

**John Donald Gravline**

(Private, Canadian Forces) *Appellant*,

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent*.

INDEXED AS: R. v. GRAVLINE

File No.: CMAC 356

Heard: Toronto, Ontario, 27 May, 1994

Judgment: Ottawa, Ontario, 6 June, 1994

Present: Stone, Linden and McDonald J.J.A.

On appeal from a conviction by a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Toronto, Ontario, on 14, 16, 19, 20, 21, 22 and 23 October, 1992.

*Order for new trial — Discretion of convening authority to decide mode of new trial — Stay of proceedings — Misconduct by defence counsel at first trial and failure of prosecution to report misconduct not justifying stay of second trial — Severity of sentence — Higher sentence imposed after new trial than at original trial — President failed to take into account mitigating factors — Sentence reduced from two years to one year.*

In April 1990, the appellant, while drunk, broke a glass over the back of a civilian, cutting him and causing extensive bleeding. The appellant was charged with aggravated assault and drunkenness and tried by a General Court Martial.

On the eve of the original trial, the appellant's military lawyer approached the victim and attempted to persuade him to change his testimony so as to exonerate the appellant. In return, defence counsel would supply the victim with evidence which he could use in a phony civil suit against the Crown. Defence counsel would receive a percentage of any award. The victim reported this proposal to the prosecutors, who told him to act as if he was going along with the scheme. The prosecutors did not advise anyone about the allegations concerning defence counsel's activities.

**John Donald Gravline**

(Soldat, Forces canadiennes) *Appellant*,

<sup>a</sup> v.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée*.

<sup>b</sup>

RÉPERTORIÉ : R. C. GRAVLINE

N<sup>o</sup> du greffe : CMAC 356

<sup>c</sup>

Audience : Toronto (Ontario), le 27 mai 1994

Jugement : Ottawa (Ontario), le 6 juin 1994

<sup>d</sup>

Devant : les juges Stone, Linden et McDonald, J.C.A.

En appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale permanente siégeant à la base des Forces canadiennes de Toronto (Ontario) les 14, 16, 19, 20, 21, 22 et 23 octobre 1992.

<sup>e</sup>

*Ordonnance pour la tenue d'un nouveau procès — Pouvoir de l'autorité convocatrice de choisir le mode d'instruction du nouveau procès — Suspension d'instance — La faute de l'avocat de la défense lors du premier procès et l'omission de la poursuite de signaler cette faute ne justifient pas la suspension d'instance du second procès — Sévérité de la sentence — Sentence plus sévère imposée à l'issue du second procès qu'à l'issue du premier — Omission du président de tenir compte de facteurs atténuants — Réduction de la sentence de deux ans à un an.*

<sup>g</sup>

En avril 1990, l'appellant, alors qu'il était ivre, a cassé un verre sur le dos d'un civil, lui infligeant des coupures qui ont saigné abondamment. L'appellant a été accusé de voies de fait graves et d'ivresse, et il a été jugé par la cour martiale générale.

<sup>h</sup>

La veille du premier procès, l'avocat militaire de l'appellant a visité la victime et a tenté de la convaincre de modifier son témoignage de manière à exonerer l'appellant. En retour, l'avocat de la défense devait fournir à la victime des éléments de preuve qu'elle pourrait utiliser par la suite dans un procès civil truqué qu'elle intenterait contre la Couronne. L'avocat de la défense devait aussi recevoir un pourcentage des dommages-intérêts qui seraient accordés. La victime a informé les avocats de la poursuite de cette proposition. Ces derniers lui ont dit de faire semblant de l'accepter et ils n'ont averti personne des allégations de la victime se rapportant aux activités de l'avocat de la défense.

<sup>j</sup>

The trial proceeded and, when called to testify, the victim testified truthfully about the assault. The appellant was sentenced to four months' detention.

Following the decision of the Supreme Court of Canada in the *Généreux* case, the appellant was granted a new trial by Standing Court Martial. At the new trial, the appellant was again convicted but was sentenced to imprisonment for 20 months.

The appellant appealed both the legality of the conviction and the severity of the sentence.

*Held* : Appeal with respect to conviction dismissed; appeal with respect to severity of sentence allowed and sentence reduced to one year.

The appellant contended that because his first trial was before a General Court Martial, any subsequent retrial on the same charges must also be before a General Court Martial. The appellant argued that, by analogy to the civilian criminal process, a new trial ordered by the Court Martial Appeal Court must begin at the point in the process after the charge sheet has been endorsed by the convening authority, that is, after the direction as to mode of trial has been given. However, the Court held that courts martial are *sui generis*, and that not all of the technical rules of civilian criminal procedure are automatically imported into military law. After reviewing *Q.R.&O.* articles 117.05(2) and 109.05, the Court concluded that, in a retrial situation, the process is restarted at the point where the convening authority convenes a court martial. The convening authority for a new trial thus has the same discretion to select the mode of court martial as the convening authority would have had at the initial trial.

The appellant also argued that the failure of the prosecutors to report the misconduct of defence counsel at the first trial amounted to an abuse of process which should be remedied by a stay of the charges. However, the Court held that the failure of the prosecution to report the conduct of defence counsel was at most an error of judgment and not such a clear case of wrong-doing as to necessitate a stay of proceedings. Moreover, even if there was misconduct by the prosecutors at the original trial, that was remedied by granting the appellant a new trial at which he had every opportunity to make full answer and defence to the charges.

With respect to severity of sentence, the appellant argued that the President should not have imposed a sentence that was inconsistent with the sentence imposed after his first trial. The Court held that the President was not bound by the sentence imposed by the General Court Martial. However, the President had failed to take into account two mitigating factors, namely the drunkenness of the appellant at the time of the assault, and the fact that the victim's own conduct contributed to his injury.

L'instruction de l'affaire à commencé et, lorsqu'appelée à témoigner, la victime a donné un compte rendu véridique de l'agression. L'appelant a été condamné à quatre mois de détention.

À la suite de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Généreux*, on ordonna que l'appelant bénéficie d'un nouveau procès, qui serait tenu devant la cour martiale permanente. Au second procès, l'appelant a de nouveau été reconnu coupable, et il a été condamné à 20 mois de prison.

L'appelant en a appelé tant de la légalité de la déclaration de culpabilité que de la sévérité de la sentence imposée.

*Arrêt* : L'appel portant sur la déclaration de culpabilité est rejeté. L'appel portant sur la sévérité de la sentence est accueilli, et la sentence est réduite à un an.

L'appelant a allégué que, étant donné que le premier procès avait eu lieu devant la cour martiale générale, toute nouvelle instruction portant sur les mêmes chefs d'accusation devait avoir lieu devant la cour martiale générale. L'appelant fait valoir, par analogie avec le processus pénal auquel sont soumis les civils, qu'un nouveau procès ordonné par la Cour d'appel de la cour martiale du Canada doit commencer après le point où, dans le processus, l'acte d'accusation a été signé par l'autorité convocatrice, c'est-à-dire après qu'une directive a été donnée quant au mode d'instruction du procès. Cependant, la Cour a jugé que les procédures suivies par les cours martiales ont leurs propres règles, et que toutes les règles techniques de la procédure criminelle applicable aux civils ne doivent pas être automatiquement intégrées au droit militaire. Après avoir examiné l'article 109.05 et le paragraphe 117.05(2) des *O.R.F.C.*, la Cour a conclu que, dans la situation où il y a un nouveau procès, le processus est repris à partir du point où l'autorité convocatrice convoque la cour martiale. L'autorité convocatrice a donc, lors de la convocation d'un nouveau procès, le même pouvoir discrétionnaire de choisir le type de cour martiale qu'elle aurait s'il s'agissait d'un premier procès.

L'appelant a aussi fait valoir que le défaut de la poursuite de signaler la faute de l'avocat de la défense lors du premier procès équivalait à un vice de procédure qu'on devait corriger au moyen d'une suspension d'instance. Toutefois, la Cour a jugé que l'omission de la poursuite de signaler cette faute constituait tout au plus une erreur de jugement, et que cette erreur n'était pas d'une gravité telle qu'il fallait surseoir à l'instance. En outre, même si l'on déterminait que la poursuite a commis une faute lors du premier procès, il faudrait conclure qu'il y a été remédié en accordant à l'appelant un nouveau procès, au cours duquel il a eu la possibilité de présenter une défense pleine et entière.

Quant à la sévérité de la sentence, l'appelant a allégué que le président n'aurait pas dû imposer une sentence qui ne tenait pas compte de celle imposée à l'issue du premier procès. La Cour a jugé que le président n'était pas lié par la sentence imposée par la Cour martiale générale. Par contre, le président a omis de prendre en considération deux facteurs atténuants, notamment l'ivresse de l'appelant au moment de l'agression et le fait que la victime, par sa propre conduite, devait assumer

Because the President failed to take these mitigating factors into account, the sentence was legally flawed. Accordingly, the sentence was reduced to one year imprisonment.

une partie de la responsabilité pour les blessures qui lui avaient été infligées. Parce que le président a omis de prendre en considération ces facteurs atténuants, la sentence a été entachée d'illégalité. Par conséquent, la sentence a été réduite à un an d'emprisonnement.

#### COUNSEL:

*Robert J. Carter, Q.C.*, for the appellant  
*Lieutenant-Colonel J. G. Rycroft and Lieutenant-Commander J.C. Maguire*, for the respondent

#### AVOCATS :

*Robert J. Carter, c.r.*, pour l'appellant  
*Lieutenant-colonel J. G. Rycroft et Lieutenant-commander J. C. Maguire*, pour l'intimée

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED:

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 268  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 2, 97 (as am. c. 31 (1st Supp.)), s. 60 (Sch. I, s. 35)), 238 (as am. S.C. 1991, c. 43, s. 23), 240.1 (added S.C. 1991, c. 43, s. 26)  
*Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, (1968 Revision), art. 109.04, 109.05, 117.05(2), 117.07

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS :

*Code criminel*, L.R.C. 1985, chap. C-46, art. 268  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 2, 97 (mod. par chap. 31 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 60 (ann. I, art. 35)), 238 (mod. par L.C. 1991, chap. 43, art. 23), 240.1 (ajouté, L.C. 1991, chap. 43, art. 26)  
*Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces armées canadiennes* (révision 1968), art. 109.04, 109.05, 117.05(2), 117.07

#### CASES CITED:

*R. v. Brown and Strassburger* (1986), 26 C.C.C. (3d) 149 (Sask. Q.B.)  
*R. v. Cole (No. 2)* (1982), 2 C.C.C. (3d) 253 (Ont. Co. Ct.)  
*R. v. Dennis* (1960), 125 C.C.C. 321 (S.C.C.)  
*R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259  
*R. v. Johnstone* (1993), 5 C.M.A.R. 171  
*R. v. Keyowski* (1988), 40 C.C.C. (3d) 481 (S.C.C.)  
*R. v. Lunn* (1993), 5 C.M.A.R. 157  
*R. v. Lyons* (1993), 5 C.M.A.R. 130  
*Re Regina and Sagliocco* (1979), 51 C.C.C. (2d) 188 (B.C.C.A.)  
*Welch v. The King* (1950), 97 C.C.C. 177 (S.C.C.)

#### JURISPRUDENCE CITÉE :

*R. v. Brown and Strassburger* (1986), 26 C.C.C. (3d) 149 (B.R. Sask.)  
*R. v. Cole (No. 2)* (1982), 2 C.C.C. (3d) 253 (C. cté Ont.)  
*R. c. Dennis* (1960), 125 C.C.C. 321 (C.S.C.)  
*R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259  
*R. c. Johnstone* (1993), 5 C.A.C.M. 171  
*R. c. Keyowski* (1988), 40 C.C.C. (3d) 481 (C.S.C.)  
*R. c. Lunn* (1993), 5 C.A.C.M. 157  
*R. c. Lyons* (1993), 5 C.A.C.M. 130  
*Re Regina and Sagliocco* (1979), 51 C.C.C. (2d) 188 (C.A.C.-B.)  
*Welch v. The King* (1950), 97 C.C.C. 177 (C.S.C.)

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

LINDEN J.A.: The appellant, John Donald Gravline, formerly a corporal in the Canadian Forces Regular Force, was charged, tried and convicted by a Standing Court Martial of two offences: aggravated assault, contrary to section 268 of the *Criminal Code*, and drunkenness, contrary to section 97 of the

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A. : L'appellant, John Donald Gravline, précédemment caporal dans la force régulière des Forces canadiennes, était accusé de deux infractions : voies de fait graves, infraction que réprime l'article 268 du *Code criminel*, et ivresse, infraction prévue à l'article 97 de la *Loi sur la*

*National Defence Act.* He was sentenced to 20 months' imprisonment. This is an appeal from that conviction and, with leave, from the severity of the sentence.

The assault of which the appellant was convicted took place on the evening of April 20, 1990 in the Junior Ranks' Mess at Canadian Forces Base Toronto. The appellant, while drunk, broke a glass over the back of the neck of a civilian, David Clost, cutting him and causing extensive bleeding.

On the eve of the original trial that was to take place before a General Court Martial, in February 1991, the appellant's military lawyer at the time, Captain Hainsworth, approached the victim, David Clost, and attempted to get him to change his testimony so as to exonerate the appellant. In exchange, Hainsworth would supply Mr. Clost with evidence which he could later use in a phony civil suit against the Crown for the injuries suffered by him. Hainsworth would also receive a percentage of the award, which he estimated would be between \$40,000 and \$200,000. The legal costs of Corporal Gravline would also be paid out of the award.

Mr. Clost told his own lawyer, Mr. Longworth, about Captain Hainsworth's approach and he, in turn, informed the prosecutors in the original Gravline trial. The prosecutors told Mr. Clost to act as if he was going along with Captain Hainsworth's scheme for the time being in order to see what would happen. Another meeting followed, where the details of Mr. Clost's "revised" testimony were supposedly worked out. When actually called to testify at trial, however, Mr. Clost did not give the false testimony suggested to him by Captain Hainsworth, but testified truthfully about the assault by the appellant.

The prosecutors did not reveal, at that time, any information about the allegations concerning Captain Hainsworth's activities to Captain Hainsworth himself, to the appellant, to the Judge Advocate of the General Court Martial or to the Law Society of Upper

*défense nationale.* Il fut jugé et déclaré coupable de ces deux infractions par une cour martiale permanente. Il fut condamné à 20 mois d'emprisonnement. Le présent appel vise cette déclaration de culpabilité et, sur autorisation, la sévérité de la peine imposée.

Les voies de fait dont l'appellant a été déclaré coupable eurent lieu dans la soirée du 20 avril 1990, au mess des soldats et caporaux de la base des Forces canadiennes de Toronto. Alors qu'il était ivre, l'appellant brisa un verre sur la nuque d'un civil, David Clost, le coupant et provoquant un épanchement important de sang.

À la veille du procès initial, qui devait avoir lieu en février 1991 devant une cour martiale générale, l'avocat militaire de l'appellant, qui était, à l'époque, le capitaine Hainsworth, prit contact avec la victime, David Clost, et s'employa à obtenir de celui-ci qu'il modifie son témoignage afin de disculper l'appellant. Hainsworth proposait en échange de fournir à M. Clost des preuves dont il pourrait plus tard se servir dans le cadre d'une action civile truquée qu'il engagerait contre la Couronne en raison des blessures qu'il avait subies. Selon cet arrangement, Hainsworth devait lui-même toucher un pourcentage de l'indemnité accordée, qui devait atteindre, d'après lui, une somme située entre 40 000 \$ et 200 000 \$. Les frais de justice du caporal Gravline devaient eux aussi être prélevés sur le montant de l'indemnité accordée.

M. Clost informa son propre avocat, M. Longworth, des propositions du capitaine Hainsworth et, à son tour, M. Longworth en fit part aux procureurs de la poursuite dans le procès de Gravline. La poursuite demanda alors à M. Clost de faire provisoirement semblant d'accepter les avances du capitaine Hainsworth afin de voir ce qui se produirait. Il y eut alors une autre réunion, censément pour régler les détails du témoignage «aménagé» de M. Clost. Lorsque, cependant, il fut appelé à témoigner au procès, M. Clost ne rendit pas le faux témoignage que lui avait soufflé le capitaine Hainsworth, mais fit le récit véridique des voies de fait commises par l'appellant.

À l'époque, la poursuite ne toucha mot des allégations concernant les activités du capitaine Hainsworth, ni au capitaine Hainsworth lui-même, ni à l'appellant, ni au juge-avocat de la cour martiale générale, ni à la Société du barreau du Haut-Canada. La

Canada. The prosecutors did report the incident to a senior officer in the Judge Advocate General's Office, who decided that nothing would be done about it until after the Gravline trial was completed.

The trial by General Court Martial proceeded, with Captain Hainsworth as defending officer. Corporal Gravline was found guilty on both counts and sentenced to four months' detention. Corporal Gravline appealed his original conviction to the Court Martial Appeal Court. Following the decision of the Supreme Court of Canada in the *Généreux* case, however, the Court Martial Appeal Court on April 28, 1992, with the consent of the appellant, granted the Crown's motion for a new trial.

The new trial, this time by a Standing Court Martial, commenced on October 14, 1993. At the outset of the trial the appellant made two pleas in bar of trial. The first plea alleged that the Standing Court Martial had no jurisdiction to try him. The second plea alleged that the trial was an abuse of process because of the misconduct of his defending officer during the original trial and the failure of the prosecutors to reveal the misconduct. The President denied both pleas and the second trial proceeded. On October 22, 1993 the appellant was once again found guilty on both charges but was sentenced this time to imprisonment for 20 months.

It is from this second conviction that the appellant appeals to this Court, as well as from the sentence imposed, leave of this Court having been granted with respect to the severity of the sentence.

(We were informed that Captain Hainsworth has since been convicted of a criminal offence and disbarred by the Law Society of Upper Canada as a result of his reprehensible conduct prior to the first trial.)

#### ISSUES

The appellant's counsel, Mr. Robert Carter, Q.C., raises three issues in this appeal:

poursuite rapporta l'incident à un officier supérieur des services du juge-avocat générale, qui décida qu'il conviendrait d'attendre, pour faire quelque chose, la fin du procès Gravline.

Ainsi, le procès devant la cour martiale générale eut lieu, le capitaine Hainsworth assurant la défense. Le caporal Gravline fut déclaré coupable des deux chefs d'accusation retenus contre lui, et condamné à quatre mois de détention. Le caporal Gravline fit appel de sa condamnation devant la Cour d'appel de la cour martiale. Suite à l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Généreux*, la Cour d'appel de la cour martiale décida, cependant, le 28 avril 1992, avec le consentement de l'appellant, de faire droit à la requête présentée par la Couronne en vue d'un nouveau procès.

Ce nouveau procès, qui eut lieu cette fois-ci devant une cour martiale permanente, commença le 14 octobre 1993. En début de procès, l'appellant opposa deux fins de non-recevoir. Il fit valoir, par la première, que la Cour martiale permanente n'avait pas compétence pour le juger. En second lieu, il fit valoir que le procès constituait un abus de procédure étant donné la faute professionnelle commise par l'officier assurant sa défense au procès initial, et le fait que la poursuite n'en ait pas fait état. Le président rejeta ces deux fins de non-recevoir et le second procès commença. Le 22 octobre 1993, l'appellant fut, de nouveau, déclaré coupable des deux chefs d'accusation mais, cette fois-ci, fut condamné à une peine d'emprisonnement de 20 mois.

L'appellant en appelle à la Cour, lui demandant de se prononcer sur cette deuxième condamnation ainsi que sur la peine qui lui a été imposée, puisque la Cour l'a autorisé à interjeter appel contre la sévérité de celle-ci.

(Nous apprenons que, depuis, en raison de ses agissements répréhensibles avant le début du premier procès, le capitaine Hainsworth a été déclaré coupable d'une infraction criminelle et radié de la Société du barreau du Haut-Canada).

#### LES FAITS

L'avocat de l'appellant, M<sup>e</sup> Robert Carter, c.r., souève en l'espèce trois questions :

(i) whether the President of the Standing Court Martial had jurisdiction to try him;

(ii) whether there was an abuse of process at the prior trial; and

(iii) whether the sentence imposed was harsh and excessive.

I shall deal with each of these matters in turn.

Jurisdiction of the Standing Court Martial to try the Appellant

Mr. Carter argued that the President of the Standing Court Martial had no jurisdiction to try the appellant. Because his first trial was before a General Court Martial, it was contended that any subsequent re-trial or new trial on the same charges must also be before a General Court Martial. The appellant submits, by analogy to the civilian criminal process, that a new trial ordered by the Court Martial Appeal Court must begin at the point in the process after the charge sheet has been endorsed by the convening authority, that is, after the direction as to mode of trial has been given. In doing so, Mr. Carter relied on several authorities to this effect including *Welch v. The King* (1950), 97 C.C.C. 177; *R. v. Dennis* (1960), 125 C.C.C. 321; *R. v. Cole (No. 2)* (1982), 2 C.C.C. (3d) 253; *Re Regina and Saggiocco* (1979), 51 C.C.C. (2d) 188; and *R. v. Brown and Strassburger* (1986), 26 C.C.C. (3d) 149.

While usually influential, this jurisprudence from the civilian criminal law practice is of less value in matters involving the procedure in the military system. As Chief Justice Mahoney has written in *R. v. Lunn*, [(1993), 5 C.M.A.R. 157] :

Courts martial are *sui generis*.

Hence, not all of the technical rules of civilian criminal procedure are automatically imported into military law, which in many ways is quite unique.

In my view, therefore, the President of the Standing Court Martial was correct when he stated:

(i) le président de la Cour martiale permanente avait-il compétence pour juger l'appellant;

(ii) y a-t-il eu, lors du procès précédant, un abus de procédure; et

(iii) la peine imposée était-elle excessive?

J'examinerai l'une après l'autre chacune de ces questions.

La compétence de la cour martiale permanente à l'égard de l'appellant

Selon M. Carter, le président de la Cour martiale permanente n'avait pas compétence pour juger l'appellant. Il estime, en effet, que le premier procès ayant eu lieu devant une cour martiale générale, tout nouveau procès sur les mêmes chefs d'accusation devait également avoir lieu devant une cour martiale générale. L'appellant fait valoir, par un raisonnement analogique fondé sur la procédure pénale non militaire, que le nouveau procès ordonné par la Cour d'appel de la cour martiale débute, sur le plan procédural, dès la signature de l'acte d'accusation par l'autorité convoquant la cour martiale, c'est-à-dire après qu'on a décidé du mode de procès. Pour ce faire, M. Carter cite plusieurs précédents en ce sens, et notamment *Welch v. The King* (1950), 97 C.C.C. 177; *R. v. Dennis* (1960), 125 C.C.C. 321; *R. v. Cole (No. 2)* (1982), 2 C.C.C. (3d) 253; *Re Regina and Saggiocco* (1979), 51 C.C.C. (2d) 188; et *R. v. Brown and Strassburger* (1986), 26 C.C.C. (3d) 149.

Malgré l'influence que l'on s'entend à reconnaître aux précédents, cette jurisprudence criminelle issue de tribunaux non militaires s'avère moins utile lorsqu'il s'agit, justement, de trancher une question de procédure propre à la justice militaire. Pour citer les propos du juge en chef Mahoney dans l'arrêt *R. c. Lunn* [(1993), 5 C.A.C.M. 157] :

Les cours martiales sont des tribunaux *sui generis*.

C'est ainsi que les règles de forme propres à la procédure pénale des tribunaux non militaires ne sont pas automatiquement reprises en droit militaire, unique à maints égards.

J'estime donc que c'est à bon droit que le président de la Cour martiale permanente a déclaré que :

When a new trial is ordered by the Court Martial Appeal Court it is QR&O article 117.05(2) that has application and, as stated before, such article states that the convening authority shall convene a court martial. The procedures to be followed from that point are listed at QR&O article 109.05. In other words, once the convening authority is in receipt of an order for a new trial from the Court Martial Appeal Court the procedures to be followed are expressly stipulated in the regulations and the convening authority must go back to the stage at which he was when he ordered a court martial in the first place, to [sic] the exception that now his powers are more limited. For instance, he cannot seek further information to that contained in the synopsis . . . .

. . . Being back at the same stage of proceedings where he was when he first convened the original court martial, he can exercise the same discretion and determine the type of court martial that he sees fit in the circumstances.

Article 117.05(2) of the *Queen's Orders and Regulations* indicates that a convening authority, on a new trial ordered by the Court Martial Appeal Court pursuant to section 238, is "deemed to have received an application for trial from a commanding officer under his command and shall convene a court martial without further investigation or consideration of the charge." It should be noted that the definition of "court martial" in those *Orders and Regulations* includes all types of court martial. (See also *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 2.)

Thus, the re-trial process begins at the point in the procedural chain after the commanding officer applies to a higher authority for disposition under article 109.04. The next step is article 109.05, where the convening authority, the "officer who has power to . . . convene a court martial," receives the application from a commanding officer and either dismisses the charge or convenes a court martial. In a re-trial situation, the application of article 117.05(2) re-starts the process at the article 109.05 point. Therefore, it appears to me that the convening authority would have the same discretion to select the mode of court martial as a convening authority would have had in an ordinary article 109.05 case. If the type of re-trial were limited to the same one as the original trial, Parliament could easily have specified this.

[TRADUCTION] Lorsque la Cour d'appel de la cour martiale ordonne la tenue d'un nouveau procès, c'est le paragraphe 117.05(2) des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces armées (ORFC)* qui s'applique et, ainsi que nous l'avons fait remarquer plus tôt, cet article prévoit que, dans pareil cas, l'autorité convocatrice convoque une cour martiale. La procédure à suivre à partir de cela figure à l'article 109.05 des ORFC. Autrement dit, dès que l'autorité convocatrice reçoit de la Cour d'appel de la cour martiale l'ordre d'ouvrir un nouveau procès, les procédures à suivre sont stipulées dans les *Règlements* et l'autorité convocatrice doit reprendre la procédure au point où elle en était lorsqu'a été convoquée la première cour martiale, la seule exception étant que ses pouvoirs sont maintenant plus restreints que la première fois. Il n'est, par exemple, pas possible de rechercher des éléments d'information autres que ceux qui se trouvent dans le sommaire. . . .

. . . Se retrouvant, au niveau de la procédure, où au point il se trouvait lorsqu'il convoqua la première cour martiale, il a la même latitude et peut donc décider du genre de cour martiale qu'il convient de convoquer compte tenu des circonstances.

Selon le paragraphe 117.05(2) des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces armées*, lors d'un nouveau procès ordonné par la Cour d'appel de la Cour martiale en vertu de l'article 238, l'autorité convocatrice «est réputée avoir reçu une demande de procès d'un commandant relevant d'elle et doit convoquer une cour martiale sans autre enquête sur l'accusation ou étude de celle-ci». Notons que la définition de «cour martiale» qui figure dans les *ORFC* comprend des cours martiales de tous ordres. (Voir également la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), chap. N-4, art. 2.)

Ainsi, la procédure propre au nouveau procès commence là où, dans la chaîne procédurale, le commandant demande aux autorités supérieures une décision au titre de l'article 109.04. L'étape suivante est l'article 109.05 où, l'autorité convocatrice «officier ayant le pouvoir de convoquer une cour martiale», reçoit la demande d'un commandant, et soit rejette l'accusation, soit convoque une cour martiale. S'agissant d'un nouveau procès, l'application du paragraphe 117.05(2) entame à nouveau le processus, en commençant à l'étape de l'article 109.05. Il me semble donc que l'autorité chargée de convoquer la cour martiale aura, pour choisir le type de cour martiale qu'il convient de convoquer, le même pouvoir discrétionnaire qu'elle aurait s'il s'agissait d'une simple affaire relevant de l'article 109.05. Si le nouveau procès devait s'aligner en tous points sur le procès initial, le législateur aurait pu aisément le préciser.

Furthermore, requiring a convening authority to choose the same type of court martial in all cases of re-trial would unnecessarily restrict the ability to react with flexibility in choosing the type of court martial that is most desirable in the circumstance of a given case. Parliament clearly intended to grant the convening authority a wide discretion in this regard. The exigencies of a particular case may, for example, make it difficult or impossible to convene a five-member panel at a base in a remote area. Requiring a re-trial by General Court Martial, and only by General Court Martial, could result in delay and inconvenience. The system of military justice is *sui generis* for good reason.

Any argument that the appellant would be prejudiced by not having his case heard by a General Court Martial is without merit. In the military, unlike the civilian context, an accused does not have the right to elect the mode of trial. The right to select the type of court martial is reserved to the convening authority (unless stipulated by statute). There is no prejudice, therefore, in denying the appellant the "right" to trial by General Court Martial, because he never had that right in the first place.

This Court in *R. v. Johnstone*, CMAC 354, [(1993), 5 C.M.A.R. 171] at page 180, in deciding a jurisdictional issue, considered the issue of lack of prejudice to the accused:

In this Court, the respondent's counsel frankly conceded that there was no ground upon which it could be said that his client had been prejudiced by the decision to rescind the convening order and issue a new order, other than the loss of the defence that the tribunal had no jurisdiction to try him pursuant to *Généreux*. Having regard to the fact that a new trial was ordered in that case, the presentation of this defence by the respondent would surely have resulted in a new trial to be convened by the convening authority.

Qui plus est, en exigeant de l'autorité convocatrice que, à chaque fois qu'un nouveau procès est commandé, elle opte pour une cour martiale du même type qu'au procès initial, on restreindrait inutilement la souplesse qui lui permet d'opter pour le type de cour martiale lui paraissant le plus adapté, compte tenu des circonstances. Il est clair que le législateur a entendu accorder à l'autorité convocatrice un large pouvoir discrétionnaire sur ce point. Il se peut, par exemple, que du fait des nécessités d'une affaire, il soit difficile ou impossible de réunir un tribunal de cinq membres à une base située dans une région éloignée. Le fait d'exiger que le nouveau procès ait lieu seulement devant une cour martiale générale risquerait d'entraîner des retards ainsi que d'autres inconvénients. C'est pour de bonnes raisons que le système de justice militaire forme une catégorie à part.

La Cour ne saurait retenir la thèse voulant que le fait de ne pas pouvoir être jugé par une cour martiale générale porterait préjudice à l'appelant. Contrairement à ce qu'il en est dans le domaine non militaire, dans le cadre de la justice militaire l'accusé n'a pas le droit de choisir le mode de procès auquel il sera soumis. Le droit d'opter pour tel ou tel type de cour martiale n'appartient qu'à l'autorité convocatrice (à moins qu'une loi n'en dispose autrement). L'appelant ne subit donc aucun préjudice en se voyant refuser le «droit» d'être jugé par une cour martiale générale étant donné que ce droit ne lui a jamais été reconnu.

Dans l'affaire *R. c. Johnstone*, CMAC 354, [(1993), 5 C.M.A.R. 171] à la page 180, la Cour, tranchant une question de compétence, s'est penchée, justement, sur l'absence de préjudice porté à l'accusé :

Devant la Cour, l'avocat de l'intimé a admis franchement qu'il n'avait aucun argument pour appuyer l'allégation que son client a subi un préjudice par suite de la décision de révoquer l'ordre de convocation et d'en émettre un autre, à part la perte de la défense que le tribunal n'avait, selon l'arrêt *Généreux*, aucune compétence pour juger l'intimé. Considérant que l'on a dans cette affaire ordonné la tenue d'un nouveau procès, la présentation de cette défense par l'intimé aurait sûrement eu pour résultat la convocation d'un nouveau procès par l'autorité convocatrice.

We therefore agree with the conclusion of the President that the convening authority had the discretion to determine that the re-trial would proceed by Standing Court Martial and that the Standing Court Martial had jurisdiction to try the appellant.

#### Abuse of Process at the Prior Trial

Mr. Carter argued that, when the prosecutors learned of the misconduct of Captain Hainsworth, it was their duty to report the matter immediately. The failure of the prosecutors to report the misconduct, it is suggested, not only prejudiced the appellant, but also amounted to an abuse of process, which should be remedied by a stay. If the prosecutors had reported the misconduct immediately, it is contended that this would have resulted in a mistrial, whereupon a new trial would have been ordered and the accused could have been re-tried earlier.

The appellant makes some persuasive arguments with respect to the possible effect of the misconduct on the first trial. First, Captain Hainsworth could not fully and aggressively cross-examine the alleged victim. Second, the scheme concocted by Captain Hainsworth raises doubts not only about his ethical standards but about his judgment and his ability to approach the case in a rational manner. Third, in a criminal prosecution the Crown must do everything in its power to ensure that there is no hint of unfairness or impropriety in a criminal conviction.

However, as appealing as these arguments might appear, they are not convincing. A stay of proceedings as a remedy for abuse of process is available only in the "clearest of cases," where forcing an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice underlying a community's sense of fair play and decency or where it would be "oppressive or vexatious" to proceed. (See Wilson J. in *R. v. Keyowski* (1988), 40 C.C.C. 481, at page 482; [1987] 1 S.C.R. 657). Whereas the conduct of the prosecution in failing to report earlier the contemptible conduct of defence counsel, Captain Hainsworth, may well have furnished grounds for a new trial, I am

Nous souscrivons, par conséquent, à la conclusion du président voulant qu'il relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité convocatrice de décider que le nouveau procès aurait lieu devant une cour martiale permanente et que cette cour martiale permanente était compétente pour juger l'appellant.

#### L'abus de procédure au premier procès

M. Carter a soutenu que, dès que la poursuite eut connaissance des fautes professionnelles commises par le capitaine Hainsworth, elle avait l'obligation d'en informer immédiatement qui de droit. Le fait que la poursuite n'ait pas signalé ces errements auraient, selon M. Carter, non seulement porté préjudice à l'appellant, mais également constitué un abus de procédure qu'il convenait de corriger en ordonnant une suspension de l'instance. On fait ainsi valoir que si la poursuite avait immédiatement signalé les errements en question, le procès aurait été annulé, un nouveau procès ordonné, l'accusé pouvant ainsi être jugé plus tôt.

L'appellant a développé plusieurs arguments convaincants quant aux effets possibles, au niveau du premier procès, des errements en question. D'abord, le capitaine Hainsworth n'a pas été en mesure de contre-interroger de manière complète et incisive la victime présumée. Deuxièmement, le stratagème monté par le capitaine Hainsworth met en doute non seulement sa déontologie mais également son discernement, voire sa rationalité en l'occurrence. Troisièmement, dans le cadre de poursuites criminelles, la Couronne doit tout faire pour assurer que la condamnation pénale éventuelle ne sera entachée d'aucune partialité, d'aucun écart.

Mais, aussi séduisants que ces arguments puissent paraître, ils ne sont guère convaincants. La suspension d'instance pour corriger un abus de procédure ne doit, en effet, être utilisée que dans les «cas les plus manifestes», où le fait d'obliger l'accusé à subir son procès irait à l'encontre des principes élémentaires de justice qui sont à la base de ce sentiment d'équité et de droiture auquel adhère notre société, ou dans les cas où il serait «oppressif ou vexatoire», de poursuivre l'instance. (Voir le juge Wilson dans l'affaire *R. c. Keyowski* (1988), 40 C.C.C. 481, à la page 482, [1987] 1 R.C.S. 657. S'il est vrai qu'en ne signalant pas plus tôt les manoeuvres méprisables de l'avocat

not persuaded that it was such a violation of the community's sense of fair play and decency to be classified as an abuse of process. It was at most an error of judgment, in the aftermath of some bizarre allegations, even though they later turned out to be true. It was certainly not such a clear case of wrongdoing on behalf of the prosecution so as to necessitate a stay for abuse of process.

Even if there was misconduct by the prosecutors at the original trial, that was remedied by the order of this Court granting the appellant a new trial. At his second trial, the appellant was represented by different counsel and had every opportunity to make full answer and defence. The acts of the defending officer at the first trial, therefore, were not relevant to the charges against the appellant in the second trial. Nor was there any evidence before the Court that the appellant was implicated in the misconduct of his counsel. Thus, in my view, the second trial was not tainted by the irregularities of the first trial.

I can see no error in the President's reasoning and, consequently, the appeal with respect to this issue is dismissed.

#### Severity of the Sentence

In order to have his appeal as to severity of sentence allowed, the appellant must show that the sentence was not fit in all the circumstances. If this Court arrives at the view that such is the case, it may now "substitute for the sentence imposed by the court martial a sentence that is warranted in law." (See *National Defence Act*, section 240.1; also see *R. v. Lyons*, CMAC 349, February 3, 1993,<sup>1</sup> per Mahoney C.J.)

The appellant argued that it was not fit to impose a sentence that was inconsistent with that imposed by the General Court Martial in his first trial. The only

de la défense, le capitaine Hainsworth, la poursuite a peut-être justifié la tenue d'un nouveau procès, je ne suis pas convaincu qu'elle ait à ce point violé le sens de l'équité et de la droiture auquel adhère notre société pour qu'on puisse conclure à un abus de procédure. Il s'agissait, tout au plus, d'une faute de discernement faisant suite à des allégations bizarres, bien que celles-ci se soient plus tard avérées. Il ne s'agissait assurément pas, de la part de la poursuite, d'une faute caractérisée exigeant une suspension d'instance pour abus de procédure.

Même si l'on concluait à une faute de la poursuite lors du premier procès, cette faute aurait été corrigée par l'ordonnance de cette Cour accordant à l'appelant un nouveau procès. À son second procès, l'appelant était représenté par un avocat différent et, cette fois-ci, il eut largement l'occasion de répondre complètement aux arguments développés par l'accusation. Il n'existe donc aucun rapport entre la conduite de l'officier assurant la défense au premier procès et les accusations portées contre l'appelant lors du second procès. Le dossier ne comporte aucun élément indiquant que l'appelant ait été impliqué dans les fautes commises par son avocat. J'estime, par conséquent, que le second procès n'est pas marqué par les irrégularités constatées lors du premier procès.

Je ne relève aucune erreur dans la démarche du président et j'estime, par conséquent, que l'appel doit être rejeté en ce qui concerne ce premier point.

#### La sévérité de la peine

Pour voir accueillir son appel touchant la sévérité de la peine, l'appelant doit démontrer que celle-ci cadrait mal avec les circonstances de l'affaire. Si la Cour estime qu'il en était ainsi, elle pourra «substituer à la sentence infligée par la cour martiale la sentence qui est justifiée en droit». (Voir la *Loi sur la défense nationale*, précitée, article 240.1; voir également *R. c. Lyons*, CMAC 349, le 3 février 1993<sup>1</sup>, le juge en chef Mahoney).

L'appelant a soutenu qu'il n'était pas légitime de prononcer une sentence non conforme à la sentence prononcée par la Cour martiale générale à l'issue du

<sup>1</sup> [5 C.M.A.R. 130]

<sup>1</sup> [5 C.A.C.M. 130]

limitation on sentences which may be imposed at a new trial is found in *Q.R.&O.*, article 117.07. It provides that in certain circumstances (none of which apply in this case), the punishment imposed on a re-trial may not exceed that on the first trial. A re-trial pursuant to section 238 of the *National Defence Act* is not listed in article 117.07. Therefore, on the principle of *expressio unius est exclusio alterius*, the President of the Standing Court Martial was not bound by the sentence imposed by the General Court Martial, which he found to be "overly lenient and unrealistic in the circumstances."

The President instructed himself on the principles of sentencing and their application to the facts of the case. He emphasized the protection of the public and the corresponding need to determine whether this could best be achieved through deterrence, rehabilitation or punishment. The President considered evidence both in mitigation and in aggravation, together with the seriousness of the offence and the fact that the victim might well have died but for the intervention of a third party who administered first aid until the ambulance attendants arrived.

However, he failed to take into account two mitigating factors which he should have. First, the fact that the appellant was extremely drunk at the time of the assault is often considered to be a mitigating factor in arriving at an appropriate sentence. This is so because it is thought that the *mens rea* is less culpable when a person is not able to think clearly because of alcohol. Second, the victim in this case contributed to his injury by his behaviour throughout the evening and, in particular, by returning to the scene of the argument after having been ejected by the custodian. Because of these two mitigating factors, which should have been taken into account by the President but were not, the sentence is legally flawed and, hence, unfit. The appropriate sentence in this case should have been one year imprisonment.

premier procès. La seule restriction touchant les sentences susceptibles d'être prononcées à l'issue du nouveau procès se trouve dans les *Règlements et Ordonnances royaux applicables aux Forces armées*, article 117.07. Cette disposition prévoit que, dans certaines circonstances (dont aucune n'est présente en l'espèce), la peine imposée à l'issue d'un nouveau procès, ne doit pas dépasser celle qui avait été imposée lors du premier procès. Mais, dans le cadre de cette exception-là, l'article 117.07 ne prévoit pas les nouveaux procès menés en vertu de l'article 238 de la *Loi sur la défense nationale*. Par conséquent, et en fonction du principe *expressio unius est exclusio alterius*, le président de la Cour martiale permanente n'était aucunement lié par la sentence prononcée par la Cour martiale générale, sentence qui, d'après lui, était [TRADUCTION] «excessivement indulgente et irréaliste compte tenu des circonstances».

Le président a étudié les principes d'imposition des peines et leur application aux faits de l'espèce. Il a souligné l'importance que revêt la protection du public, d'où le besoin de décider si cet objectif est mieux servi par la dissuasion, la réinsertion ou le châ-timent. Le président s'est penché aussi bien sur les circonstances atténuantes que sur les circonstances aggravantes; il a tenu compte de la gravité de l'infraction et du fait que la victime serait peut-être morte sans l'intervention d'un tiers qui lui prodigua les premiers soins jusqu'à l'arrivée d'une équipe paramédicale.

Il n'a, cependant, pas tenu compte de deux circonstances atténuantes qu'il aurait dû retenir. En premier lieu, le fait que l'auteur des voies de fait était extrêmement ivre au moment de l'infraction est souvent retenu comme circonstance atténuante au niveau de la peine. S'il en est ainsi c'est parce qu'on estime que l'élément moral de l'infraction est atténué lorsque les facultés mentales de son auteur sont diminuées par l'alcool. Deuxièmement, en l'occurrence, la victime a contribué à ses propres maux par son comportement pendant la soirée en question, et notamment par le fait qu'elle retourna sur les lieux de la querelle après en avoir été expulsée par le responsable. Étant donné l'existence de ces deux circonstances atténuantes, dont le président aurait dû tenir compte, la sentence qu'il a prononcée est entachée d'irrégularité sur le

The appeal respecting the finding of guilty will be dismissed. The sentence appeal, however, will be granted and the sentence will be reduced to one year imprisonment.

STONE J.A.: I agree

McDONALD J.A.: I agree.

plan du droit et doit être considérée comme incorrecte. En l'espèce, la sentence adaptée aurait prévu une peine d'emprisonnement d'un an.

*a* Pour ce qui est de la déclaration de culpabilité, il y a donc lieu de rejeter l'appel. Il conviendra, cependant, d'accueillir le deuxième appel, la sentence étant ramenée à une peine d'emprisonnement d'un an.

*b* LE JUGE STONE, J.C.A. : J'y souscris.

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