

Brian D. Robertson

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

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

File No.: C.M.A.C. 171

Ottawa, Ontario, 28 November, 1983

Present: Dickson, Addy and McKenzie JJ.

On appeal from a conviction by Disciplinary Court Martial held at Canadian Forces Air Traffic Control Training Unit, Cornwall, Ontario, on 15 and 16 September, 1982.

Power of commanding officer to try accused — Commanding officer's discretion not to try accused and to refer the case to higher authority once the summary trial has commenced — National Defence Act, section 141 — O.R. & O, articles 108.25, 108.28 (before 10 January, 1983 amendment) and article 109.01 — Entitlement to counsel at summary trial — Right to equality before the law — Canadian Bill of Rights, paragraph 1(b) — Right to retain and instruct counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, paragraph 10(b).

An appeal of a conviction under section 80 of the *National Defence Act* of absence without leave.

Held: The appeal is dismissed.

The primary issue on appeal concerned the discretion of the Commanding Officer (CO), once he has commenced a summary trial, to adjourn the proceedings and refer the case to a higher authority for disposal by way of court martial. A second issue was whether or not members of the Canadian Forces are entitled to representation by counsel at a summary trial. The appellant's arguments, which were raised as well at his court martial by way of plea in bar, were as follows: that once the CO is satisfied that he is not precluded from trying an accused in accordance with subsection 141(1) of the *National Defence Act* and article 108.25 of the *Q.R. & O.* he is bound to commence the trial and proceed with it in accordance with paragraph 108.28(2) of the *Q.R. & O.*; further, that the CO's reliance on the CDS's instruction in referring the case to higher authority constituted an improper restriction on the CO's power to try the accused; and that failure to allow representation by civilian counsel at a summary trial constituted an infringement of the appellant's right to retain and instruct counsel as guaranteed by paragraph 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and a denial of his right to

Brian D. Robertson

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

^a c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

^b N° du greffe: T.A.C.M. 171

Ottawa (Ontario), le 28 novembre 1983

Devant: les juges Dickson, Addy et McKenzie

^c En appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale disciplinaire siégeant à l'unité d'entraînement des Forces canadiennes, contrôle de la circulation aérienne, de Cornwall
^d (Ontario), les 15 et 16 septembre 1982.

*Pouvoir de l'officier commandant de juger un accusé — Pouvoir discrétionnaire de l'officier commandant de ne pas juger un accusé et de déférer le cas à une autorité supérieure une fois que le procès par voie sommaire a commencé — Loi sur la défense nationale, article 141 — Ordonnances et règlements royaux, articles 108.25, 108.28 (avant la modification du 10 janvier 1983), 109.01 — Droit d'être représenté par avocat lors d'un procès par voie sommaire — Droit à l'égalité devant la loi — Déclaration canadienne des droits, alinéa 1b)
^e — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — Charte canadienne des droits et libertés, alinéa 10b).*

Appel d'une déclaration de culpabilité prononcée à l'égard d'une accusation d'absence sans permission, contrairement à l'article 80 de la *Loi sur la défense nationale.*

^g *Arrêt:* L'appel est rejeté.

^h La question principale soulevée par l'appel porte sur le pouvoir discrétionnaire d'un officier commandant d'ajourner les procédures, après le début d'un procès par voie sommaire, et de déférer le cas à une autorité supérieure pour qu'il soit tranché par une cour martiale. Une autre question consistait à déterminer si les membres des Forces canadiennes ont le droit d'être représentés par avocat lors d'un procès par voie sommaire. Invoquant les mêmes plaidoyers qui avaient été soulevés en cour martiale en vue d'obtenir l'arrêt des procédures, l'appelant a prétendu: que l'officier commandant, une fois qu'il est convaincu qu'il ne lui est pas impossible, aux termes du paragraphe 141(1) de la *Loi sur la défense nationale* (incorporé à l'article 108.25 des *O.R.F.C.*, de juger l'accusé, il est tenu d'ouvrir le procès et d'y procéder conformément au paragraphe 108.28(2) des *O.R.F.C.*; qu'en outre, le renvoi des accusations devant une autorité supérieure par l'officier commandant était irrégulier parce qu'il aurait été fondé sur une instruction inappropriée contenue dans une directive du chef de l'état-major de la défense; et que le défaut de permettre à l'appelant d'être représenté par un avocat civil au procès par voie sommaire

equality before the law pursuant to paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

It was the Court's view that article 108.25 of the *Q.R. & O.* is a duplication of section 141 of the *National Defence Act*, conferring on the CO the power to try an accused summarily. Nothing therein restricts the exercise of his power and his discretion not to try by way of summary trial, if he so chooses. Further, nothing in section 141 of the *National Defence Act* suggests that the CO must try the accused once he is satisfied that none of the obstructions stands in his way. Article 108.25 of the *Q.R. & O.*, as it read at that time, sets out the procedure requiring the CO to peruse the charge report prior to the commencement of the proceedings, with a view to ensuring that he is not precluded from trying the accused, pursuant to the statutory requirements of section 141. In the event where he finds himself so precluded, he must refer the case to higher authority for disposal. This Court found article 108.28 of the *Q.R. & O.* in complete harmony with the language of the Act as incorporated in article 108.25 of the *Q.R. & O.* The Court held that the proper procedure, having determined there is no obstruction, is for the Commanding Officer to have the accused brought before him and to commence the summary trial. During the course of this trial, should something arise to trigger the proper exercise of his discretion under article 108.25 in the direction of not continuing with the trial, he is free so to exercise it. The triggering event was the application by the accused for civilian counsel. The CO properly exercised his statutory discretion and referred the case to higher authority. Article 108.25 of the *Q.R. & O.* has since been amended. Currently, it spells out unequivocally the CO's discretion to refer a case to higher authority whenever he deems it appropriate to do so. But article 108.28 of the *Q.R. & O.* still envisages referral to higher authority before the commencement of the summary trial. The Court found nothing on the record to support the claim that the CO abdicated his discretion. It was satisfied that the CDS' instructions were consulted on a purely advisory basis.

On the issue of deprivation of right to counsel at summary trial, arising out of the service in the Forces, the Court held that such treatment did not fall within the types of discrimination enumerated in section 1 and, therefore, did not constitute denial of the rights to equality before the law as provided in paragraph 1(b) of the *Bill of Rights*.

In view of the finding on the first ground, it is the opinion of the Court that it is unnecessary to consider the *Charter* argument. However, in *obiter dictum* it offers the following observations. The right to retain and instruct counsel, as guaranteed by paragraph 10(b), arises only out of the loss of liberty through arrest and detention and does not pertain to the right to be represented by counsel at trial, irrespective of whether or not the powers of punishment of the Court include detention. The

constituait une violation du droit de l'appelant, aux termes de l'alinéa 10b) de la *Charte des droits et libertés*, d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, ainsi qu'une dénégation de son droit à l'égalité devant la loi prévue à l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

^a L'article 108.25 des *O.R.F.C.* reproduit l'article 141 de la *Loi sur la défense nationale* et donne à l'officier commandant le pouvoir discrétionnaire de juger ou de ne pas juger l'accusé par voie sommaire. Aucune restriction n'est imposée à son pouvoir discrétionnaire de ne pas juger par voie sommaire. Les seules restrictions à son pouvoir discrétionnaire touchent son pouvoir de juger. S'il existe un des empêchements qui y sont énumérés, alors il ne peut juger par voie sommaire. L'article ne dit nullement que l'officier commandant doit juger l'accusé lorsqu'il est convaincu qu'il n'existe aucun empêchement. L'article 108.28 des *O.R.F.C.*, selon son libellé en vigueur à l'époque, établit la procédure exigeant que l'officier commandant examine le procès-verbal d'accusation avant de commencer le procès afin de déterminer s'il ne lui est pas impossible de juger l'accusé par suite de l'existence de l'une des deux oppositions qui y sont énumérées. Si un tel empêchement existe, l'officier commandant doit déférer le cas à une autorité supérieure. Le Tribunal a jugé l'article 108.28 entièrement compatible avec l'article 108.25. Le Tribunal a conclu que selon la procédure appropriée, l'officier commandant, après avoir déterminé qu'il n'existe aucun empêchement, doit faire comparaître l'accusé devant lui et commencer le procès par voie sommaire. Au cours du procès, s'il survient quelque chose qui déclenche l'exercice approprié, en vertu de l'article 128.25, de son pouvoir discrétionnaire de ne pas continuer le procès, alors il est libre de l'exercer. La demande, formulée par l'accusé, d'être représenté par un avocat civil constitue l'événement qui a déclenché l'exercice du pouvoir discrétionnaire. L'officier commandant a exercé à bon droit le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi et a déferé le cas à une autorité supérieure. L'article 108.25 des *O.R.F.C.* a depuis été modifié. Dans sa version actuelle, il fait état, de manière non équivoque, du pouvoir discrétionnaire de l'officier commandant de déférer un cas à une autorité supérieure chaque fois qu'il estime approprié de le faire. Toutefois, l'article 108.28 des *O.R.F.C.* prévoit encore le renvoi de la cause à une autorité supérieure avant le début du procès par voie sommaire. De plus, le Tribunal a jugé que rien au dossier n'étayait l'argument selon lequel l'officier commandant aurait abdicé son pouvoir discrétionnaire. Le Tribunal s'est dit convaincu que les directives du chef de l'état-major de la défense n'avaient été examinées qu'à titre purement consultatif.

^h Relativement à la privation du droit à l'assistance d'un avocat dans un procès par voie sommaire résultant du service dans les Forces, le Tribunal a conclu qu'un tel traitement n'était pas visé par les cas de discrimination prévus à l'article 1 de la *Déclaration des droits* et ne constituait donc pas une dérogation des droits prévus à l'alinéa 1b) de la *Déclaration*.

ⁱ Compte tenu de la conclusion à l'égard du premier moyen, le Tribunal a jugé inutile d'examiner l'argument fondé sur la *Charte*. Le Tribunal formule toutefois les observations suivantes en *obiter dictum*. Le droit garanti par l'alinéa 10b) d'avoir recours à l'assistance d'un avocat ne s'applique qu'à la perte de liberté en cas d'arrestation ou de détention et ne se rattache pas au droit d'être représenté par un avocat lors d'un procès, sauf évidemment si le procès porte sur la validité d'une arrestation

exception arises where the validity of arrest or detention is at issue.

On the whole, the Court is satisfied that there has been no substantial miscarriage of justice and disallows the appeal under section 204 of the *National Defence Act*.

COUNSEL:

M.J. O'Connor, for the appellant
Lieutenant-Colonel S.H. Forster, CD, for the respondent

STATUTES AND REGULATIONS CITED:

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b)
Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act, 1982, as enacted by Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11, s. 10
National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 73, 80, 119, 141(1), 204
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Armed Forces, (1968 Revision), arts. 108.25, 108.28, 109.01

The following are the reasons for judgment delivered in English by

THE COURT: This is an appeal by an accused from his conviction by a Disciplinary Court Martial Board sitting at Cornwall, Ontario on September 15 and 16, 1982, for the offence of having been absent from his duties without authority for a 24-hour period on July 21-22, 1982. The essential ground of appeal is that a summary trial of the accused before his Commanding Officer on the charge on which he was subsequently convicted, and on certain other charges on which he was not subsequently convicted, was improperly terminated and that the accused was improperly referred to court martial for trial. The appellant also seeks, in effect, a declaration that an accused member of the Forces is entitled to be represented by civilian counsel at a summary trial before his Commanding Officer.

ou d'une détention. C'est le cas peu importe si la peine imposée par suite d'une déclaration de culpabilité à un procès peut comprendre l'arrestation ou une détention.

Concernant l'ensemble de l'appel, le Tribunal est convaincu qu'il n'y a pas eu d'erreur judiciaire importante et l'appel ne devrait pas être accueilli en application de l'article 204 de la *Loi sur la défense nationale*.

AVOCATS:

M.J. O'Connor pour l'appellant
Lieutenant-colonel S.H. Forster, DC, pour l'intimée

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS:

Charte canadienne des droits et libertés, Loi constitutionnelle, édictée par la Loi de 1982 sur le Canada 1982 (R.-U.), c. 11, art. 10
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, App. III, art. 1b)
Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 73, 80, 119, 141(1), 204
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces armées canadiennes, (Révision 1968), art. 108.25, 108.28, 109.01

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

LE TRIBUNAL: L'accusé interjette appel de la déclaration de culpabilité qu'une cour martiale disciplinaire siégeant à Cornwall (Ontario) les 15 et 16 septembre 1982 a prononcée contre lui relativement à l'infraction d'avoir été absent de son poste sans autorisation pendant une période de 24 heures les 21 et 22 juillet 1982. L'appel invoque essentiellement comme moyen que l'on aurait mis fin de manière incorrecte au procès de l'accusé par voie sommaire devant son commandant en vertu de l'accusation à l'égard de laquelle il a par la suite été déclaré coupable et en vertu de certaines autres accusations à l'égard desquelles il n'a pas été par la suite déclaré coupable, et que l'accusé aurait d'une manière irrégulière été renvoyé devant une cour martiale pour subir son procès. De plus l'appelant cherche à obtenir, en fait, une déclaration selon laquelle un accusé membre des Forces aurait le droit d'être représenté par un avocat civil à un procès par voie sommaire devant son commandant.

It is necessary to deal only briefly with the background circumstances leading to the charges laid against the accused. He was at all material times employed as an orderly room clerk with Canadian Forces Air Traffic Control Training Unit, Cornwall, Ontario, Canadian Regular Forces. In early June, 1982, the accused was referred to the National Defence Medical Centre at Ottawa for treatment of an injured knee. On June 29 he was discharged from the Centre and was, therefore, granted sick leave by his unit until and including July 19. He did not report for duty as required, on the morning of July 20.

His supervisor, having received on July 19 some indication that he was ill, instructed the accused on the 21st, through his wife with whom he lived in civilian quarters, to report to the base clinic at Kingston, Ontario on the morning of July 22 for medical examination and to be available to be transported by unit transport for that purpose. The instruction was repeated to the accused personally on the early morning of July 22. The accused refused to comply with the instruction on the ground that he was ill.

In consequence three charges were laid against the accused: firstly, that under section 73 of the *National Defence Act* he had disobeyed a lawful command of a superior officer in refusing to proceed to the base clinic at Kingston on July 22; secondly, that under section 119 of the Act he had been guilty of neglect to the prejudice of good order and discipline in failing on or about July 22 to inform the Administrative Supervisor of his unit of his medical circumstances; and thirdly, that he had, contrary to section 80 of the Act, absented himself without leave from 0800 hours on July 20 on the expiration of sick leave until 0800 hours on July 23.

At the Court Martial the second charge was, for reasons which are not here material, not proceeded with. The Court Martial Board acquitted the accused on the first charge. In respect of the third charge, the board determined that the accused had been absent without authority from 0800 hours on July 20 until 0800 hours on July 21 and made a corresponding special finding of guilty in respect

Il suffit de rappeler brièvement les circonstances qui sont à l'origine des accusations portées contre l'accusé. Il était commis du bureau d'administration à l'unité d'entraînement des Forces canadiennes, contrôle de la circulation aérienne, Cornwall, Ontario, Forces canadiennes régulières. Au début de juin 1982, l'accusé a été envoyé au Centre médical de la Défense nationale à Ottawa pour se faire traiter un genou blessé. Le 29 juin, il a reçu son congé du Centre et, par conséquent, son unité lui a accordé un congé de maladie jusqu'au 19 juillet inclusivement. Il ne s'est pas présenté au travail le matin du 20 juillet comme on le lui avait demandé.

Le surveillant de l'accusé qui avait reçu le 19 juillet une certaine indication selon laquelle il était malade, lui a fait savoir le 21 par l'entremise de sa femme avec laquelle il demeurait dans une résidence civile, qu'il devait se présenter à la clinique de la Base de Kingston (Ontario), le matin du 22 juillet pour subir un examen médical et qu'il devait être prêt à y être amené par un moyen de transport de l'unité. L'ordre a été répété à l'accusé personnellement tôt le matin du 22 juillet. L'accusé a refusé d'obéir à l'ordre pour le motif qu'il était malade.

Par conséquent, trois accusations ont été portées contre l'accusé: premièrement, aux termes de l'article 73 de la *Loi sur la défense nationale*, d'avoir désobéi à un commandement licitement donné par un officier supérieur lorsqu'il a refusé de se rendre à la clinique de la Base de Kingston le 22 juillet; deuxièmement, aux termes de l'article 119 de la Loi, de s'être rendu coupable de négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline lorsqu'il a omis le 22 juillet ou vers cette date d'informer le surveillant administratif de son unité de son état de santé; et troisièmement, contrairement à l'article 80 de la Loi, de s'être absenté sans permission de 8 h le 20 juillet au moment de l'expiration de son congé de maladie jusqu'à 8 h le 23 juillet.

La deuxième accusation a été abandonnée devant la Cour martiale pour des raisons qui ne sont pas pertinentes en l'espèce. La Cour martiale a acquitté l'accusé à l'égard de la première accusation. En ce qui a trait à la troisième accusation, la Cour a déterminé que l'accusé avait été absent sans autorisation de 8 h le 20 juillet à 8 h le 21 juillet et a formulé des conclusions spéciales de

of that charge. For his offence he was sentenced to a reprimand. At the hearing the accused himself testified, as did another witness called on his behalf. In the present appeal no exception has been taken by the accused as to the propriety of his conviction or the sentence imposed on the basis of the evidence, and for that reason the defences raised by him on the merits are not here relevant.

The accused had initially appeared for summary trial on the charges before a delegated officer of his unit. That officer had referred the matter over, as he was authorized to do, for trial before the unit's Commanding Officer. At the outset of the summary trial before the latter on August 16, 1982, the accused, an assisting officer on his behalf also being present, sought to be represented by civilian counsel. The Commanding Officer thereupon, and before any evidence was taken, adjourned the proceedings and referred the charges to the Commander Air Command, who was in the circumstances the next higher authority. The latter then, by order made on September 9, directed the accused to be tried by Disciplinary Court Martial.

At the Court Martial sitting the accused was represented not by civilian counsel but, with his approval and concurrence, by a defending officer assigned by the Office of the Judge Advocate General.

At the outset of the trial, three pleas in bar of the proceedings were raised by the defending officer. They were, firstly, that the Commanding Officer, having determined that he was not precluded under subsection 141(1) of the *National Defence Act* (as incorporated in article 108.25 of the *Queen's Regulations and Orders* promulgated under that Act) from trying the accused by summary trial and having exercised his discretion accordingly, was obliged to embark upon and proceed with the trial by reason of the provisions of paragraph 108.28(2) of the Regulations, and further, in the same regard, that the Commanding Officer had improperly referred the charges to higher authority because of what, as alleged, was an improper instruction contained in a direction circulated by the Chief of Defence Staff to do so

culpabilité correspondantes relativement à cette accusation. Pour son infraction, il a reçu une réprimande. À l'audience, l'accusé a témoigné lui-même tout comme un autre témoin qu'il a cité pour son compte. Dans le présent appel, l'accusé n'a soulevé aucune exception fondée sur la preuve quant au caractère approprié de sa déclaration de culpabilité ou de la peine qui a été infligée, et, pour ce motif, les moyens de défense qu'il a soulevés sur le fond ne sont pas pertinents en l'espèce.

L'accusé a d'abord comparu devant un officier délégué de son unité dans un procès par voie sommaire portant sur les accusations. Cet officier a renvoyé la question à un niveau supérieur comme il avait le pouvoir de le faire, pour que le procès ait lieu devant le commandant de l'unité. Au début du procès par voie sommaire devant ce dernier le 16 août 1982, l'accusé en présence d'un officier assistant, a demandé à être représenté par un avocat civil. Avant le début de la présentation de la preuve, le commandant a ajourné les procédures et a renvoyé les accusations devant le commandant du commandement de l'air qui dans les circonstances était l'officier supérieur suivant. Ce dernier a alors rendu une ordonnance le 9 septembre selon laquelle l'accusé devait subir son procès devant une cour martiale disciplinaire.

Devant la Cour martiale, l'accusé était représenté non pas par un avocat civil, mais, avec son approbation et son accord, par un officier chargé d'assurer sa défense qui avait été désigné par le Bureau du juge-avocat général.

Au début du procès, l'officier chargé d'assurer la défense a soulevé trois plaidoyers pour arrêter les procédures. Le premier portait que, le commandant ayant déterminé qu'il n'était pas empêché en vertu du paragraphe 141(1) de la *Loi sur la défense nationale* (qui est incorporé à l'article 108.25 des *Ordonnances et règlements royaux* adoptés en vertu de cette loi) de juger l'accusé par voie de procès sommaire et ayant exercé son pouvoir discrétionnaire en conséquence, était obligé de commencer le procès et de le poursuivre en raison des dispositions du paragraphe 108.28(2) des *Ordonnances* et, en outre sur le même sujet, que le renvoi des accusations devant une autorité supérieure était irrégulier parce qu'il aurait été fondé sur une instruction inappropriée contenue dans une directive du chef de l'état-major de la défense

when an accused sought to be represented by civilian counsel; secondly, that the accused was entitled by virtue of paragraph 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to be represented by counsel at the summary trial before the Commanding Officer; and thirdly, that paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* had been infringed by the denial of the right to counsel at the summary trial.

The Judge Advocate who officiated at the hearing and who had been authorized by the board under article 112.06 to rule upon questions of law and of mixed law and fact, heard argument upon the pleas and at the conclusion of argument ruled against the objections taken. The pleas raised constitute essentially the grounds of appeal in the present proceedings.

As to the first ground (or plea), the following regulations, contained within section 3 of Chapter 108 of *Q.R. & O.*, were in effect on August 16, 1982, the date on which the accused appeared before his Commanding Officer, and are therefore relevant:

Article 108.25

(1) Section 141 of the *National Defence Act* provides in part:

“141.(1) A commanding officer may in his discretion try an accused person by summary trial, but only if all of the following conditions are satisfied:

- (a) the accused person is either a subordinate officer or a man below the rank of warrant officer;
- (b) having regard to the gravity of the offence, the commanding officer considers that his powers of punishment are adequate;
- (c) the commanding officer is not precluded from trying the accused person by reason of his election . . . to be tried by court martial; and
- (d) the offence is not one that in regulations made by the Governor in Council the commanding officer is precluded from trying.”

(2) . . .

Article 108.28

(1) Before a commanding officer commences a summary trial, he shall peruse the charge report to determine whether he is precluded from trying the accused:

- (a) by reason of the accused's rank or status; or
- (b) because the commanding officer considers his powers of punishment to be inadequate having regard to the gravity of the alleged offence.

selon laquelle c'est ce qu'il faut faire lorsqu'un accusé demande à être représenté par un avocat civil. Le deuxième plaidoyer portait que l'accusé avait droit en vertu de l'alinéa 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'être représenté par un avocat au procès par voie sommaire devant l'officier commandant et le troisième portait qu'on avait violé l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* en lui niant le droit à un avocat au procès par voie sommaire.

Le juge-avocat en fonction à l'audience, qui est autorisé en vertu de l'article 112.06 à trancher les questions de droit et les questions mixtes de droit et de fait, a entendu l'argumentation relative aux plaidoyers, après quoi il a rejeté les oppositions qui avaient été présentées. Les plaidoyers soulevés constituent essentiellement les moyens d'appel en l'espèce.

Relativement au premier moyen (ou plaidoyer) les dispositions suivantes contenues à l'article 3 du chapitre 108 des *O.R.F.C.* étaient en vigueur le 16 août 1982, date à laquelle l'accusé a comparu devant son commandant, et sont par conséquent pertinentes:

Article 108.25

(1) L'article 141 de la *Loi sur la défense nationale* se lit en partie:

«141.(1) Un officier commandant peut, à sa discrétion, juger par voie sommaire un accusé, pourvu que toutes les conditions suivantes soient observées:

- (a) l'accusé doit être un officier en sous-ordre ou un homme d'un grade inférieur à celui de sous-officier breveté;
- (b) l'officier commandant doit estimer que ses pouvoirs de punition sont suffisants, eu égard à la gravité de l'infraction;
- (c) le choix que fait la personne accusée, . . . d'être jugée par une cour martiale ne doit pas empêcher l'officier commandant de juger l'accusé; et
- (d) l'infraction ne doit pas être de celles dont le jugement est, selon les règlements établis par le gouverneur en conseil, exclu de la compétence de l'officier commandant.»

(2) . . .

Article 108.28

(1) Avant de commencer un procès par voie sommaire, le commandant doit examiner le procès-verbal d'accusation afin de déterminer s'il lui est impossible de juger l'accusé

- a) en raison du grade ou du statut de l'accusé, et
- b) parce que le commandant estime ses pouvoirs de punition insuffisants étant donné la gravité de l'infraction présumée.

(2) When the commanding officer has determined that he is not precluded from trying the accused, he shall have the accused brought before him, accompanied by the assisting officer, if any, and shall proceed with the trial as prescribed in this section.

(3) When the commanding officer has determined that he is precluded from trying the accused, he shall not commence trial but shall refer the case to a higher authority, or to another commanding officer having greater powers of punishment.

(It should be noted that article 108.28 has since the date of the Court Martial been amended, but we are not here concerned with the amended version other than to note further that amendments to that article and other related articles now appear to state with greater particularity than was previously the case the circumstances in which a commanding officer could or should refer a charge to higher authority).

Article 108.25 reproduces section 141 of the Act and gives the Commanding Officer discretion to try or not to try the accused summarily. No limitation is imposed on his discretionary power not to try summarily. The only limitations on his discretion affect his power to try. If any of the enumerated obstructions stands in his way then he cannot try the accused summarily. Nothing in the article suggests that the Commanding Officer must try the accused once he is satisfied that none of the obstructions stands in his way.

By contrast article 108.28 is not part of the Act but a regulation only. It sets up the procedure requiring the Commanding Officer to peruse the charge report in advance of the trial to see if he is precluded from trying the accused because one of the two enumerated obstructions exists. Should he find such an obstruction then he cannot proceed summarily and he must not commence the trial but must refer the case to higher authority (paragraph 4).

This is entirely consistent with article 108.25 which has taken away any discretion to proceed summarily when either of these obstructions exists.

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

(2) Lorsque le commandant conclut qu'il ne lui est pas impossible de juger l'accusé, il doit le faire comparaître devant lui accompagné de l'officier assistant, s'il en est, et procéder au procès de la façon prescrite à la présente section.

(3) Lorsque le commandant conclut qu'il lui est impossible de juger l'accusé, il n'ouvre pas le procès mais défère le cas à une autorité supérieure ou à un autre commandant ayant de plus vastes pouvoirs de punition que les siens.

(Il faut remarquer que l'article 108.28 a été modifié depuis la date de l'audience devant la cour martiale, toutefois nous ne nous intéressons pas en l'espèce à la version modifiée si ce n'est que pour souligner que les modifications à cet article et autres articles connexes paraissent maintenant énoncer avec plus de détails qu'auparavant les circonstances dans lesquelles un commandant peut ou doit renvoyer une accusation à une autorité supérieure.)

L'article 108.25 reproduit l'article 141 de la Loi et donne au commandant le pouvoir discrétionnaire de juger ou de ne pas juger l'accusé par voie sommaire. Aucune restriction n'est imposée à son pouvoir discrétionnaire de ne pas juger par voie sommaire. Les seules restrictions à son pouvoir discrétionnaire touchent son pouvoir de juger. S'il existe une des oppositions qui y sont énumérées, alors il ne peut juger l'accusé par voie sommaire. L'article ne dit nullement que le commandant doit juger l'accusé lorsqu'il est convaincu qu'il n'existe aucune opposition.

Par contre, l'article 108.28 ne fait pas partie de la Loi mais seulement d'un règlement. Il établit la procédure exigeant que le commandant examine le procès-verbal d'accusation avant le procès pour voir s'il lui est impossible de juger l'accusé à cause de l'une des deux oppositions qui sont énumérées. S'il constate l'existence d'une telle opposition, il ne peut alors procéder par voie sommaire et ne doit pas commencer le procès mais doit renvoyer l'affaire à une autorité supérieure (paragraphe 4).

Cette disposition est entièrement compatible avec l'article 108.25 qui a enlevé tout pouvoir discrétionnaire de procéder par voie sommaire lorsqu'il existe l'une de ces oppositions.

Reste la question de savoir si le commandant doit terminer le procès par voie sommaire lorsqu'il a déterminé qu'il n'existait aucune opposition.

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

Article 109 01

A commanding officer shall apply to higher authority for the disposal of a charge, unless that charge has been dismissed or unless a finding has been pronounced at a summary trial under Chapter 108 (Summary Trials by Commanding Officers).

In our view the Commanding Officer properly exercised his discretion and followed proper procedures.

As to the suggestion raised on behalf of the appellant that the Commanding Officer had here not in fact exercised his own discretion but had merely followed a direction given in a CDS letter, that contention is not borne out by the evidence. The testimony of the Commanding Officer, given at the hearing of the pleas in bar, clearly establishes that his discretion was exercised under article 108.25 and that, while having regard to the contents of the letter, he considered it advisory only in nature and did not feel that the exercise of his discretion was in any way fettered or restricted by it.

Malgré le terme «doit» au paragraphe 2, nous sommes d’avis que ce n’est pas le cas. Selon la procédure appropriée, le commandant doit faire comparaître l’accusé devant lui et commencer le procès par voie sommaire. Au cours de ce procès, s’il survient quelque chose qui déclenche l’exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l’article 128.25, c’est-à-dire de NE PAS continuer le procès, alors il est libre de l’exercer. La demande, formulée par l’accusé, d’être représenté par un avocat civil, ce que le commandant n’était pas en mesure de lui accorder, constitue l’événement qui a déclenché en l’espèce l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Il a donc exercé à bon droit le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi et a renvoyé l’affaire devant une autorité supérieure. Il pourrait survenir d’autres événements susceptibles de déclencher l’exercice du pouvoir discrétionnaire au cours d’un procès par voie sommaire, par exemple si le commandant découvrirait qu’il avait un intérêt personnel dans le résultat ou si l’intérêt de la justice n’était pas servi s’il continuait le procès. L’un ou l’autre de ces événements pourrait justifier l’exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l’article 128.25. Il doit alors demander à une autorité supérieure de disposer de l’accusation en vertu de l’article 109.01 qui prévoit:

Article 109.01

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

À notre avis, le commandant a, à bon droit, exercé son pouvoir discrétionnaire et a suivi les procédures appropriées.

En ce qui concerne la proposition soulevée pour le compte de l’appelant selon laquelle le commandant n’a pas en fait exercé son propre pouvoir discrétionnaire mais a simplement suivi une directive donnée dans une lettre du chef de l’état-major de la défense, cet argument n’est pas confirmé par la preuve. Le commandant, dans son témoignage donné à l’audition des plaidoyers, établit clairement qu’il a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu de l’article 108.25 et que, tout en ayant tenu compte du contenu de la lettre, il ne l’a considéré qu’à titre consultatif et n’a pas senti que l’exercice de son pouvoir discrétionnaire avait été de quelque façon entravé ou limité par celle-ci.

Turning next to the third ground, it is in our view not apparent that any right of the accused under paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* has been infringed. That section provides:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

Deprivation of a right to have counsel at a summary trial arising out of service in the Forces could not in any way, having regard to the types of discrimination enumerated in the section, be considered a deprivation of any right conferred or maintained by that provision. One may note that the accused was in fact at the Court Martial represented by competent counsel — and by one completely acceptable to himself, for there has been no suggestion either in the record or in the course of argument on the appeal that the accused pursued his claim to representation by civilian counsel at the Court Martial hearing.

In view of our finding on the first ground it is strictly unnecessary to consider the second ground. We may, however, make certain limited observations. Section 10 of the *Charter* provides:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(a) to be informed promptly of the reasons therefor;

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and

(c) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

It is apparent, when paragraph (b) is read within the context of the whole section, that the right to retain and instruct counsel guaranteed by the section pertains only to such right in respect of loss of liberty through the arrest or detention itself, i.e. where judicial interim release may have been denied, and not to any right to be represented by counsel at a trial, unless of course the trial is one of an issue expressly concerning the validity of an arrest or a detention. That is so regardless whether or not the punishment imposed as a result of a conviction at trial may include arrest or detention.

Si l'on examine maintenant le troisième moyen, nous sommes d'avis qu'il n'est pas évident qu'un droit de l'accusé prévu à l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* ait été violé. Cet

a article prévoit:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

b

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

La privation du droit à l'assistance d'un avocat dans un procès par voie sommaire résultant du service dans les Forces ne peut d'aucune façon, compte tenu des genres de discrimination énumérés à l'article, être considérée comme la privation d'un droit conféré ou maintenu par cette disposition. Il faut souligner que, devant la cour martiale, l'accusé était en fait représenté par un avocat compétent et qu'il avait lui-même accepté; en effet, rien dans le dossier ni dans les débats en appel ne montre que l'accusé a continué à demander à être représenté par un avocat civil devant la cour martiale.

Compte tenu de notre conclusion à l'égard du premier moyen il est strictement inutile d'examiner le deuxième moyen. Toutefois nous pouvons faire certaines observations limitées. L'article 10 de la *Charte* prévoit:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

h

Il est évident, lorsqu'on lit l'alinéa b) avec l'ensemble de l'article, que le droit garanti par l'article d'avoir recours à l'assistance d'un avocat se rattache seulement à un tel droit relativement à la perte de liberté par l'arrestation ou la détention elle-même, c'est-à-dire lorsque la mise en liberté provisoire peut avoir été refusée, et non à tout droit d'être représenté par un avocat à un procès, à moins évidemment que le procès ne porte sur une question visant expressément la validité d'une arrestation ou d'une détention. C'est le cas peu importe si la peine infligée par suite d'une déclara-

Here, had the summary trial before the Commanding Officer proceeded, the issue would not have been the validity or propriety of any arrest or detention of the accused, but rather whether he was innocent or guilty of the charges in respect of which he was being tried.

As to the whole of the appeal we are satisfied, having regard to all the circumstances, that there has been no substantial miscarriage of justice and that the appeal should in any event be disallowed under section 204 of the *National Defence Act*.

tion de culpabilité à un procès peut comprendre l'arrestation ou la détention. En l'espèce, si le procès par voie sommaire s'était déroulé devant le commandant, la question en litige n'aurait pas porté sur la validité ou le caractère approprié de l'arrestation ou de la détention de l'accusé mais plutôt sur son innocence ou sa culpabilité relativement aux accusations à l'égard desquelles il subissait son procès.

En ce qui a trait à l'ensemble de l'appel, nous sommes convaincus, compte tenu de toutes les circonstances, qu'il n'y a pas eu d'erreur judiciaire importante et que, quoiqu'il en soit, l'appel devrait être rejeté en application de l'article 204 de la *Loi sur la défense nationale*.