

Hugh Vincent Lunn

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

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

INDEXED AS: R. v. LUNN

File No.: CMAC 352

Heard: Edmonton, Alberta, 1 November, 1993

Judgment: Ottawa, Ontario, 8 December, 1993

Present: Mahoney C.J., Trainor and Malone JJ.A.

On appeal from a conviction and sentence by a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Cold Lake, Alberta, on 5 May and 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29 and 30 June, 1992.

Convening authority — Discretion to order a particular mode of court martial does not engage rights of accused under sections 7, 11(d) or 15(1) of the Charter — National Defence Act, subsection 129(1) not unconstitutional — No error in admitting evidence obtained in violation of Charter section 8 — Synopsis containing statements made by accused — Improper for prosecution to use statement to derive additional evidence — Derived evidence to be excluded.

The accused was convicted by Standing Court Martial of committing an act to the prejudice of good order and discipline, contrary to section 129 of the *National Defence Act*. The accused was sentenced to a severe reprimand and a \$1,000 fine.

At his trial, the accused had advanced two pleas in bar of trial. He objected to the jurisdiction of the Standing Court Martial alleging that the decision to proceed by Standing Court Martial violated rights guaranteed by sections 7 and 11(d) of the *Charter*. Secondly, the accused alleged that there had been an abuse of process in the use of a statement made by him pursuant to Q.R.&O. 109.03.

Hugh Vincent Lunn

(██████████ Caporal, Forces canadiennes) *Appelant*,

a c.

Sa Majesté La Reine

b Intimée.

RÉPERTORIÉ : R. c. LUNN

N° du greffe : CACM 352

c Audience : Edmonton (Alberta), le 1^{er} novembre 1993

d Jugement : Ottawa (Ontario), le 8 décembre 1993

Devant : le juge en chef Mahoney, et les juges Trainor et Malone, J.C.A.

e En appel d'une déclaration de culpabilité et d'une sentence prononcée par une cour martiale permanente siégeant à la base des Forces canadiennes de Cold Lake (Alberta), le 5 mai et les 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29 et 30 juin 1992.

f *Autorité convocatrice — Le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un mode particulier de procès ne viole pas les droits reconnus à l'accusé par les dispositions 7, 11d) et 15(1) de la Charte — Le paragraphe 129(1) de la Loi sur la défense nationale n'est pas inconstitutionnel — Aucune erreur n'a été commise du fait qu'on a admis la preuve obtenue en violation de l'article 8 de la Charte — Le sommaire renferme des déclarations faites par l'accusé — Il ne convient pas pour la poursuite d'utiliser la déclaration pour obtenir un élément de preuve additionnel — La preuve obtenue doit être exclue.*

h L'accusé a été déclaré coupable par une Cour martiale permanente d'avoir commis un acte préjudiciable au bon ordre et à la discipline, en violation de l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale*. L'accusé s'est vu infliger un blâme et une amende de 1 000 \$.

i Au procès, l'accusé avait fait valoir deux fins de non-recevoir. En premier lieu, il avait contesté la compétence de la Cour martiale permanente en alléguant que la décision de porter l'affaire devant cette dernière portait atteinte aux droits garantis par l'article 7 et l'alinéa 11d) de la *Charte*. En second lieu, il a allégué qu'on avait abusé des procédures en utilisant une déclaration qu'il avait faite en vertu de l'article 109.03 des O.R.F.C.

The accused had also objected to the validity of a search warrant. Although the President ruled the search warrant invalid, and that the accused's rights under the *Charter* had been violated, the seized articles were admitted in evidence.

Not raised at trial, but raised on appeal, was the argument that *National Defence Act* section 129 is so vague as to be unconstitutional, and that the power of the convening authority to select the mode of trial violates the rights of an accused under section 15 of the *Charter*.

Held: Appeal dismissed.

The appellant challenged the constitutionality of Standing Courts Martial because of the discretion provided to a senior commander, who also appoints the prosecutor, to select that mode of trial. However, it is not the convening authority who may deprive an accused of life, liberty and security of the person. The Court Martial itself may do that. Similarly, it is the Court Martial, and not the convening authority, that must conduct a fair and public hearing and be independent and impartial.

Persons making decisions respecting the laying and prosecution of charges must act according to the law but the law does not require their independence or their impartiality. What is required is that they not act in a manner so as to draw the administration of justice into disrepute. For this reason, the appellant's *Charter* arguments failed.

Section 129(1) of the *National Defence Act* is not so vague as to be unconstitutional. While it may appear vague in the abstract, the section is not vague when required particulars have been provided.

With respect to the warrantless search, while the appellant's rights under section 8 of the *Charter* were violated, the President properly considered whether the administration of justice would be brought into disrepute by the admission of the evidence, and did not err by admitting the evidence.

With respect to using the appellant's statement under *Q.R.&O.* 109.03 to derive evidence, the statement was used for an improper purpose by the prosecution. The President acted properly in excluding the derived evidence, and declining to stay the proceeding.

Finally, the President made no error in taking judicial notice of the general obligation of military members not to expend or

L'accusé avait également contesté la validité d'un mandat de perquisition. Le président a décidé que le mandat était invalide et que les droits garantis à l'accusé par la *Charte* avaient été violés, mais les articles saisis ont été admis en preuve.

^a Un argument qui n'a pas été soulevé en première instance, mais qui l'a été en appel, est que l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* est inconstitutionnel pour cause d'imprécision et que le pouvoir de l'autorité convocatrice de choisir le mode d'instruction viole les droits garantis à l'accusé par l'article 15 de la *Charte*.

Arrêt : L'appel est rejeté.

^c L'appelant a affirmé que la cour martiale permanente était inconstitutionnelle en raison du pouvoir discrétionnaire conféré à un commandant supérieur, qui nomme également le procureur de la poursuite, de choisir ce mode de procès. Toutefois, ce n'est pas l'autorité convocatrice qui peut porter atteinte au droit de l'accusé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. La cour martiale peut elle-même le faire. C'est aussi la cour martiale, et non l'autorité convocatrice, qui doit tenir une audience publique équitable et se montrer indépendante et impartiale.

^e Les personnes qui décident de porter des accusations ou d'engager des poursuites doivent agir en conformité avec la loi, mais elles ne sont pas tenues en droit à l'indépendance et à l'impartialité. La loi exige qu'elles agissent d'une manière qui ne soit pas susceptible de jeter le discrédit sur l'administration de la justice. Les arguments fondés sur la *Charte* que l'appelant avait invoqués ont été rejetés pour ce motif.

^f Le paragraphe 129(1) de la *Loi sur la défense nationale* n'est pas vague au point d'être inconstitutionnel. Cette disposition peut sembler imprécise dans l'abstrait, mais elle n'est pas imprécise quand on donne toutes les précisions nécessaires à son égard.

^g Quant à la perquisition sans mandat, les droits que possède l'appelant en vertu de l'article 8 de la *Charte* ont été violés, mais le président a examiné correctement la question de savoir si le discrédit serait jeté sur l'administration de la justice si la preuve était admise, et il n'a pas commis d'erreur en admettant la preuve.

^h En ce qui concerne le fait que, pour obtenir la preuve, on a utilisé la déclaration que l'appelant avait faite en vertu de l'article 109.03 des *O.R.F.C.*, la poursuite s'est servie de la déclaration à une fin irrégulière. Le président a agi de la façon appropriée en excluant la preuve obtenue et en refusant de surseoir à l'instance.

^j Enfin, le président n'a pas commis d'erreur en prenant judiciairement connaissance de l'obligation générale qui incombe

use public property for purposes not approved by proper military authority, and properly considered the relevant matters in relation to sentence. The Court saw no merit in the objections to either the legality or the severity of the sentence.

aux militaires de ne pas utiliser un bien public à des fins non approuvées par l'autorité militaire compétente, et a examiné de la façon appropriée les questions pertinentes en ce qui concerne la détermination de la peine. La Cour ne considérait pas les objections comme fondées, et ce, qu'elles se rapportent à la
a légalité ou à la sévérité de la sentence.

COUNSEL:

David A. Haas, for the appellant
Lieutenant-Colonel D. B. Murphy, Lieutenant-Colonel M. Crowe, and Major A. Thomas, for the respondent

AVOCATS :

David A. Haas, pour l'appellant
Lieutenant-colonel D. B. Murphy, Lieutenant-colonel M. Crowe, et Major A. Thomas, pour l'intimée

STATUTES AND REGULATIONS 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, ss. 7, 8, 11(d), 11(f), 15(1)
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 568 (as am. c. 27 (1st Supp.), s.111)
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 129, 139(1)
Military Rules of Evidence, C.R.C. 1978, c. 1049, s. 16(2)
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision), art. 109.03

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. 7, 8, 11d), 11f), 15(1)
Code criminel, L.R.C. 1985, chap. C-46, art. 568 (mod. par chap. 27 (1^{er} suppl.), art. 111)
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 129, 139(1)
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces armées canadiennes (révision 1968), art. 109.03
Règles militaires de la preuve, C.R.C. 1978, chap. 1049, art. 16(2)

CASES CITED:

R. v. Collins (1989), 48 C.C.C. (3d) 333 (Ont. C.A.)
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 S.C.R. 606; 74 C.C.C. (3d) 289
Re Balderstone et al. and the Queen (1983), 8 C.C.C. (3d) 532 (Man. C.A.)

JURISPRUDENCE CITÉE :

R. v. Collins (1989), 48 C.C.C. (3d) 333 (C.A. Ont.)
R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606; 74 C.C.C. (3d) 289
Re Balderstone et al. and the Queen (1983), 8 C.C.C. (3d) 532 (C.A. Man.)

The following are the reasons for judgment delivered in English by

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

MAHONEY C.J.: The appellant was tried on three charges under the *National Defence Act*.¹

LE JUGE EN CHEF MAHONEY : L'appellant a subi son procès relativement à trois accusations portées en vertu de la *Loi sur la défense nationale*.¹

¹ R.S.C. 1985, c. N-5.

¹ L.R.C., chap. N-5.

[TRADUCTION]

FIRST CHARGE	STEALING	PREMIÈRE ACCUSATION	VOL
Section 114 NDA	Particulars: In that he, on or about 4 September 1991 at Canadian Forces Base Cold Lake, Medley, Alberta, while employed as an air frame technician at the CF-5 Maintenance Section, stole the articles listed in Annex A to this Charge Sheet, public property.	Article 114 LDN	Détails : D'avoir, le ou vers le 4 septembre 1991, à la base des Forces canadiennes Cold Lake, à Medley, en Alberta, pendant qu'il travaillait en qualité de technicien préposé aux fuselages à la section de l'entretien des CF-5, volé les articles énumérés à l'Annexe A de l'acte d'accusation, qui constituent des biens publics.
SECOND CHARGE	RECEIVED PROPERTY OBTAINED BY THE COMMISSION OF A SERVICE OFFENCE, KNOWING SUCH PROPERTY TO HAVE BEEN SO OBTAINED	DEUXIÈME ACCUSATION	RECEL D'UN BIEN DONT ON SAIT QU'IL A ÉTÉ OBTENU PAR LA PÉRPÉTRATION D'UNE INFRACTION D'ORDRE MILITAIRE
Section 115 NDA (Alternate to Third Charge)	Particulars: In that he, between 5 May 1989 and 5 September 1991, at or near Canadian Forces Base Cold Lake, Medley, Alberta, received the articles listed in Annex B to this Charge Sheet, public property, knowing the said property had been obtained by stealing.	Article 115 LDN (Accusation subsidiaire à la troisième)	Détails : D'avoir, entre le 5 mai 1989 et le 5 septembre 1991, à la base des Forces canadiennes Cold Lake, à Medley, en Alberta, ou près de celle-ci, recelé les articles énumérés à l'Annexe B de l'acte d'accusation, qui constituent des biens publics et dont il savait qu'ils avaient été obtenus par la perpétration d'un vol.
THIRD CHARGE	AN ACT TO THE PREJUDICE OF GOOD ORDER AND DISCIPLINE	TROISIÈME ACCUSATION	ACTE PRÉJUDICIALE AU BON ORDRE ET À LA DISCIPLINE
Section 129 NDA (Alternate to Second Charge)	Particulars: In that he, on or about 4 September 1991, at or near 3902-54th Avenue, Grand Centre, Alberta, was improperly in possession of the articles listed in Annex B to this Charge Sheet, public property.	Article 129 LDN (Accusation subsidiaire à la deuxième)	Détails : D'avoir, le ou vers le 4 septembre 1991, au 3902, 54 ^e avenue, à Grand Centre, en Alberta, ou près de cette adresse, été illégalement en possession des articles énumérés à l'Annexe B de l'acte d'accusation, qui constituent des biens publics.

The articles listed in Annex A were aircraft parts found in the appellant's knapsack as he was leaving Canadian Forces Base Cold Lake on his bicycle. The articles listed in Annex B were aircraft parts, costing some \$15,000, found in his home on execution of a search warrant obtained from a provincial court judge. The articles were admittedly Crown property and the appellant admitted that he had no authority for having removed them from the base. The appellant was acquitted on the first and second charges, the latter dismissed on a motion of no *prima facie* case. He was found guilty of the third. A punishment of a severe reprimand and a \$1,000 fine was imposed.

It is useful to note that the prosecution's original theory had been that the appellant had taken the parts with a view to adapting them for a large working model Spitfire he intended to build. That was

Les articles énumérés à l'Annexe A sont des pièces d'aéronef qui ont été trouvées dans le havresac de l'appelant au moment où il quittait à vélo la base des Forces canadiennes Cold Lake. Les articles énumérés à l'Annexe B sont des pièces d'aéronef, dont le coût s'élève à environ 15 000 \$, trouvées chez lui lors de l'exécution d'un mandat de perquisition décerné par un juge provincial. Il est admis que ces articles constituent des biens de la Couronne et l'appelant a reconnu qu'il n'avait pas l'autorisation de les emporter à l'extérieur de la base. L'appelant a été acquitté des deux premiers chefs d'accusation, le deuxième ayant été écarté sur présentation d'une requête pour absence de preuve *prima facie*. Il a été déclaré coupable de la troisième infraction. Comme peine, on lui a infligé un blâme et une amende de 1 000 \$.

Il convient de souligner que la poursuite prétendait à l'origine que l'appelant avait pris des pièces dans le but de les adapter à un grand modèle fonctionnel de Spitfire qu'il avait l'intention de construire. Cette

rejected. The appellant's explanation was that he had suspected a flaw in the landing gear assembly of the CF-5 and had taken the parts to reproduce an assembly so as to demonstrate that. The explanation was accepted. It appears that would have been lawful had he done it on the base or obtained permission to remove the parts to his home. The appellant, at the time of the trial, was 37 years old with 15 years' exemplary service.

The appellant has appealed the legality of his conviction, the legality of the sentence and, leave having been granted, the severity of the sentence.

GROUND OF APPEAL

At trial, the appellant advanced two pleas in bar of trial. He objected to the jurisdiction of the Standing Court Martial to try him, alleging, firstly, that the decision to proceed by Standing Court Martial violates rights guaranteed by sections 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, secondly, that there had been a fatal abuse of process in the use made of a statement he had made pursuant to article 109.03 of the *Queen's Regulations and Orders*, hereafter "*Q. R. & O.*". Both were rejected. He also objected to the validity of the search warrant. The learned President ruled that it was invalid and that the appellant's rights under section 8 of the *Charter* had been violated but, nevertheless, admitted the seized articles, listed in Annex B, into evidence. The President took judicial notice of the general obligation of Canadian Forces members not to expend or use costly public property for purposes not approved by proper military authority. In addition, not raised at trial, the appellant now submits that section 129 of the *Act* is so vague as to be unconstitutional and void and that the power of the convening authority to select the mode of trial also violates rights under section 15 of the *Charter*.

thèse a été rejetée. L'appellant a fourni une explication selon laquelle il soupçonnait que l'assemblage du train d'atterrissage des CF-5 comportait un défaut et il avait pris les pièces pour reproduire un assemblage de façon à en faire la démonstration. La Cour a accepté cette explication. La reproduction d'un assemblage par l'appellant aurait apparemment été légale s'il l'avait réalisée à la base ou s'il avait obtenu la permission d'emporter les pièces chez lui. Au moment du procès, l'appellant était âgé de 37 ans et avait accumulé 15 années de service exemplaire.

L'appellant a interjeté appel de la légalité de sa condamnation, de la légalité de la sentence et, après y avoir été autorisé, de la sévérité de la sentence.

LES MOYENS D'APPEL

Au procès, l'appellant a fait valoir deux fins de non-recevoir. Il a contesté la compétence de la Cour martiale permanente de le juger en se fondant sur deux arguments. Premièrement, il a prétendu que la décision de porter l'affaire devant la Cour martiale permanente portait atteinte aux droits que lui garantissent l'article 7 et l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deuxièmement, il a invoqué la commission d'un abus de procédure déterminant consistant en l'utilisation d'une déclaration qu'il avait faite en vertu de l'article 109.03 des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces armées*, ci-après appelés les "*O.R.F.C.*". Ces deux arguments ont été rejetés. L'appellant a également contesté la validité du mandat de perquisition. Le président a décidé que ce mandat n'était effectivement pas valide et que les droits garantis à l'appellant par l'article 8 de la *Charte* avaient été violés, mais il a néanmoins admis en preuve les articles saisis énumérés à l'Annexe B. Le président a pris judiciairement connaissance de l'obligation générale des membres des Forces canadiennes de ne pas utiliser des biens publics de grande valeur à des fins qui n'ont pas été approuvées par l'autorité militaire compétente. De plus, bien qu'il n'ait pas soulevé ces questions en première instance, l'appellant soutient maintenant que l'article 129 de la *Loi* est inconstitutionnel et nul pour cause d'imprécision et que le pouvoir de l'autorité convocatrice de choisir le mode de procès viole les droits que lui garantit l'article 15 de la *Charte*.

The foregoing are the bases of attacks on the legality of the conviction. The appellant also submits that the President applied incorrect principles of law in sentencing him and that the sentence is overly severe. I will deal with the grounds of appeal in the order they were argued.

Les arguments qui précèdent fondent la contestation de la légalité de la condamnation. L'appelant prétend par ailleurs que le président a appliqué des principes de droit erronés pour déterminer sa peine et que la sentence est trop sévère. J'examinerai les moyens d'appel dans l'ordre dans lequel ils ont été invoqués.

CONSTITUTIONALITY OF STANDING COURTS MARTIAL

The appellant challenges the constitutionality of Standing Courts Martial because of discretion provided a senior commander, who also appoints the prosecutor, to select that mode of trial. The attack is on pretrial procedures; it seems to me the argument could be applied equally to all modes of court martial where such a discretion exists.

LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA COUR MARTIALE PERMANENTE

L'appelant affirme que la Cour martiale permanente est inconstitutionnelle en raison du pouvoir discrétionnaire conféré à un commandant supérieur, qui nomme également le procureur de la poursuite, de choisir ce mode de procès. Cette contestation vise les étapes préliminaires; selon moi, cet argument pourrait aussi bien s'appliquer à toutes les formes de cours martiales lorsqu'un tel pouvoir discrétionnaire existe.

The types of court martial in immediate issue are Disciplinary Courts Martial, consisting of three lay officers advised by a legally qualified judge advocate, and Standing Courts Martial, consisting of a single, legally qualified officer. Punishments on conviction of service offences are provided by section 139(1) of the Act.² A Disciplinary Court Martial may impose a punishment no higher than dismissal with disgrace and a Standing Court Martial a punishment no higher than imprisonment for less than two years. A punishment may, in certain circumstances as here, consist of

Les formes de cours martiales directement visées par le litige sont la cour martiale disciplinaire, composée de trois officiers non juristes conseillés par un juge-avocat qualifié en droit, et la cour martiale permanente, composée d'un seul officier compétent en droit. Les peines prévues en cas de condamnation pour une infraction d'ordre militaire sont énoncées au paragraphe 139(1) de la Loi². La peine la plus sévère que peut imposer une cour martiale disciplinaire est la destitution ignominieuse. La compétence de la cour martiale permanente est limitée à une peine

² 139. (1) The following punishments may be imposed in respect of service offences:

- (a) death,
- (b) imprisonment for two years or more,
- (c) dismissal with disgrace from Her Majesty's service,
- (d) imprisonment for less than two years,
- (e) dismissal from Her Majesty's service,
- (f) detention,
- (g) reduction in rank,
- (h) forfeiture of seniority,
- (i) severe reprimand,
- (j) reprimand,
- (k) fine, and
- (l) minor punishments,

and each of the punishments set out in paragraphs (b) to (l) shall be deemed to be a punishment less than every punishment preceding it.

² 139. (1) Les infractions d'ordre militaire sont passibles des peines suivantes, énumérées dans l'ordre décroissant de gravité :

- a) mort;
- b) emprisonnement minimal de deux ans;
- c) destitution ignominieuse du service de Sa Majesté;
- d) emprisonnement de moins de deux ans;
- e) destitution du service de Sa Majesté;
- f) détention;
- g) rétrogradation;
- h) perte de l'ancienneté;
- i) blâme;
- j) réprimande;
- k) amende;
- l) peines mineures.

a combination of those prescribed and within the jurisdiction of the court martial to impose.

Some service offences may be tried summarily by commanding officers. If the charge is to be tried by court martial, the matter is referred to a superior commander called, for this purpose, a convening authority. If the convening authority agrees, a convening order is issued, designating the type of court martial. The convening authority also, with the concurrence of the Judge Advocate General, appoints the prosecutor. If a Disciplinary Court Martial is directed, sufficient eligible members and alternates are chosen by random selection by another officer called the appointment officer and a judge advocate is designated by the Chief Military Trial Judge. If a Standing Court Martial is directed, there is no judge advocate and the president is assigned by the Chief Military Trial Judge from among the eight appointed for fixed terms by authority of the Minister of National Defence. The convening authority has nothing to do with the choice of either members or judge advocate of a Disciplinary Court Martial or the president of a Standing Court Martial. An accused has the right to object to the president or any member of the court martial or the judge advocate. The present appellant was afforded that opportunity and did not object.

The provisions of the *Charter* invoked are:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

d'emprisonnement de moins de deux ans. Dans certaines circonstances, comme en l'espèce, la cour martiale peut infliger ensemble plusieurs peines prescrites, à condition de ne pas outrepasser sa compétence.

Certaines infractions d'ordre militaire peuvent être jugées par voie sommaire par des commandants. Si l'affaire doit être instruite par une cour martiale, elle est renvoyée à un commandant supérieur appelé, à cette fin, l'autorité convocatrice. Si l'autorité convocatrice est d'accord, elle délivre l'ordre de convocation qui désigne la forme de cour martiale choisie. L'autorité convocatrice nomme aussi le procureur de la poursuite, de concert avec le juge-avocat général. Si elle décide de convoquer une cour martiale disciplinaire, un autre officier, appelé l'officier autorisé à désigner, choisit au hasard un nombre suffisant de membres admissibles et de substituts; le juge militaire en chef désigne un juge-avocat. Si c'est une cour martiale permanente qui doit être constituée, il n'y a pas de juge-avocat et la charge de président est assignée par le juge militaire en chef à l'un des huit présidents nommés pour une durée déterminée sous l'autorité du ministre de la Défense nationale. L'autorité convocatrice ne participe d'aucune façon à la nomination de chacun des membres ou du juge-avocat d'une cour martiale disciplinaire ni à celle du président d'une cour martiale permanente. L'accusé a le droit de s'opposer à la nomination du président, de l'un quelconque des membres de la cour martiale ou du juge-avocat. En l'espèce, l'appelant a eu l'occasion de former une opposition, mais il ne l'a pas saisie.

Les dispositions de la *Charte* invoquées par l'appelant sont les suivantes :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit :

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

I recite paragraph 11(f) only to make clear that the right to trial by jury is expressly denied in the circumstances. That necessarily modifies the equality rights of a person charged under the Code of Service Discipline.

The appellant's *Charter* arguments assume that dismissal with disgrace is, in fact, no greater a punishment than imprisonment for less than two years. He also analogizes trial by Disciplinary Court Martial to trial by jury. It is submitted that a convening authority who chooses to limit the maximum potential sentence to less than two years has a choice between the jury equivalent Disciplinary Court Martial and the judge alone Standing Court Martial. That, in turn, is said to render it possible that a convening authority may choose between modes of trial on the basis of a perception of what may be more advantageous to the prosecution. It is acknowledged that, under section 568 of the *Criminal Code*, an Attorney General may override an accused's election of trial by judge alone and direct trial by jury but that is to be distinguished because the direction moves the trial to a "higher" mode. Nowhere in the civilian criminal justice system, it is said, can the "lower" mode of trial by judge alone be forced on an accused who has elected trial by jury.

A Standing Court Martial is obviously very like a civilian criminal trial by judge alone; it is a trial by judge alone for an offence, which might or might not be criminal in a civilian context, provided for by the Code of Service Discipline. A Disciplinary Court Martial does share characteristics of a civilian criminal jury trial; the members are the sole judges of fact and must accept the instruction of the judge advocate as to the law. It is also very different in many respects. For example, as will appear, the members may take judicial notice of matters peculiar to their community to a generous extent not permitted jurors;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Je reproduis l'alinéa 11f) uniquement pour souligner que le droit à un procès devant jury est expressément nié à l'accusé dans les circonstances. Cette disposition particulière modifie nécessairement les droits à l'égalité d'une personne accusée en vertu du code de discipline militaire.

Dans son argumentation fondée sur la *Charte*, l'appelant présuppose que la destitution ignominieuse est, en fait, une peine qui ne dépasse pas en sévérité un emprisonnement de moins de deux ans. Il établit également une analogie entre la procédure devant une cour martiale disciplinaire et un procès devant jury. Selon lui, l'autorité convocatrice qui choisit de limiter la peine maximum encourue à un emprisonnement de moins de deux ans peut opter soit pour une cour martiale disciplinaire, qui équivaut à un jury, soit pour une cour martiale permanente constituée d'un juge seul. Cette option donnerait à l'autorité convocatrice la possibilité de choisir, parmi différents modes de procès, celui qu'elle croit le plus avantageux pour la poursuite. On reconnaît que l'article 568 du *Code criminel* autorise le procureur général à écarter le choix d'un accusé de subir son procès devant un juge seul et à ordonner un procès devant jury, mais cette situation est bien différente, car le mode de procès imposé est «supérieur» à celui choisi à l'origine. Le système de justice criminelle civil ne permet jamais d'imposer un mode de procès «inférieur», c'est-à-dire un procès devant juge seul, à un accusé qui a choisi d'être jugé par un jury.

La procédure devant une cour martiale permanente présente de toute évidence de grandes similitudes avec un procès criminel civil devant un juge seul; il s'agit d'un procès tenu devant un juge seul relativement à une infraction prévue par le code de discipline militaire et qui pourrait être considérée ou non comme une infraction de nature criminelle dans le contexte civil. Une cour martiale disciplinaire et un procès criminel civil devant un jury ont certaines caractéristiques en commun; les membres de la cour sont seuls juges des faits et doivent suivre les directives du juge-avocat en ce qui a trait au droit. Par

they find guilt or acquit by majority vote and they, not the judge advocate, pass sentence. When the right to trial by jury is spoken of, it is trite to say that one is entitled to be found guilty by a jury of one's peers. Members of courts martial are historically commissioned officers; those they try are not necessarily their peers. It would be sterile to attempt an exhaustive catalogue of the similarities and dissimilarities. Courts martial are *sui generis*. Trial by Disciplinary Court Martial is not, in the military context, intended to be, nor is it, tantamount to trial by jury in the civilian context.

It is not the convening authority, who decides on the mode of court martial and appoints the prosecutor, that may deprive an accused of life, liberty and security of the person; the court martial itself may do that. It is likewise the court martial itself, not the convening authority, that must conduct a fair and public hearing and be independent and impartial. Persons making decisions relative to the laying and prosecution of charges must act according to the law but the law does not require their independence or impartiality.³ What is required of them is that they not act in a manner that may be seen, by a reasonable and informed person, as drawing the administration of justice into disrepute.

In my opinion, the existence and exercise of discretion by a convening authority to order a particular mode of court martial do not engage rights of the accused protected under sections 7, 11(d) or 15(1) of the *Charter*. Should, in a particular case, it be established that the discretion has been exercised for an

contre, ce sont deux procédures bien différentes à certains égards. Par exemple, comme le démontrent les explications données plus loin, les membres de la cour peuvent prendre judiciairement connaissance, dans une large mesure, de questions propres à leur milieu, ce qui n'est pas permis aux jurés; ils rendent un verdict d'acquiescement ou de culpabilité à la majorité et ce sont eux, plutôt que le juge-avocat, qui prononcent la sentence. Dans le cas d'un procès devant jury, il va sans dire que l'accusé a le droit d'être déclaré coupable par ses pairs. Or, les membres d'une cour martiale sont, historiquement, des officiers commissionnés; ils ne sont pas nécessairement les pairs de la personne qu'ils jugent. Il serait vain d'essayer de tracer un tableau complet des similitudes et des différences entre ces procédures. Les cours martiales sont des tribunaux *sui generis*. La procédure devant la cour martiale disciplinaire n'a pas été conçue pour équivaloir et n'équivaut effectivement pas, dans le contexte militaire, à un procès devant jury dans le contexte civil.

Ce n'est pas l'autorité convocatrice, qui décide du mode de procès et nomme le procureur de la poursuite, qui peut porter atteinte au droit de l'accusé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; c'est la cour martiale même qui peut le faire. C'est aussi la cour martiale, plutôt que l'autorité convocatrice, qui a l'obligation de tenir un procès public et équitable et d'agir comme un tribunal indépendant et impartial. Les personnes qui décident de porter des accusations et d'engager des poursuites doivent agir en conformité avec la loi, mais elles ne sont pas tenues en droit à l'indépendance et à l'impartialité³. Ce qu'on attend d'elles, c'est qu'elles agissent d'une manière qui ne soit pas susceptible de discréditer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable et bien informée.

À mon avis, l'existence et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'autorité convocatrice de choisir une forme particulière de cour martiale n'ont aucune incidence sur les droits garantis à l'accusé par l'article 7, l'alinéa 11d) et le paragraphe 15(1) de la *Charte*. Si, dans un cas particulier, il était établi que

³ *Re Balderstone et al. and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532. (Man. C.A.).

³ *Re Balderstone et al. and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3d) 532 (C.A. Man.).

improper purpose or motive, no doubt a remedy under section 24 can be devised. That is not this case.

VAGUENESS OF NATIONAL DEFENCE ACT SUBSECTION 129(1)

The Act provides:

129. (1) Any act, conduct, disorder or neglect to the prejudice of good order and discipline is an offence and every person convicted thereof is liable to dismissal with disgrace from Her Majesty's service or to less punishment.

I find no merit in the argument that this provision is so vague as to be unconstitutional. It was said in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*⁴ that

an unpermissibly vague law will not provide a sufficient basis for legal debate; it will not give a sufficient indication as to how decisions must be reached, such as factors to be considered or determinative elements.

What is, or is not, conduct or neglect to the prejudice of good order and discipline in the context of the Canadian Armed Forces is eminently amenable to legal debate. As with the *Criminal Code* offences of dangerous driving or mischief, for example, the offence appears vague only when stated in the abstract. It is not at all vague when the required particulars are properly provided with it.

THE ANNEX B EVIDENCE

The military policeman who swore the information to obtain the search warrant filled in the blanks in the form the way he had been taught, rather than with an accurate statement of the grounds upon which he believed the items listed in Annex B were likely to be found in the appellant's residence. The President concluded that the evidence had been obtained by a warrantless search but that the police had acted in good faith and that:

⁴ [1992] 2 S.C.R. 606 at 642; 74 C.C.C. (3d) 289 at 313.

ce pouvoir discrétionnaire a été exercé à des fins ou pour des motifs irréguliers, il serait certainement possible d'accorder réparation à l'accusé en vertu de l'article 24. Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce.

L'IMPRÉCISION DU PARAGRAPHE 129(1) DE LA LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE

La Loi dispose :

129. (1) Tout acte, comportement ou négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

Selon moi, l'argument voulant que cette disposition soit vague au point d'être inconstitutionnelle n'est pas fondé. Voici ce que dit l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*⁴ :

une loi d'une imprécision inacceptable ne fournit pas un fondement suffisant pour un débat judiciaire; elle ne donne pas suffisamment d'indication quant à la manière dont les décisions doivent être prises, tels les facteurs dont il faut tenir compte ou les éléments déterminants.

Ce qui constitue ou non un comportement ou une négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline dans le contexte des Forces armées canadiennes peut de tout évidence faire l'objet d'un débat judiciaire. Tout comme les infractions de conduite dangereuse et de méfait prévues au *Code criminel*, par exemple, cette infraction semble imprécise uniquement lorsqu'on en parle dans l'abstrait. Elle n'est pas imprécise du tout quand on donne convenablement toutes les précisions nécessaires à son égard.

LES ÉLÉMENTS DE PREUVE ÉNUMÉRÉS À L'ANNEXE B

Le policier militaire qui a signé la dénonciation pour obtenir le mandat de perquisition a rempli les espaces laissés en blanc sur la formule comme on le lui avait enseigné, plutôt qu'en énonçant avec précision les motifs qui le portaient à croire que les articles énumérés à l'Annexe B pourraient vraisemblablement être trouvés dans la résidence de l'appellant. Le président a conclu que ces éléments de preuve avaient été obtenus au moyen d'une perquisition effectuée sans mandat, mais que les policiers avaient agi de bonne foi et que :

⁴ 74 C.C.C. (3d) 289, à la page 313; [1992] 2 R.C.S. 606, à la page 642.

The evidence in question is real evidence which pre-existed the section 8 violation, it is not evidence emanating from Corporal Lunn generated by the section 8 violation.

The offences are serious offences, offences in which the public have a deep and vested interest in vindicating. While a Charter violation of itself brings some disrepute to the administration of justice, the real question is whether or not the admission of the fruits of this search, admittedly obtained in violation of section 8, could, or would tend to, bring the administration of justice into further disrepute.

Based on a careful examination of all of the evidence, and of a careful examination of the arguments of counsel, applying the standard of persuasion, on a balance of probabilities, I am not persuaded that in all of the circumstances admission into evidence of the fruits of the impugned search could or would tend to bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances of this case.

The President considered and, in my opinion, correctly applied the criteria of the pertinent jurisprudence.⁵ He did not err by admitting the evidence.

THE APPELLANT'S STATEMENT

When a commanding officer decides to refer a charge to a higher authority, he is required to cause a synopsis summarizing the circumstances and naming potential witnesses to be prepared for transmittal with the charge sheet. A copy of the synopsis is required to be delivered to the accused and, within 24 hours, the accused must be brought before the commanding officer. The *Q. R. & O.* provide:

109.03 ...

(2) The commanding officer shall ask the accused whether he wishes to make a statement respecting the circumstances disclosed in the synopsis, informing him that:

- (a) he is not obliged to make a statement;
- (b) if he makes a statement, it will be taken down in writing and, after being signed by the accused, will be forwarded to higher authority with other material relating to the charge; and
- (c) any written statement made by the accused under (b) of this paragraph will not be admissible as evidence at any trial.

(3) Any statement made by the accused under (2) of this article:

⁵ *R. v. Collins* (1989), 48 C.C.C. (3d) 343 (Ont. C.A.).

[TRADUCTION] Ces éléments de preuve sont des éléments de preuve réelle qui existaient avant que l'article 8 soit violé; ce ne sont pas des éléments de preuve émanant du caporal Lunn qui tirent leur origine de la violation de l'article 8.

Ces infractions sont des infractions graves, que le public a directement et vivement intérêt à réprimer. Bien qu'une violation de la Charte discrédite d'une certaine façon l'administration de la justice, la véritable question à trancher est celle de savoir si le fait d'admettre en preuve les éléments obtenus au moyen de cette perquisition, effectuée de l'aveu même de la poursuite en violation de l'article 8, discréditerait ou serait susceptible de discréditer davantage l'administration de la justice.

Après avoir examiné minutieusement tous les éléments de preuve et tous les arguments des avocats, en leur appliquant la norme de la prépondérance des probabilités, je ne suis pas convaincu, compte tenu de toutes les circonstances, que le fait de recevoir en preuve les éléments obtenus au moyen de la perquisition contestée discréditerait ou serait susceptible de discréditer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable, objective et bien informée de la situation.

Le président a considéré et a appliqué correctement, à mon avis, les critères posés par la jurisprudence pertinente⁵. Il n'a pas commis d'erreur en recevant ces éléments de preuve.

LA DÉCLARATION DE L'APPELANT

Lorsqu'un commandant décide de déférer une accusation à une autorité supérieure, il est tenu de préparer un sommaire énonçant succinctement les circonstances de l'infraction et nommant les témoins éventuels afin de le joindre à l'acte d'accusation. Une copie du sommaire est remise à l'accusé qui doit être amené devant le commandant dans un délai de 24 heures. Les *O.R.F.C.* prévoient :

109.03 ...

(2) Le commandant demande à l'accusé s'il désire faire une déclaration au sujet des circonstances que révèle le sommaire, le prévenant :

- (a) qu'il n'est pas obligé de faire une déclaration;
- (b) que, s'il fait une déclaration, elle sera prise par écrit et, l'accusé l'ayant signée, sera expédiée à l'autorité supérieure avec les autres documents relatifs à l'accusation; et
- (c) qu'aucune déclaration que l'accusé ferait par écrit conformément aux prescriptions de l'alinéa (b) du présent paragraphe ne sera admissible à aucun procès.

(3) Toute déclaration que fait l'accusé en vertu du paragraphe (2) du présent article :

⁵ *R. c. Collins* (1989), 48 C.C.C. (3d) 343 (C.A. Ont.).

(a) shall be a separate document not forming part of the synopsis; and

(b) shall not be admissible as evidence at any trial.

On January 6, 1992, the appellant provided such a statement in response to a synopsis dated December 3, 1991. The charges of the related charge sheet were not pursued. On March 31, 1992, the charge sheet upon which the Court Martial proceeded was delivered to the appellant. It was accompanied by a synopsis dated March 19, 1992.

The prosecutor admitted:

On [the second] synopsis were additional witnesses as opposed to the original synopsis. There were two additional witnesses one of which came to the attention of the prosecution from the statement. The other one was a result of the statement as well. As well in the synopsis which was delivered on the 19th of March 1992 the evidence of two prosecution witnesses in that synopsis had been reviewed and their indicated testimony added to.

The appellant sought a stay of proceedings on all charges.

The President found that the use of the statement to derive additional evidence in support of the charges had violated the appellant's rights under section 7 of the *Charter* but that it had not been an abuse of process. He excluded the derived evidence but declined to stay the proceedings.

The statement was not obtained from the appellant by coercion or entrapment. It was given voluntarily but it was used for an improper purpose by the prosecution. That use, as with much to do with this case, seems rooted in ineptitude and not bad faith. It was, in the circumstances, relatively easy to identify and exclude the improperly obtained evidence. The President was right to conclude that proceeding on that basis ought not to offend any reasonable and informed person's sense of fair play and decency. By so proceeding, the President did not permit the administration of justice to be brought into disrepute.

JUDICIAL NOTICE

The *Military Rules of Evidence* provide:

(a) constitue un document distinct ne faisant pas partie du sommaire; et

(b) n'est pas admissible à titre de preuve à aucun procès.

Le 6 janvier 1992, l'appellant a fait une déclaration en réponse au sommaire daté du 3 décembre 1991. Les accusations énoncées sur l'acte d'accusation auquel était joint ce sommaire n'ont pas donné lieu à des poursuites. Le 31 mars 1992, l'acte d'accusation qui a fondé la procédure devant la Cour martiale a été remis à l'appellant. Un sommaire daté du 19 mars 1992 l'accompagnait.

La poursuite a admis :

[TRADUCTION] Le [deuxième] sommaire nommait des témoins additionnels dont le premier sommaire ne faisait pas mention. Il y avait deux témoins additionnels. L'existence de l'un d'eux a été révélée à la poursuite par la déclaration. L'ajout de l'autre témoin découle également de la déclaration. De plus, la déposition de deux témoins de la poursuite nommés dans le sommaire a été révisée et la partie pertinente de leur témoignage a été ajoutée au sommaire remis le 19 mars 1992.

L'appellant a demandé la suspension de la procédure relativement à toutes les accusations.

Le président a conclu que l'utilisation de la déclaration de l'accusé afin d'obtenir des éléments de preuve additionnels à l'appui des accusations portait atteinte aux droits garantis à l'appellant par l'article 7 de la *Charte*, mais ne constituait pas un abus de procédure. Il a exclu la preuve ainsi obtenue, mais a refusé de surseoir à l'instance.

Cette déclaration n'a pas été obtenue de l'appellant par contrainte ou au moyen d'un piège. Elle a été faite volontairement, mais a été utilisée à une fin irrégulière par la poursuite. Cette utilisation est le fruit de la sottise et non de la mauvaise foi, comme c'est le cas de bien d'autres éléments de l'affaire. Dans les circonstances, il était relativement facile de repérer et d'exclure les éléments de preuve obtenus de façon irrégulière. Le président a eu raison de conclure que la poursuite de l'instance à ces conditions ne devrait pas choquer le sens de la justice et de la décence d'une personne raisonnable et bien informée. En procédant ainsi, le président n'a pas permis que l'administration de la justice soit discréditée.

LA CONNAISSANCE JUDICIAIRE

Les *Règles militaires de la preuve* prévoient :

16...

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

(a) all matters of general service knowledge;

The formalities prescribed by section 18 were fully met. The President took judicial notice of

the general obligation of Canadian Forces members not to expend or use costly public property for purposes not approved by proper military authority.

I cannot, with respect, accept the appellant's argument that, such a proposition being essentially a matter of law, it is not amenable to judicial notice and that it must be established that the matter had been subject of some express or overt advice, such as a standing or even a verbal order. I think it unnecessary to recite sections 17 and 18 but both use the expression "fact or matter" in referring to judicial notice taken under section 16 in a manner that clearly indicates the intention that "matters" not be limited to matters of pure fact.

THE SENTENCE

The President referred to deterrence, both personal to the appellant and of other members in context of the need to protect public property. He accepted that the appellant had wanted to demonstrate the flaw he perceived in the CF-5 landing gear and described him as

an overly exuberant but experienced tradesman, dedicated to his trade who allowed zeal to eclipse the exercise of sound judgment....

He took account of the appellant's cooperation with the police. He did not refer to rehabilitation. That was no error when rehabilitation was really not a factor. The President imposed what he considered to be the minimum sentence required to maintain discipline — a severe reprimand and a fine of \$1,000. I see no merit in the objections to the legality or severity of the sentence.

16...

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

^a a) toutes les questions comportant des connaissances militaires générales;

^b Les modalités prescrites par l'article 18 ont été intégralement respectées. Le président a pris judiciairement connaissance de :

[TRADUCTION] l'obligation générale des membres des Forces canadiennes de ne pas utiliser des biens publics de grande valeur à des fins qui n'ont pas été approuvées par l'autorité militaire compétente.

^c Je ne peux pas accepter la prétention de l'appellant portant qu'il s'agit là essentiellement d'une question de droit dont la Cour ne peut prendre judiciairement connaissance et qu'il doit être établi que cette question a fait l'objet d'un avis exprès ou public, notamment par voie de règlement ou même d'ordre verbal. Je ne crois pas nécessaire de reproduire les articles 17 et 18, mais ils contiennent tous les deux l'expression «un fait ou une question» relativement à la connaissance judiciaire permise à l'article 16, de sorte qu'il en ressort clairement l'intention de ne pas limiter les «questions» visées aux questions purement factuelles.

f LA SENTENCE

Le président a fait mention de l'effet dissuasif de la sentence, tant sur l'appellant que sur les autres membres des Forces canadiennes, compte tenu de la nécessité de protéger les biens publics. Il a cru que l'appellant voulait démontrer le défaut qu'il avait repéré dans le train d'atterrissage des CF-5 et l'a décrit comme

^h [TRADUCTION] un ouvrier trop exubérant mais expérimenté, qui était très consciencieux et qui a laissé son zèle l'emporter sur son jugement.

ⁱ Il a tenu compte de la coopération de l'appellant avec la police. Il n'a pas parlé de réadaptation. Cette omission n'est pas une erreur dans le cas où ce facteur n'est pas vraiment pertinent. Le président a infligé à l'accusé une peine qu'il considérait comme la peine minimale requise pour maintenir la discipline, savoir un blâme et une amende de 1 000 \$. Je suis d'avis que la contestation de la légalité et de la sévérité de la sentence ne sont pas fondées.

CONCLUSION

I would dismiss the appeal.

TRAINOR J.A.: I concur.

MALONE J.A.: I concur.

CONCLUSION

Je rejetterais l'appel.

LE JUGE TRAINOR, J.C.A. : Je souscris au jugement.

LE JUGE MALONE, J.C.A. : Je souscris au jugement.