.B.)* (1992), 71 C.C.C. 65, confirmé à [1993] 2 R.C.S. 857, le juge Osborne a appliqué le jugement rendu dans l'affaire *R. c. Chase* [1987] 2 R.C.S. 293. Soulignant que ce qui transforme des voies de fait en agression sexuelle dépend des circonstances de chaque cas, il a statué que l'agression sexuelle était un acte d'affirmation d'un pouvoir, d'agression et de contrôle dans lequel il y a atteinte à l'intimité ou à l'intégrité sexuelle de la victime; une agression sexuelle n'est pas toujours accompagnée d'un acte sexuel, et l'intention de tirer un plaisir sexuel n'est pas un critère déterminant. Le juge Osborne indique que le plaisir sexuel, s'il est présent, n'est qu'accessoire.

Dans cette affaire, comme en l'espèce, le ministère public essayait de prouver que l'agression avait été commise contre une personne de sexe masculin, qu'elle s'était déroulée en présence de plusieurs personnes, qu'il n'y avait pas d'intention de tirer un plaisir sexuel, mais que c'était une agression au cours de laquelle il y avait eu atteinte à l'intimité ou à l'intégrité sexuelle de la victime. Il n'y a pas de fondement qui permette de distinguer les deux affaires. Les principes énoncés par le juge Osborne s'appliquent en l'espèce. Par conséquent, bien que je sois d'accord avec le juge en chef pour dire que la déclaration de culpabilité sur ce chef d'accusation ne peut être maintenue, je pense qu'il serait erroné d'ordonner un nouveau procès à l'égard de celui-ci. Ayant eu l'occasion d'examiner pleinement la preuve produite par le ministère public concernant ce chef d'accusation au procès, je pense qu'il s'agit manifestement d'une accusation d'agression sexuelle. Ordonner un nouveau procès équivaut en fait à ordonner au tribunal militaire de faire ce que l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale* lui interdit expressément.

J'aborde maintenant le premier chef d'accusation, qui est énoncé en entier à la page 516 du jugement du

For convenience, section 93 of the *National Defence Act* is as follows:

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.

This is a charge of a different nature than charge 2. It does not allege an offence under the *Criminal Code* with its specific ingredients. It is a disciplinary offence. While intention and/or consent may be relevant, the issue is whether the conduct in question is disgraceful within the meaning of the section. It is conceded that if the conduct amounted to the crime of sexual assault, such conduct would be disgraceful. But that is not the issue, for if the conduct did not amount to sexual assault, or was not an assault at all, it might well amount to disgraceful conduct within the meaning of section 93. Accordingly, in my opinion, the plea at bar was not available with respect to charge 1, and it was within the jurisdiction of the Court Martial.

In the result, I agree with the disposition order by the Chief Justice save that I would order that charge 2 be quashed rather than ordering a new trial on that charge.

juge en chef. Pour plus de commodité, je reproduis ci-dessous l'article 93 de la *Loi sur la défense nationale* :

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

Ce chef d'accusation est d'une nature tout à fait différente de celle du deuxième chef. Il n'allègue pas une infraction au *Code criminel* accompagnée de tous ses éléments essentiels. Il s'agit d'une infraction disciplinaire. Bien que l'intention ou le consentement puissent être pertinents, la question consiste à savoir si le comportement en question est déshonorant au sens de l'article. J'admets que si le comportement en cause équivaut à une agression sexuelle, il est certainement déshonorant. Mais là n'est pas la question, puisque si le comportement n'équivaut pas à une telle agression, ou ne constitue en aucun cas une agression, il pourrait fort bien constituer un comportement déshonorant au sens de l'article 93. Par conséquent, à mon avis, l'exception d'irrecevabilité ne pouvait être invoquée au regard du premier chef d'accusation, et la cour martiale avait compétence à l'égard de ce chef.

Par conséquent, je suis d'accord avec l'ordonnance du juge en chef, à l'exception du fait que j'ordonnerais la radiation du deuxième chef d'accusation plutôt que la tenue d'un nouveau procès.