

Her Majesty the Queen

Appellant,

v.

John Alexander Johnstone

(██████████ Major, Canadian Forces) *Respondent.*

INDEXED AS: R. v. JOHNSTONE

File No.: CMAC 354

Heard: Toronto, Ontario, 8 October, 1993

Judgment: Toronto, Ontario, 14 December, 1993

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

On appeal from an order by a General Court Martial issued at Toronto, Ontario, 5 October, 1992.

General Court Martial — Convening authority — Power to rescind convening order and issue new order — Whether accused has right to be heard.

The Crown appealed from the order of a General Court Martial terminating the trial of the respondent.

The convening authority in this case issued a convening order for a General Court Martial for the trial of the accused. The convening authority granted a postponement of the trial date until after the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Généreux*. That judgment was handed down by the Supreme Court of Canada February 13, 1992, and on February 26, 1992, the convening authority issued an order rescinding the initial convening order. After amendments to the *National Defence Act* and the *Queen's Regulations and Orders* were completed, a new convening order was issued.

The accused argued successfully in bar of trial that the convening authority had no power to rescind the first convening order and that the failure of the convening authority to give the accused the opportunity to be heard before issuing the rescinding order was a denial of natural justice.

Held: Appeal allowed.

The convening authority had the power to rescind a convening order he had previously issued, and to issue a further convening order.

Sa Majesté la Reine

Appelante,

a c.

John Alexander Johnstone

(██████████ Major, Forces canadiennes) *Intimé.*

RÉPERTORIÉ : R. c. JOHNSTONE

N° du greffe : CACM 354

Audience : Toronto (Ontario), le 8 octobre 1993

Jugement : Toronto (Ontario), le 14 décembre 1993

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

e En appel d'une ordonnance prononcée par une cour martiale générale à Toronto (Ontario), le 5 octobre 1992.

Cour martiale générale — Autorité convocatrice — Pouvoir d'annuler l'ordre de convocation et de donner un nouvel ordre — Question de savoir si l'accusé a le droit d'être entendu.

f La Couronne a interjeté appel de l'ordonnance par laquelle une cour martiale générale avait mis fin au procès de l'intimé.

g En l'espèce, l'autorité convocatrice a donné un ordre de convocation d'une cour martiale générale en vue du procès de l'accusé. L'autorité convocatrice a ajourné la date du procès jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada rende une décision dans l'affaire *R. c. Généreux*. Ce jugement a été rendu par la Cour suprême du Canada le 13 février 1992 et, le 26 février 1992, l'autorité convocatrice a donné un ordre annulant l'ordre initial de convocation. Après que des modifications eurent été apportées à la *Loi sur la défense nationale* et aux *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, un nouvel ordre de convocation a été donné.

h L'accusé a invoqué avec succès comme fin de non-recevoir que l'autorité convocatrice n'avait pas le pouvoir d'annuler le premier ordre de convocation, et que l'omission de l'autorité convocatrice de donner à l'accusé la possibilité d'être entendu avant de rendre l'ordre d'annulation constituait un déni de justice naturelle.

Arrêt : Appel accueilli.

j L'autorité convocatrice avait le pouvoir d'annuler un ordre de convocation qu'elle avait antérieurement donné et de donner un autre ordre de convocation.

The duty imposed on a convening authority by article 109.05 of *Q.R.&O.* is to take steps to see that the accused is tried. This necessarily includes the authority to do what must be done if a convening order which is issued cannot be carried out. This would include rescinding an order and issuing a fresh one. In this case, the convening authority acted correctly in rescinding the first convening order. The first convening order would have resulted in a trial before a tribunal that was not constitutionally competent to try the accused.

In addition, the rescission of the first convening order without affording the accused an opportunity to be heard did not amount to a denial of fundamental justice. The accused was not entitled to be heard when the only issue was the action taken by the convening authority to ensure that the General Court Martial could be constitutionally constituted. The substantive rights of the accused were unaffected and the opportunity to be heard will be provided at the trial. Moreover, there was no ground upon which it could be said that the accused had been prejudiced by the decision.

COUNSEL:

Lieutenant-Colonel M. Crowe, for the appellant
John I. Laskin and *Sandra A. Forbes*, for the respondent

STATUTES AND REGULATIONS CITED:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the *Constitution Act*, 1982, Schedule B of the *Canada Act* 1982 (U.K.), 1982, c. 11, s. 11(d)
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2, 31(2), 31(4)
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 97 (as am. R.S.C. 1985, c. 31 (1st Supp.)), s. 60 (Sch. I, s.35)), 129, 165, 165 (as am. S.C. 1992, c. 16, s. 2)
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision), art. 109.05

CASES CITED:

Bouchard v. The Queen (1984), 4 C.M.A.R. 316
R. v. Chabot, [1980] 2 S.C.R. 985; 55 C.C.C. (2d) 385
R. v. Généreux, [1992] 1 S.C.R. 259; 70 C.C.C. (3d) 1

L'obligation imposée à l'autorité convocatrice par l'article 109.05 des *O.R.F.C.* est de prendre des mesures pour veiller à ce que l'accusé soit jugé. Cela inclut nécessairement le pouvoir de faire ce qu'il faut faire si un ordre de convocation ne peut pas exécuté. Cela comprendrait l'annulation d'un ordre et la transmission d'un nouvel ordre. En l'espèce, l'autorité convocatrice a agi de la façon appropriée en annulant le premier ordre de convocation. Le premier ordre de convocation aurait abouti à un procès devant un tribunal qui n'était pas constitutionnellement compétent pour juger l'accusé.

De plus, le fait que le premier ordre de convocation a été annulé sans que l'accusé ait la possibilité d'être entendu n'équivalait pas à un déni de justice fondamentale. L'accusé n'avait pas le droit d'être entendu lorsque la seule question se rapportait à la mesure que l'autorité convocatrice avait prise pour s'assurer que la Cour martiale générale pouvait être constitutionnellement constituée. Les droits formels de l'accusé n'étaient pas touchés et l'accusé aura la possibilité d'être entendu au procès. En outre, il n'existait aucun motif permettant de dire que la décision avait causé un préjudice à l'accusé.

AVOCATS :

Lieutenant-colonel M. Crowe, pour l'appelante
John I. Laskin et *Sandra A. Forbes*, pour l'intimé

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. 11d)
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, chap. I-21, art. 2, 31(2), 31(4)
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 97 (mod. par L.R.C. 1985, chap. 31 (1^{er} suppl.), art. 60 (ann.I, art. 35)), 129, 165, 165 (mod. par L.C. 1992, chap. 16, art. 2)
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces armées canadiennes (révision 1968), art. 109.05

JURISPRUDENCE CITÉE :

Bouchard c. La Reine (1984), 4 C.A.C.M. 316
R. c. Chabot, [1980] 2 R.C.S. 985; 55 C.C.C. (2d) 385
R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259; 70 C.C.C. (3d) 1

Viel v. The Queen (1978), 4 C.M.A.R. 178

The following are the reasons for judgment delivered in English by

BROOKE J.A.: This is an appeal by the Crown from the order of a General Court Martial terminating the trial of the respondent, pursuant to the decision of the Judge Advocate giving effect to the respondent's plea in bar of trial.

The issues arise out of steps taken by the convening authority intended to ensure that the respondent would be tried by an independent and impartial tribunal, in satisfaction of paragraph 11(d) of the *Charter of Rights and Freedoms*, according to the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; 70 C.C.C. (3d) 1. That decision was handed down while the respondent's trial was pending, but before it had begun.

In *Généreux*, the Court was concerned with a General Court Martial constituted according to the *National Defence Act* and the *Queen's Regulations and Orders* as they stood at the time that Major Johnstone was charged, his trial by General Court Martial was ordered and the first convening order was issued by the convening authority. The Court held that the structure of the General Court Martial infringed Corporal Généreux's rights under paragraph 11(d) of the *Charter*. The Court arrived at this conclusion after an analysis of the legislation, and of the relationship between those involved in the process, their duties and their security or tenure of office. Significantly, Chief Justice Lamer, who wrote the majority judgment, noted that amendments to the *Q.R.&O.*, introduced after Généreux's trial but prior to his appeal, appeared to remedy some of the deficiencies in the system under which he was tried. The Supreme Court of Canada allowed the appeal and ordered that there be a new trial.

In response to this decision and the amendments to the legislation, the convening authority in this case issued an order rescinding the convening order that had been issued, and issued a new convening order. These steps taken by the convening authority are the subject of this appeal.

Viel c. La Reine (1978), 4 C.A.C.M. 178

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

^a LE JUGE BROOKE, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté par la Couronne d'une ordonnance rendue par la Cour martiale générale mettant un terme au procès de l'intimé par suite de la décision du juge-avocat d'accueillir la fin de non-recevoir de l'intimé.

^b Les questions en litige proviennent des mesures prises par l'autorité convocatrice pour s'assurer que l'intimé serait jugé par un tribunal impartial et indépendant conformément à l'alinéa 11d) de la *Charte des droits et libertés* et à l'arrêt *R. c. Généreux*, rendu par la Cour suprême du Canada, [1992] 1 R.C.S. 259; 70 C.C.C.(3d) 1. Cet arrêt a été rendu alors que le procès de l'intimé était en instance, mais qu'il n'avait pas encore commencé.

^c Dans l'affaire *Généreux*, il s'agissait de la Cour martiale générale constituée conformément aux dispositions de la *Loi sur la défense nationale* et des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, en l'état même où ces dispositions étaient à l'époque où le major Johnstone a été accusé, son procès par la Cour martiale générale a été ordonné et le premier ordre de convocation a été donné par l'autorité convocatrice. La Cour a statué que l'organisation de la Cour martiale générale violait les droits du caporal Généreux, garantis par l'alinéa 11d) de la *Charte*. La Cour en est arrivée à cette conclusion après avoir analysé la législation pertinente et les interrelations des intervenants, leurs fonctions et leur inamovibilité. Le juge en chef Lamer, qui a écrit le jugement majoritaire, fait remarquer que les modifications apportées aux *O.R.F.C.*, entrées en vigueur après le procès du caporal Généreux, mais avant son appel, semblent avoir corrigé certaines des lacunes du système en vertu duquel il a été jugé. La Cour suprême du Canada a accueilli l'appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

^d Par suite de cet arrêt et des modifications apportées aux dispositions légales pertinentes, l'autorité convocatrice a, dans le cas présent, révoqué l'ordre de convocation qu'elle avait donné pour lui en substituer un autre. Ce sont ces différentes mesures prises par l'autorité convocatrice qui sont l'objet du présent appel.

THE FACTS

In November, 1991, the respondent was charged by his commanding officer with two offences. The charge sheet said:

First Charge
Section 129
NDA

CONDUCT TO THE PREJUDICE OF GOOD ORDER AND DISCIPLINE

Particulars: In that he, on 18 October 1991, at the main entrance of Burns Hall, Canadian Forces College, Toronto, Ontario, did harass Mr. Ramash CHARLES, a civilian employee at the College, by directing racial slurs towards him.

Second Charge
Section 97
NDA

DRUNKENNESS

Particulars: In that he, on 18 October 1991, at the main entrance of Burns Hall, Canadian Forces College, Toronto, Ontario, was drunk.

Pursuant to Chapter 109, *Q.R.&O.*, the charge sheet and required information were sent by the commanding officer to the higher authority for disposal. He was a person empowered by section 165 of the *Act* to convene a General Court Martial, and is thus referred to as the convening authority. That officer's powers and duties are set out in article 109.05, *Q.R.&O.* It provides:

(a) he may seek further information to that contained in the synopsis in such manner as he sees fit; or

(b) he may dismiss the charge and cause the accused to be informed of the dismissal; or

(c) if he does not dismiss the charge pursuant to (b) of this paragraph, he shall

(i) if he has power to convene a court martial, direct that the accused be tried by court martial and take steps to have him so tried

LES FAITS

En novembre 1991, l'intimé a été accusé par son commandant d'avoir commis deux infractions. L'acte d'accusation était libellé de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Premier chef d'accusation
Article 129
LDN

CONDUITE PRÉJUDICIALE AU BON ORDRE ET À LA DISCIPLINE

Détails : En ce que, le 18 octobre 1991, à l'entrée principale de l'édifice Burns Hall, Collège des Forces canadiennes, Toronto (Ontario), il a harcelé M. Ramash CHARLES, employé civil du Collège, en lui lançant des injures racistes.

Second chef d'accusation
Article 97
LDN

IVRESSE

Détails : En ce que, le 18 octobre 1991, à l'entrée principale de l'édifice LDN Burns Hall, Collège des Forces canadiennes, Toronto (Ontario), il était ivre.

Conformément au chapitre 109 des *O.R.F.C.*, l'acte d'accusation et l'information pertinente ont été expédiés par le commandant à l'autorité supérieure pour qu'elle connaisse de l'accusation. Cette autorité avait le pouvoir, en vertu de l'article 165 de la *Loi*, de convoquer la cour martiale générale et est, par conséquent, appelée autorité convocatrice. L'article 109.05 des *O.R.F.C.* établit les pouvoirs et les devoirs de l'officier ainsi désigné. Ce dernier :

(a) peut obtenir de plus amples renseignements que ceux qui figurent dans le sommaire, selon les moyens qu'il juge appropriés à cet égard; ou

(b) peut renvoyer l'accusation et informer l'accusé de sa décision; ou

(c) peut, s'il décide de donner suite à l'accusation conformément à l'alinéa (b) du présent paragraphe,

(i) et ce, à condition d'être investi du pouvoir de convoquer une cour martiale, ordonner que l'accusé soit jugé devant une cour martiale et prendre les mesures qui s'imposent à cet égard

On December 17, 1991, the convening authority, having made the decision to have the respondent tried by General Court Martial, so endorsed the charge sheet. Accordingly, on December 20, 1991, the convening authority issued a convening order for a General Court Martial for the trial of the respondent. That order commanded that the officers identified "shall assemble . . . for the purpose of trying by a General Court Martial . . . Major Johnstone, George Alexander."

At the request of the respondent, on January 28, 1992, the convening authority granted a postponement of the trial date until March 11, 1992. On February 13, 1992, the judgment in *Généreux* was handed down by the Supreme Court of Canada.

On February 26, 1992, the convening authority issued an order rescinding the convening order. That order provided:

HAVING NOW BEEN INFORMED OF THE SUPREME COURT OF CANADA DECISION IN *GENEREUX V. HER MAJESTY THE QUEEN* AND PENDING CERTAIN CHANGES WHICH I HAVE BEEN ADVISED ARE REQUIRED IN RESPECT TO THE CONSTITUTING PROVISIONS FOR GENERAL COURTS MARTIAL I HEREBY RESCIND MY ORDER, AT REF A, CONVENING MAJ JOHNSTONE S GCM AND THE AMENDMENT THERETO AT REF B.

By a letter dated March 6, 1992, the respondent's counsel advised the Judge Advocate General that the rescinding order should not have been made without first giving notice to the respondent and an opportunity to be heard. He submitted the charges against the respondent should be quashed, as there was no authority in the legislation to make the rescinding order and that procedural fairness required an opportunity to be heard as the order prejudiced his client's rights. There was no reply.

On June 15, 1992, the Judge Advocate General advised the respondent's counsel that the amendments to the *Act* and *Q.R.&O.* were now complete and that he would be issuing a new convening order. He enquired as to a convenient date.

Le 17 décembre 1991, l'autorité convocatrice, ayant décidé que l'intimé serait jugé par la Cour martiale générale, a signé l'acte d'accusation. En conséquence, le 20 décembre 1991, elle a émis l'ordre de convocation de la Cour martiale générale pour juger l'intimé. Les officiers nommés dans la convocation avaient [TRADUCTION] «l'ordre de se réunir . . . aux fins de constituer la cour martiale générale . . . et de juger le major George Alexander Johnstone».

Le 28 janvier 1992, à la demande de l'intimé, l'autorité convocatrice a remis la date du procès au 11 mars 1992. Le 13 février 1992, l'arrêt *Généreux* a été rendu par la Cour suprême du Canada.

Le 26 février 1992, l'autorité convocatrice a émis un ordre révoquant l'ordre de convocation. Cet ordre était rédigé de la façon suivante :

[TRADUCTION] AYANT ÉTÉ INFORMÉ DE L'ARRÊT RENDU PAR LA COUR SUPRÊME DU CANADA DANS L'AFFAIRE *GENEREUX C. SA MAJESTÉ LA REINE*, ET COMPTE TENU DE L'INFORMATION QUE J'AI OBTENUE SELON LAQUELLE CERTAINES MODIFICATIONS SERONT APPORTÉES AUX DISPOSITIONS SE RAPPORTANT À LA CONSTITUTION DES COURS MARTIALES GÉNÉRALES, PAR LES PRÉSENTES, JE RÉVOQUE L'ORDRE PAR LEQUEL JE CONVOQUAIS LA CMG POUR JUGER LE MAJ. JOHNSTONE, RÉFÉRENCE A, ET LA MODIFICATION DE CET ORDRE, RÉFÉRENCE B.

Dans sa lettre du 6 mars 1992, l'avocat de l'intimé a informé le juge-avocat général que l'ordre de révocation n'aurait pas dû être donné sans que l'on en ait au préalable donné avis à l'intimé et qu'on lui ait permis de se faire entendre. Il a allégué que les chefs d'accusation inscrits contre l'intimé devaient être rejetés, car la loi ne prévoyait pas qu'un ordre révocatoire puisse être donné et l'équité procédurale nécessitait que son client ait la possibilité de se faire entendre, l'ordre étant préjudiciable à ses droits. Il n'y a eu aucune réponse.

Le 15 juin 1992, le juge-avocat général a informé l'avocat de l'intimé que les modifications prévues avaient été apportées à la *Loi* et aux *O.R.F.C.*, et qu'il donnerait sous peu un nouvel ordre de convocation. Il s'est enquis d'une date qui pourrait convenir à l'intimé.

On June 26, 1992, an order was issued to convene the General Court Martial on the date agreed upon by counsel. Subsequently, an order was issued by the proper authority designating officers as members of the General Court Martial. Finally, on September 16, 1992, the Chief Military Trial Judge appointed himself the Judge Advocate for the trial.

On the appointed date, the designated officers assembled. After they had been sworn and the court constituted, but before being called upon to plead to the charges in the charge sheet, the respondent entered a plea in bar of trial objecting to the jurisdiction of the General Court Martial to try him.

The Judge Advocate gave effect to this plea, holding that an order rescinding a convening order is part of the judicial process, and is *ultra vires* the powers conferred upon the convening authority by the Minister and by the law. In so doing, he applied the judgment of this Court in *Viel v. The Queen* (1978), 4 C.M.A.R. 178 and *Bouchard v. The Queen* (1984), 4 C.M.A.R. 316. The Judge Advocate further held that denying the respondent the opportunity to be heard before issuing the rescinding order was a denial of natural justice. Having made these findings, the Judge Advocate did not find it necessary to consider any further issues. He directed that the proceedings be terminated in accordance with the *Q.R.&O.*

THE ISSUES

Did the Judge Advocate err in holding that the convening authority has no power to issue an order rescinding a convening order he had previously issued and to issue a further convening order? To answer this question, the scheme set up by the *Act* and the *Q.R.&O.* with respect to a trial by General Court Martial must be considered. As Lamer C.J. observed in *Généreux, supra*, a General Court Martial is unlike an ordinary court. It is convened when necessary to deal with breaches of the Code of Service Discipline. Fundamental to such a scheme is the question of jurisdiction over the person and the charges.

Le 26 juin 1992, un ordre convoquant la Cour martiale générale à la date convenue avec l'avocat de l'intimé a été donné. Ensuite, l'autorité compétente a donné un ordre désignant les officiers qui composeraient la cour martiale générale. Finalement, le 16 septembre 1992, le juge militaire en chef a choisi d'être lui-même le juge-avocat du procès.

À la date fixée, les officiers désignés se sont réunis. Après la prestation de serment et la constitution de la cour, mais avant que l'intimé ne soit appelé à présenter un plaidoyer à l'égard des infractions inscrites sur l'acte d'accusation, l'intimé a présenté une fin de non-recevoir, alléguant que la Cour martiale générale n'avait pas la compétence pour le juger.

Le juge-avocat a reçu ce plaidoyer, au motif qu'un ordre révoquant un ordre de convocation faisait partie du processus judiciaire et qu'il ne faisait pas partie des pouvoirs conférés à l'autorité convocatrice par le ministre et par la loi. Ce faisant, il suivait les arrêts rendus par la présente Cour dans l'affaire *Viel c. La Reine* (1978), 4 C.A.C.M. 178, et *Bouchard c. La Reine* (1984), 4 C.A.C.M. 316. Le juge-avocat a aussi statué que le défaut de donner à l'intimé la possibilité de se faire entendre avant que l'ordre révocatoire ne soit donné constituait un déni de justice naturelle. En étant venu à ces conclusions, le juge-avocat a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'analyser d'autres questions. Il ordonna de mettre fin à l'instance conformément aux *O.R.F.C.*

QUESTIONS EN LITIGE

Le juge-avocat a-t-il commis une erreur en statuant que l'autorité convocatrice n'avait pas le pouvoir de révoquer l'ordre de convocation qu'elle avait précédemment donné, et de lui en substituer un autre? Pour répondre à cette question, il faut examiner le régime établi par la *Loi* et par les *O.R.F.C.* pour la tenue des procès devant la Cour martiale générale. Comme le juge Lamer, juge en chef du Canada, l'a fait remarquer dans l'arrêt *Généreux* (précité), la Cour martiale générale n'est pas une cour ordinaire. Elle est convoquée au besoin pour connaître des infractions au code de discipline militaire. Sous ce régime, les questions de compétence sur la personne et sur les accusations sont fondamentales.

Where a Commanding Officer requests a higher authority to dispose of the charges, and delivers to that higher authority the charge sheet and the supporting material specified by the *Q.R.&O.*, jurisdiction over the charges passes to that person. It is common ground that Chapter 109, *Q.R.&O.* defines the duties of the higher authority. If he or she decides not to dismiss the charges, subparagraph 109.05(1)(c)(i) applies and it is the duty of the higher authority to direct that the accused be tried by court martial and to "take steps to have him so tried." The higher authority's direction is endorsed on the charge sheet over his or her signature.

In order to carry out this duty to see that the accused is so tried, the higher authority (who is the convening authority) has the power to issue a convening order. The terms of such an order are set out in Chapter 109. It is an order to identified officers to assemble at a specified time and place to try the accused by General Court Martial. Regardless of whether such an order is made under the legislation as it stood before or after *Généreux*, no General Court Martial is convened so as to have any jurisdiction over the charges until the officers assemble, swear the oath required, and the accused is given into their charge on the charges in the charge sheet. Nor is any pre-trial jurisdiction over the charge sheet or the accused conferred on any person identified to become the president or a member of the General Court Martial by reason of the convening order or the transfer of documents including the charge sheet to those individuals.

The legislative scheme being considered here is analogous to the preferring of an indictment in a criminal trial. The Supreme Court of Canada considered the issue of when a trial court takes jurisdiction over an indictment in the case of *R. v. Chabot* (1980), 55 C.C.C. (2d) 385, and held at page 396 that:

... an indictment based upon a committal for trial without the intervention of a Grand Jury is not "preferred" against an accused until it is lodged with the trial Court at the opening of

Lorsque le commandant demande à l'autorité supérieure de connaître d'une accusation, et qu'à cette fin il lui transmet l'acte d'accusation et les autres documents exigés par les *O.R.F.C.*, la compétence sur cette accusation passe à cette autorité supérieure. On s'entend sur le fait que le chapitre 109 des *O.R.F.C.* définit les devoirs de l'autorité supérieure. Si celle-ci décide de ne pas rejeter l'accusation, le sous-alinéa 109(1)c)(i) s'applique et il est du devoir de l'autorité supérieure d'ordonner que l'accusé soit jugé par la cour martiale et de «prendre les mesures qui s'imposent à cet égard». Elle inscrit alors ses instructions sur l'acte d'accusation, qu'elle signe.

Afin de remplir son obligation de faire en sorte que l'accusé soit jugé, l'autorité supérieure (qui est l'autorité convocatrice) a le pouvoir de donner l'ordre de convocation. Les termes dans lesquels l'ordre doit être donné sont établis par le chapitre 109. L'ordre désigne des officiers, à qui il demande de se réunir en cour martiale, dans un lieu et à un moment donnés, afin de juger l'accusé. Il importe peu de savoir si cet ordre est donné suivant les règles légales qui étaient en vigueur avant l'arrêt *Généreux*, ou suivant celles qui ont été adoptées après cet arrêt; la cour martiale n'est pas constituée de façon à avoir quelque compétence que ce soit sur l'accusation avant que les officiers se soient réunis, aient prêté le serment requis et que l'accusé leur ait été confié relativement aux chefs d'accusation que contient l'acte d'accusation. Aucune personne désignée pour être le président ou un membre de la Cour martiale générale ne détient non plus quelque compétence de pré-instance que ce soit sur l'acte d'accusation ou l'accusé, qui lui aurait été conférée par l'ordre de convocation ou la transmission qui lui aurait été faite des documents, y compris l'acte d'accusation.

Le régime légal examiné dans la présente affaire est analogue à celui de la présentation d'un acte d'accusation dans un procès criminel. Dans l'arrêt *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, à la page 999; 55 C.C.C. (2d) 385, à la page 396, la Cour suprême du Canada a déterminé à partir de quand une cour de première instance a compétence pour connaître d'une accusation :

... un acte d'accusation fondé sur un renvoi à procès sans l'intervention d'un grand jury n'est pas «présenté» contre un prévenu tant qu'il n'est pas produit devant la cour de première

the accused's trial, with a Court ready to proceed with the trial. [Emphasis added.]

The issuing of the convening order is the first step in carrying out the direction endorsed on the charge sheet by the convening authority and the duty to take steps to see to it that the accused is so tried. The convening authority may not always discharge that duty, and I see no reason to confine the scope of that duty. It is conceded that the convening authority has the authority to make, or refuse to make pre-trial orders changing the time or place of the trial and vary his own order. I think that for the same reason he must be able to respond to changes in circumstances. In my opinion, the duty imposed by Chapter 109 to take steps to see to it that the accused is so tried must include the authority to do what must be done if the convening order issued cannot be carried out. This would include the authority to rescind an order and issue a fresh one.

I think the convening authority was right in rescinding the convening order previously issued. That order could not be carried out. The decision of the Supreme Court of Canada in *Généreux* means that the first convening order issued in the case at bar would have convened a trial before a tribunal that was not constitutionally competent to try the respondent. Nothing but an order which was in accord with *Généreux* and the amended *Q.R.&O.* could have fulfilled the duty placed on the convening authority by Chapter 109 to take steps to have the respondent so tried.

The respondent contends that as the power to issue a convening order is provided by the *Act* and *Q.R.&O.*, the power to rescind an order should not be inferred. The Judge Advocate agreed, holding that such orders are part of the judicial process. He relied upon judgments of this Court in *Bouchard, supra*, and *Viel, supra*. With respect, neither of those decisions supports his conclusion. What was in issue in *Bouchard* was the judicial nature of the decision to send the accused on for trial by General Court Martial and that the endorsement on the charge sheet was

instance à l'ouverture du procès du prévenu, et que la cour n'est pas prête à commencer le procès.

L'ordre de convocation constitue la première étape de l'exécution des instructions inscrites sur l'acte d'accusation par l'autorité convocatrice, et de l'accomplissement de son devoir de prendre les mesures nécessaires pour que l'accusé soit jugé. L'autorité convocatrice peut parfois ne pas accomplir ce devoir, et je ne vois pas de raison pour restreindre la portée de ce devoir. Il est admis que l'autorité convocatrice a le pouvoir de donner et de refuser de donner des ordres préparatoires au procès, modifiant le moment et le lieu du procès, et de modifier les ordres donnés. Je pense, pour la même raison, qu'elle doit pouvoir s'ajuster aux changements de circonstances. À mon avis, le devoir qui lui est imposé par le chapitre 109 de prendre les mesures nécessaires pour que l'accusé soit jugé doit emporter le pouvoir de prendre les mesures qui s'imposent dans le cas où l'ordre de convocation qui a été donné ne peut pas être exécuté, y compris le pouvoir de révoquer l'ordre donné et d'en donner un nouveau.

Je pense que l'autorité convocatrice a eu raison de révoquer l'ordre de convocation qui avait été donné. Cet ordre ne pouvait pas être exécuté. L'arrêt *Généreux* de la Cour suprême du Canada nous enseigne que le premier ordre de convocation qui a été donné en l'espèce aurait abouti à la convocation d'un tribunal qui n'aurait pas été compétent constitutionnellement pour juger l'intimé. Seul un ordre donné conformément aux principes établis par l'arrêt *Généreux* et conformément aux *O.R.F.C.* modifiés pouvait permettre à l'autorité convocatrice de s'acquitter des devoirs à elle confiés par le chapitre 109, c'est-à-dire prendre les mesures nécessaires pour que l'intimé soit jugé.

L'intimé prétend que, bien que la *Loi* et les *O.R.F.C.* confèrent le pouvoir de donner un ordre de convocation, il ne faut pas en conclure qu'ils confèrent aussi le pouvoir de révoquer cet ordre. Le juge-avocat s'est rendu à cet argument, statuant que ces ordres faisaient partie du processus judiciaire. Il s'est référé à l'arrêt *Bouchard* et à l'arrêt *Viel* (précités), rendus par la présente Cour. Pourtant, aucun de ces arrêts n'offre d'appui à sa conclusion. Dans *Bouchard*, la question en litige était la nature judiciaire de la décision de renvoyer l'accusé à son procès devant

a condition precedent to the jurisdiction of the General Court Martial to try the accused on the charges. In neither case was the nature of a convening order in issue.

Having regard to the scheme of the legislation, steps taken by a convening authority to ensure that an accused is tried as directed, such as issuing a convening order, revoking or varying it, and issuing a fresh one are administrative in nature. In any event, the imperative wording of Chapter 109 indicates that the power in question is necessarily inferred. While I do not think it is necessary to look to other statutes for further interpretation, subsections 2(1) "regulation" (a) and (b), 31(2) and 31(4) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, support the appellant's position.

The respondent also submits that as Parliament has specifically provided for amendments to the charge sheet or convening order, and for adjournments or dissolution of the General Court Martial, it should be taken to have restricted the power to situations specified. I do not agree. The provisions of the *Act* and *Q.R.&O.* referred to are specific powers to deal with problems that arise after the accused is given in charge of the General Court Martial and the trial has begun. If these sections and articles are given the meaning contended for by the respondent, there is really no need for article 109.05 to direct the convening authority to "take steps to have [the accused] so tried."

Finally, it was submitted that the respondent is entitled to be tried according to the law as it stood at the time of the offence, and that his case should have proceeded to judgment before the court to be convened under the first convening order. There has been no change in the decision that the respondent be tried by General Court Martial. There has been no change to the legislation respecting the offences charged or the punishment. His defence on the merits and right to make full answer and defence have not

la cour martiale générale et que la signature de l'acte d'accusation était une condition préalable à l'obtention de la compétence par la Cour martiale générale de juger l'accusé sur les accusations. Dans ni l'un ni l'autre arrêt la nature de l'ordre de convocation n'était en litige.

Compte tenu du régime légal, les mesures prises par l'autorité convocatrice pour s'assurer que l'accusé est jugé comme il se doit, c'est-à-dire l'ordre de convocation, la révocation ou la modification de cet ordre et la substitution d'un nouvel ordre, sont des mesures de nature administrative. De toute façon, le libellé impératif du chapitre 109 laisse bien entendre que l'autorité détient ces pouvoirs. Bien que je ne crois pas qu'il faille discourir davantage sur l'interprétation en ayant recours à d'autres lois, les paragraphes 2(1)a) et b), 31(2), et 31(4) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21 appuient la position de l'appelante.

L'intimé fait valoir aussi que, compte tenu que le Parlement a expressément prévu que des modifications puissent être apportées à l'acte d'accusation ou à l'ordre de convocation, de même qu'il puisse y avoir des ajournements ou la dissolution de la Cour martiale générale, il faut conclure qu'il a restreint ce pouvoir aux situations précisées. Je ne suis pas d'accord. Les dispositions de la *Loi* et des *O.R.F.C.* auxquelles on se réfère donnent des pouvoirs précis accordés pour régler les problèmes qui surviennent après que l'accusé a été confié à la responsabilité de la cour martiale générale et que le procès a commencé. Si les articles en question ont le sens que leur donne l'intimé, alors il n'y a aucune raison pour que l'article 109.05 exige de l'autorité convocatrice qu'elle «pren[ne] les mesures qui s'imposent [pour que l'accusé soit jugé]».

Finalement, il a été avancé que l'intimé avait le droit d'être jugé en fonction de la législation qui était en vigueur au moment où l'infraction alléguée aurait été perpétrée, et qu'il aurait dû être renvoyé à son procès devant la cour qui devait se réunir en réponse au premier ordre de convocation. La décision que l'intimé soit jugé par la Cour martiale générale a été maintenue. Aucune modification n'a été apportée à la législation relativement aux chefs d'accusation retenus et aux peines. La défense de l'intimé sur le fond,

been altered. In my opinion, nothing has happened that offends the respondent's right to make full answer and defence.

With respect, I do not agree with the decision of the Judge Advocate that, in the circumstances, to rescind the convening order without first affording the respondent the opportunity to be heard amounted to a denial of fundamental justice. It is not clear whether the Judge Advocate would have acted on this ground alone in directing that the proceedings be terminated. In any event, the decision that the respondent be tried by General Court Martial was made and endorsed on the charge sheet. That decision was not open to question.

Once that decision was finalized, the convening authority's only duty was to ensure that the respondent be so tried. The respondent was not entitled to be heard when the only issue to be raised was the action taken by the convening authority to ensure that the General Court Martial would be constitutionally constituted, an action that was required if the convening authority was to meet his statutory obligations. The substantive rights of the respondent were unaffected and an opportunity to be heard will be provided at trial.

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.

The respondent raised two further issues. It was submitted that the amendments to the legislation did not cure the constitutional defects upon which the Supreme Court of Canada struck down the General Court Martial in *Généreux*. It was also submitted that sections 97 and 127 of the *Act* are void for vagueness. We did not call on the Crown with respect to either of

de même que son droit de présenter une défense pleine et entière, n'ont pas été affectés. À mon avis, il n'est rien arrivé qui ait porté préjudice au droit de l'intimé de présenter une défense pleine et entière.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec la décision rendue par le juge-avocat, selon laquelle, dans les circonstances, ne pas avoir donné à l'intimé la possibilité de se faire entendre sur la révocation de l'ordre de convocation revenait à un déni de justice naturelle. Il n'est pas clair que le juge-avocat se soit appuyé sur cette raison seulement pour décider de mettre fin à l'instance. Mais, de toute façon, la décision de faire juger l'intimé par la Cour martiale générale a été prise et elle a été inscrite sur l'acte d'accusation. Cette décision n'a pas été remise en question.

Une fois cette décision prise, l'autorité convocatrice n'avait plus qu'à s'assurer que l'intimé serait effectivement jugé. On n'a pas permis à l'intimé de se faire entendre sur la seule question de la mesure prise par l'autorité convocatrice pour s'assurer que la Cour martiale générale serait régulièrement constituée, une mesure qu'elle devait prendre pour respecter ses obligations légales. Les droits de l'intimé n'ont pas été affectés, et ce dernier aura la possibilité de se faire entendre à son procès.

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.

L'intimé soulève deux autres questions. Il soutient que les modifications apportées à la législation n'ont pas corrigé le vice constitutionnel pour lequel la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Généreux*, a annulé la Cour martiale générale. Il soutient aussi que les articles 97 et 127 de la *Loi* sont sans effet en raison de leur imprécision. Nous n'avons pas demandé à la

these issues. Having regard to the important observations of Lamer C.J. referred to above and that the record appeared to be incomplete, we were not persuaded we should consider the first issue. Similarly, because of the course the proceedings took before the General Court Martial, and as we had reached the conclusion that there should be a new trial, we were all of the opinion that the issue of vagueness, if it is to be considered, would be best dealt with at the trial.

In the result, I would allow the appeal, set aside the order terminating the proceedings, and order a new trial.

MCDONALD J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

Couronne de faire des commentaires sur l'une ou l'autre de ces questions. Compte tenu des observations importantes faites par le juge en chef Lamer, auxquelles nous nous sommes référés ci-dessus, et du fait que le dossier semble incomplet, nous n'avons pas cru que nous devions considérer la première question. De plus, compte tenu du cours suivi par l'instance devant la Cour martiale générale et de notre conclusion qu'il fallait tenir un nouveau procès, nous avons été unanimes que le meilleur moment pour considérer la question de l'imprécision, si elle devait être considérée, serait au procès.

Par conséquent, j'accueillerais l'appel, annulerais l'ordre mettant fin à l'instance et ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

LE JUGE McDONALD, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.