

**Her Majesty the Queen**

**Sa Majesté la Reine**

*Appellant,*

*Appelante,*

v.

<sup>a</sup> c.

**James Reddick**

**James Reddick**

(Sergeant, Canadian Forces) *Respondent.*

<sup>b</sup> (Sergent, Forces canadiennes) *Intimé.*

INDEXED AS: R. v. REDDICK

RÉPERTORIÉ : R. c. REDDICK

File No.: CMAC 393

<sup>c</sup> N° du greffe : CACM 393

Heard: Ottawa, Ontario, 13 November, 1996

<sup>d</sup> Audience : Ottawa (Ontario), le 13 novembre 1996

Judgment: Ottawa, Ontario, 23 December, 1996

<sup>e</sup> Jugement : Ottawa (Ontario), le 23 décembre 1996

Present: Strayer C.J, Reed and Desjardins, J.J.A.

<sup>f</sup> Devant : le juge en chef Strayer, et les juges Reed et Desjardins, J.C.A.

On appeal from a decision of a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Chilliwack, British Columbia, on 26, 27 and 28 September, 1995.

<sup>g</sup> En appel d'une décision prononcée par une cour martiale permanente siégeant à la base des Forces canadiennes de Chilliwack (Colombie-Britannique), les 26, 27 et 28 septembre 1996.

*National Defence Act subsection 60(2) — Liability of former members to trial under the Code of Service Discipline — Subsection 60(2) constitutionally valid — Military nexus doctrine — No longer has the relevance or force which influenced many earlier decisions of the Court — Where Code of Service Discipline confers jurisdiction the onus is on the accused to demonstrate that the application of the Code would be unconstitutional.*

<sup>h</sup> *Paragraphe 60(2) de la Loi sur la défense nationale — Maintien du statut de justiciable des ex-membres des Forces quant à un procès tenu en vertu du code de discipline militaire — Le paragraphe 60(2) est constitutionnel — Théorie du lien avec la vie militaire — N'a plus la force ou la pertinence qui ont influencé de nombreuses décisions que la Cour a rendues par le passé — Lorsque le code de discipline militaire donne compétence, l'accusé a la charge de démontrer que l'application du code serait contraire à la Constitution.*

On June 15, 1995, the accused was charged with eight offences under the *National Defence Act*. Several of these offences would have also been punishable under the *Criminal Code* in a civilian court. On June 20 the accused elected trial by Court Martial. He was released from the Canadian Forces on June 29. The Standing Court Martial assembled on September 26, at which time the accused objected to its jurisdiction on the grounds that he was a civilian.

<sup>i</sup> Le 15 juin 1995, l'intimé a été accusé de huit infractions en vertu de la *Loi sur la défense nationale*. Plusieurs de ces infractions auraient également été punissables sous le régime du *Code criminel* devant un tribunal civil. Le 20 juin, l'accusé a choisi de subir un procès devant la cour martiale. Il a été libéré des Forces armées canadiennes le 29 juin. Les membres de la cour martiale permanente se sont réunis le 26 septembre, date à laquelle l'accusé a soulevé une exception d'incompétence au motif qu'il était un civil.

It was not in dispute that the accused was subject to the Code of Service Discipline at the time of the alleged commission of the offences. The Crown argued that the Standing Court Martial retained jurisdiction by virtue of subsection 60(2) of the *National Defence Act*. However, the President of the Standing Court Martial found that subsection 60(2) could not constitutionally apply to a civilian in the circumstances of the

<sup>j</sup> Il n'est pas contesté que l'accusé était assujéti au code de discipline militaire au moment de la présumée perpétration des infractions. La Couronne a soutenu que la cour martiale permanente demeurerait compétente en vertu du paragraphe 60(2) de la *Loi sur la défense nationale*. Toutefois, le président de la Cour martiale permanente a conclu que le paragraphe 60(2) ne pouvait constitutionnellement s'appliquer à un civil placé dans

accused. He held that Parliament's power over the "militia, military, and naval service, and defence", granted by head 91(7) of the *Constitution Act, 1867*, could not justify the assignment of jurisdiction by subsection 60(2) to the Standing Court Martial in respect of a civilian. Consequently, on September 28 the President upheld the accused Plea in Bar of Trial. The Crown appealed.

*Held:* Appeal allowed, new trial ordered.

The issue is whether subsection 60(2) of the *National Defence Act* can constitutionally extend to the trial of a civilian in the circumstances of the accused.

The President had concluded that subsection 60(2) could not constitutionally require the trial of civilians in military courts for offences such as *Criminal Code* offences which are also triable in civilian courts, since this would be an encroachment on head 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. However, in *MacKay v. The Queen* the Supreme Court of Canada held that Parliament does not encroach on head 92(14) in respect of the administration of criminal justice by a province where Parliament is legislating under a head other than 91(27), the criminal law power. The *National Defence Act* provisions with respect to service tribunals and service prosecutors are based on head 91(7), the national defence power, and therefore cannot be taken to encroach on provincial jurisdiction under head 92(14).

In addition, section 101 of the *Constitution Act, 1867*, supports the establishment of the Court Martial Appeal Court and also of courts martial.

If Parliament can provide special courts for the trial of offences which have a civilian equivalent triable in civilian courts, then *a fortiori* it can provide for the trial in military courts of purely military offences that have no civilian equivalent.

In the past the application of subsection 60(2) to a civilian has given rise to the "nexus" problem: that is, is there a sufficient connection with the needs of the military for a person now a civilian to be tried under military law and procedure for acts committed while in the military? The President of the Court Martial found that there was not a sufficient nexus to justify the prosecution of the accused for military offences while he was in service, relying principally on the decision of the Court Martial Appeal Court in *Rutherford v. The Queen*. However, it was not appropriate for the President to apply a nexus test or to base its application on the *Rutherford* criteria.

la situation de l'accusé. Il a en effet statué que le pouvoir conféré au Parlement par le paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur « la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays » ne pouvait, dans ces conditions, justifier l'attribution à la cour martiale permanente, par le paragraphe 60(2) de la *Loi*, d'une compétence sur un civil. Par conséquent, le 28 septembre, le président a accueilli l'exception d'incompétence soulevée par l'accusé concernant son procès. La Couronne a porté cette décision en appel.

*Arrêt :* Appel accueilli, nouveau procès ordonné.

La question est de savoir si l'on peut constitutionnellement étendre l'application du paragraphe 60(2) de la *Loi sur la défense nationale* au procès d'un civil placé dans la situation de l'accusé.

Le président a conclu que le paragraphe 60(2) ne pouvait constitutionnellement exiger la poursuite de civils devant des tribunaux militaires pour des infractions comme les infractions au *Code criminel* qui peuvent également être poursuivies devant les tribunaux civils, étant donné que cela constituerait un empiètement sur le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, la Cour suprême du Canada a statué que le Parlement n'empiète pas sur les pouvoirs conférés aux provinces par le paragraphe 92(14) en matière d'administration de la justice criminelle lorsqu'il légifère en vertu d'une autre rubrique que le paragraphe 91(27), qui lui donne compétence en matière de droit criminel. Les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* relatives aux tribunaux militaires et aux procureurs à charge militaires sont fondées sur le paragraphe 91(7), qui donne compétence au Parlement en matière de défense nationale, et on ne peut donc conclure que ces dispositions législatives empiètent sur la compétence conférée aux provinces par le paragraphe 92(14).

En outre, aux termes de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement a compétence pour établir une Cour d'appel de la cour martiale, ainsi que la cour martiale.

Si le Parlement peut créer des tribunaux d'exception chargés de connaître des infractions pour lesquelles un civil peut également être poursuivi devant les tribunaux de droit commun, il peut, *a fortiori*, autoriser des tribunaux militaires à connaître d'infractions purement militaires qui n'ont pas d'équivalent au civil.

Par le passé, on a parlé de la question de l'application du paragraphe 60(2) à un civil comme étant celle de l'existence d'un « lien ». En d'autres termes, existe-t-il un lien suffisant avec les besoins des Forces armées pour justifier de juger en vertu du droit et de la procédure militaires une personne qui est retournée à la vie civile, pour des actes qu'elle a commis alors qu'elle était dans les Forces armées? Le président de la cour martiale a jugé qu'il n'existait pas de lien suffisant pour justifier la poursuite de l'accusé pour les infractions militaires qu'il avait commises pendant qu'il était dans les Forces armées, en se fondant principalement sur l'arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale *Rutherford c. La Reine*. Toutefois, le président a eu tort d'appliquer un critère fondé sur l'existence d'un lien ou

de fonder l'application de celui-ci sur les critères établis dans l'arrêt *Rutherford*.

In the circumstances of this case, there was no *Charter* issue to which the *Rutherford* case was relevant. The President was faced with a division of powers issue as to the extent to which the application of the Code of Service Discipline to a civilian such as the accused was necessarily incidental to the exercise of Parliament's unquestioned jurisdiction over national defence as provided in head 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. A division of powers analysis starts with the presumption of validity of the legislation, in this case subsection 60(2), which on its face clearly applied to the accused. The onus was on the accused to demonstrate that the application of the law to him would not be necessarily incidental to the exercise of the national defence power or that it would in some way be colourable. The accused had not met this onus.

Dans les circonstances de l'espèce, il n'y avait pas de question relative à la *Charte* comme c'était le cas dans l'affaire *Rutherford*. La question qui se posait était une question de partage des pouvoirs quant à savoir dans quelle mesure l'application du code de discipline militaire à un civil comme l'accusé constituant un aspect nécessairement accessoire à l'exercice de la compétence non contestée accordée par le paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* au Parlement en matière de défense nationale. L'analyse de la question du partage des pouvoirs doit d'abord tenir compte de la présomption de validité dont jouit le texte de loi considéré, en l'espèce le paragraphe 60(2), qui s'applique de toute évidence à l'intimé. C'est à l'intimé qu'il incombe de démontrer que l'application de la loi à sa personne ne constituerait pas un aspect nécessairement accessoire du pouvoir de légiférer en matière de défense nationale ou qu'elle n'aurait, d'une certaine façon, que l'apparence de la légalité. L'intimé ne s'est pas acquitté de cette charge.

Emphasis should be placed on making the military justice system meet *Charter* standards within the special military context, and not on nexus type issues. Where an infringement of the *Charter* is found in military law or enforcement, and the Crown seeks to justify it under section 1 as a reasonable limit "in a free and democratic society", the Crown may have to demonstrate a proportionate relationship between a legitimate legislative object and the offending law or act. It is not useful to label this issue as one of "nexus" when similar issues arising outside the military context are not so described.

Il faut avant tout essayer de faire en sorte que le système de justice militaire satisfasse aux normes de la *Charte* dans le contexte spécial de la vie militaire, et l'on ne devrait pas accorder autant d'importance à des questions comme celles du lien. Si elle cherche à justifier une contravention à la *Charte* imputable au droit militaire ou à son application en affirmant que cette contravention constitue une limite raisonnable « dans le cadre d'une société libre et démocratique » au sens de l'article premier, la Couronne peut être tenue de démontrer qu'il existe un rapport proportionnel entre l'objectif législatif légitime et la loi ou le droit qui crée la contravention. Il n'est pas utile de qualifier cette question très spécialisée de question de « lien » alors que des questions semblables qui sont soulevées à l'extérieur du contexte militaire ne sont pas ainsi étiquetées.

The military nexus doctrine is superfluous and potentially misleading in a distribution of powers context. Moreover, the nexus concept in Canada was driven by an awareness of United States doctrines. The Constitutional provisions on which the U.S. doctrine is based are in many respects different from those of Canada. In addition, the U.S. Supreme Court has drastically reduced the restrictive impact of the nexus doctrine on military tribunals.

La théorie du lien est superflue et risque d'induire en erreur dans le contexte du partage des pouvoirs. En outre, le concept du lien au Canada s'inspire de théories élaborées aux États-Unis. Les dispositions constitutionnelles sur lesquelles les théories américaines reposent sont à de nombreux égards différentes de celles du Canada. De plus, la Cour suprême des États-Unis a réduit considérablement les incidences restrictives de la théorie du lien sur les tribunaux militaires.

The nexus doctrine no longer has the relevance or force which influences many of the earlier decisions of the Court. It can be put aside as distracting from the real issue which is one of the division of powers. In addressing that issue a Court Martial must start by considering whether the Code of Service Discipline gives it jurisdiction in the circumstances alleged in the charges. If so, it can presume that the Code, as part of the *National Defence Act*, is constitutionally valid unless the accused can demonstrate otherwise.

La théorie du lien ne possède plus la pertinence ou la force qui ont influencé bon nombre des décisions que la Cour a rendues par le passé. Elle peut d'ailleurs être écartée parce qu'elle distraie de la véritable question, qui en est une de partage des pouvoirs. Pour aborder cette question, la cour martiale doit commencer par se demander si le code de discipline militaire lui donne compétence compte tenu des circonstances relatées dans les accusations. Dans l'affirmative, elle peut présumer que le code, qui fait partie de la *Loi sur la défense nationale*, est valide sur le plan constitutionnel, sauf si l'accusé réussit à prouver le contraire.

In this case, the circumstances of the offences were within the terms of the Code of Service Discipline, and there was nothing to demonstrate that subsection 60(2) could not constitutionally apply to the accused even though he was a civilian at the time of trial. The prosecution of these offences is equally important to the maintenance of discipline and morale even if the accused has left the Armed Forces.

Accordingly, the appeal was allowed and a new trial is ordered.

#### COUNSEL:

*Lieutenant-Colonel Peter A. Tinsley and Major Edward Gallagher, for the appellant*  
*Lieutenant-Colonel Denis Couture, for the respondent*

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED:

*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c.11, ss. 1, 6, 7, 11(f), 15  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c.3 (U.K.) [R.S.C. 1985, App. II], ss. 91(7), 91(27), 92(14), 101  
*Constitution of the United States*, Article I, s. 8, clauses 13 to 16; Article II, s. 2, clause 1; Article III; Amendments 5 and 6  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 266  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 60(1) (as am. c.31 (1st Supp.), s. 60 (Sch.I, s. 30)), 60(2), 66 (as am. c.31 (1st Supp.), s. 45), 69 (as am. S.C. 1990, c.14, s. 7; 1991, c.43, s. 12; 1993, c. 34, s. 92), 70, 129, 130  
*Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1994 Revision), art. 4.09, 111.051, 111.06, 111.19 to 23, 111.37 to 42, 111.50 to 52, 112.05, 112.10, 112.14, 112.50, 112.54, 112.64, 113.11, 116.01, 204.22

#### CASES CITED:

*Catudal v. The Queen* (1985), 4 C.M.A.R. 338; 18 C.C.C. (3d) 189  
*Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597

En l'espèce, les circonstances entourant la perpétration des infractions reprochées tombaient sous le coup du code de discipline militaire, et rien ne démontre que le paragraphe 60(2) ne pouvait pas s'appliquer constitutionnellement à l'accusé malgré le fait qu'il était retourné à la vie civile au moment du procès. La poursuite de ces infractions n'a pas moins d'importance pour le maintien de la discipline et du moral parce que l'accusé a depuis quitté les Forces armées.

Par conséquent, l'appel a été accueilli et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée.

#### AVOCATS :

*Lieutenant-Colonel Peter A. Tinsley et Major Edward Gallagher, pour l'appelante*  
*Lieutenant-Colonel Denis Couture, pour l'intimé*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS :

*Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, chap. 11, art. 1, 6, 7, 11f), 15  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, chap. C-46, art. 266  
*Constitution des États-Unis d'Amérique*, Art. premier, section VIII, art. 13 à 16; Art. II, section II, art. premier; Art. III; les V<sup>e</sup> et VI<sup>e</sup> Amendements  
*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, App. III  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [L.R.C. 1985, App. II], art. 91(7), 91(27), 92(14), 101  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 60(1) (mod. par chap. 31 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 60, (ann. I, art. 30)), 60(2), 66 (mod. par chap. 31 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 45), 69 (mod. par L.C. 1990, chap.14, art. 7; 1991, chap. 43, art.12; 1993, chap. 34, art. 92), 70, 129, 130  
*Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (révision 1994) art. 4.09, 111.051, 111.06, 111.19 à 23, 111.37 à 42, 111.50 à 52, 112.05, 112.10, 112.14, 112.50, 112.54, 112.64, 113.11, 116.01, 204.22

#### JURISPRUDENCE CITÉE :

*Catudal c. La Reine* (1985), 4 C.A.C.M. 338; 18 C.C.C. (3d) 189  
*Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597

*MacDonald v. The Queen* (1983), 4 C.M.A.R. 277; 6 C.C.C. (3d) 551

*MacEachern v. The Queen* (1985), 4 C.M.A.R. 447; 24 C.C.C. (3d) 439

*MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370 <sup>a</sup>

*O'Callahan v. Parker* (1969), 395 U.S. 258

*R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259

*Rutherford v. The Queen* (1983), 4 C.M.A.R. 262

*Ryan v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 563 <sup>b</sup>

*Solorio v. U.S.* (1987), 483 U.S. 435

*U.S. v. Quarles* (1955), 350 U.S. 11

*MacDonald c. La Reine* (1983), 4 C.A.C.M. 277; 6 C.C.C. (3d) 551

*MacEachern c. La Reine* (1985), 4 C.A.C.M. 447; 24 C.C.C. (3d) 439

*MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370

*O'Callahan v. Parker* (1969), 395 U.S. 258

*R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259

*Rutherford c. La Reine* (1983), 4 C.A.C.M. 262

*Ryan c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 563

*Solorio v. U.S.* (1987), 483 U.S. 435

*U.S. v. Quarles* (1955), 350 U.S. 11

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

STRAYER C.J.:

#### INTRODUCTION

This is an appeal by the Crown against the decision of the President of a Standing Court Martial which terminated proceedings on all charges against the respondent on the basis that the Standing Court Martial lacked jurisdiction. The Crown also seeks an order for a new trial.

#### FACTS

The respondent joined the Canadian Forces in 1975. He was advised in May 1994 that he would be released for medical reasons as of June 4, 1995. His term of service was subsequently extended to July 4, 1995. On June 15, 1995 he was charged with eight offences which will be described below. On June 19, 1995 he appeared before his Commanding Officer and was given the right of election by Court Martial or Summary Trial. On June 20 he appeared again and elected trial by Court Martial. He was released from the Canadian Forces on June 29, 1995. The Standing Court Martial assembled on September 26 at which time the respondent objected to its jurisdiction, he then being a civilian. On September 28, 1995 the President of the Standing Court Martial made his determination that this Plea in Bar of Trial should succeed. This finding turned essentially on the fact that at the time of trial the respondent was a civilian. <sup>j</sup>

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

LE JUGE EN CHEF STRAYER :

#### INTRODUCTION

La Cour est saisie d'un appel interjeté par la Couronne de la décision par laquelle le président d'une cour martiale permanente a mis fin aux procédures portant sur toutes les accusations portées contre l'intimé au motif que la cour martiale permanente n'avait pas compétence. Sa Majesté sollicite également le prononcé d'une ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès. <sup>e</sup>

#### LES FAITS

L'intimé s'est enrôlé dans les Forces armées canadiennes en 1975. Il a été informé en mai 1994 qu'il serait libéré le 4 juin 1995 pour des raisons d'ordre médical. La durée de son service a par la suite été prolongée jusqu'au 4 juillet 1995. Le 15 juin 1995, il a été accusé de huit infractions qui seront décrites plus loin. Le 19 juin 1995, il a comparu devant son commandant et s'est vu accorder le droit de choisir de comparaître devant une cour martiale ou devant un tribunal d'instruction sommaire. Le 20 juin, il a comparu de nouveau et a choisi d'être jugé par un procès devant une cour martiale. Il a été libéré des Forces canadiennes le 29 juin 1995. Les membres de la cour martiale permanente se sont réunis le 26 septembre. L'intimé, qui était alors retourné à la vie civile, a alors soulevé une exception d'incompétence. Le 28 septembre 1995, le président de la cour martiale permanente a jugé cette exception bien fondée. Cette conclusion reposait essentiellement sur <sup>f</sup>

le fait qu'au moment du procès, l'intimé était un civil.

The eight offences with which he was charged involve six alleged incidents of sexual harassment practiced by the respondent, a male sergeant, on the same female corporal. These incidents were said to have occurred within the period of July 1994 to March 9, 1995, all at Canadian Forces Base Chilliwack, B.C., and all after he had been notified he would be released. Each of the alleged acts was the subject of a separate charge under section 129 of the *National Defence Act* as an act to the prejudice of good order and discipline. Two of the six alleged acts involved actual physical contact with the complainant and these were also made the subject of alternative charges under section 130 of the *National Defence Act* and section 266 of the *Criminal Code*: that is, they were charged as acts of assault which would be punishable under the *Criminal Code* in the civilian courts had they not been proceeded with under the *National Defence Act*.

Les huit infractions dont l'intimé était accusé concernent six incidents présumés de harcèlement sexuel dont l'intimé, qui était sergent, se serait rendu coupable envers la même caporale. Ces incidents se seraient produits au cours de la période allant de juillet 1994 au 9 mars 1995 à la base des Forces canadiennes de Chilliwack (C.-B.). Ils se sont tous produits après qu'il eut été avisé qu'il serait libéré. Chacun des actes reprochés a fait l'objet d'une accusation distincte en vertu de l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* en tant que conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline. Sur les six actes reprochés, deux concernaient des contacts physiques avec la plaignante; ces deux actes ont également fait l'objet d'accusations subsidiaires fondées sur l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* et l'article 266 du *Code criminel* : en d'autres termes, ils ont fait l'objet d'accusations à titre de voies de fait qui auraient été punissables sous le régime du *Code criminel* devant les tribunaux civils s'ils n'avaient pas fait l'objet d'une poursuite fondée sur la *Loi sur la défense nationale*.

It is not in dispute that the respondent was subject to the Code of Service Discipline at the time of the alleged commission of the offences, pursuant to subsection 60(1) of the *National Defence Act*. Although he had left the Canadian Forces after being charged, and after having elected trial by Standing Court Martial but before his trial, the Crown argued that the Standing Court Martial retained jurisdiction by virtue of subsection 60(2) of the *National Defence Act* which provides as follows:

Il est acquis aux débats que l'intimé était, aux termes du paragraphe 60(1) de la *Loi sur la défense nationale*, justiciable du code de discipline militaire au moment de la présumée perpétration des infractions. Sa Majesté soutient que, même si l'intimé avait quitté les Forces canadiennes après avoir été accusé et avoir choisi d'être jugé par une cour martiale permanente mais avant son procès, la cour martiale permanente demeurerait compétente en vertu du paragraphe 60(2) de la *Loi sur la défense nationale*, qui dispose :

60. . . .

60. . . .

(2) Every person subject to the Code of Service Discipline under subsection (1) at the time of the alleged commission by the person of a service offence continues to be liable to be charged, dealt with and tried in respect of that offence under the Code of Service Discipline notwithstanding that the person may have, since the commission of that offence, ceased to be a person described in subsection (1).

(2) Quiconque était justiciable du code de discipline militaire au moment où il aurait commis une infraction d'ordre militaire peut être accusé, poursuivi et jugé pour cette infraction sous le régime du code de discipline militaire, même s'il a cessé, depuis que l'infraction a été commise, d'appartenir à l'une des catégories énumérées au paragraphe (1).

### THE DECISION OF THE STANDING COURT MARTIAL

The President of the Standing Court Martial nevertheless found that subsection 60(2) could not constitutionally apply to a civilian in the circumstances of the respondent. In effect he held that Parliament's power over

Militia, Military and Naval Service, and Defence

as granted by head 91(7) of the *Constitution Act, 1867* could not justify the assignment by subsection 60(2) of the *National Defence Act* of jurisdiction to the Standing Court Martial in respect of a civilian in such circumstances. He did, however, conclude that such assignment would not violate any rights of the respondent under section 7, paragraph 11(f), or section 15 of the *Charter*.

As I understand the reasons of the learned President concerning the division of powers, he analyzed separately the grant of jurisdiction with respect to the trial of *Criminal Code* offences which are made military offences by section 130 of the *National Defence Act*, on the one hand, and the trial of purely military offences such as those proscribed in section 129 (acts to the prejudice of good order and discipline) on the other. With respect to the first category he concluded that the trial by court martial of a criminal offence adopted as a military offence by section 130 of the *National Defence Act* would, by virtue of section 66 of that *Act*, preclude a retrial in a civilian court. On that basis he concluded that such a trial of a civilian for a criminal offence, by court martial, would encroach on the provincial power granted in head 92(14) of the *Constitution Act, 1867* which grants authority to provincial legislatures in relation to

The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts.

### LA DÉCISION DE LA COUR MARTIALE PERMANENTE

Le président de la cour martiale permanente a néanmoins conclu que le paragraphe 60(2) ne pouvait constitutionnellement s'appliquer à un civil, compte tenu de la situation de l'intimé. Il a en effet statué que le pouvoir conféré au Parlement par le paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur

La milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays

ne pouvait, dans ces conditions, justifier l'attribution à la cour martiale permanente par le paragraphe 60(2) de la *Loi sur la défense nationale* d'une compétence sur un civil. Il a toutefois conclu qu'une telle attribution de compétence ne porterait atteinte à aucun des droits garantis à l'intimé par l'article 7, l'alinéa 11f) et l'article 15 de la *Charte*.

Si j'ai bien compris les motifs qu'il a énoncés au sujet du partage des pouvoirs, le président a analysé séparément l'attribution de compétence en ce qui concerne, d'une part, l'instruction des infractions au *Code criminel* qui sont assimilées à des infractions militaires aux termes de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* et, d'autre part, l'instruction d'infractions purement militaires comme celles qui sont prévues à l'article 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline). En ce qui concerne la première catégorie, le président a conclu que le fait pour une cour martiale d'instruire une infraction criminelle assimilée à une infraction militaire aux termes de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, empêcherait, en raison de l'article 66 de la même loi, la tenue d'un nouveau procès par un tribunal civil. Il a conclu pour cette raison que le fait de traduire devant une cour martiale un civil accusé d'avoir commis une infraction criminelle constituerait un empiètement sur les pouvoirs conférés aux provinces par le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui accorde aux législatures provinciales la compétence sur :

L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles devant ces tribunaux.

I take his reference to this head to be a reference to the power of provincial legislatures to provide for courts of criminal jurisdiction.

Further, the learned President held in respect of the trial of offences not triable by civil courts, namely (in this context) the charges under section 129 of acts to the prejudice and good order and discipline, that there was no encroachment on provincial jurisdiction but held that subsection 60(2) could not be applied to a civilian because its application would still exceed the jurisdiction of the Parliament of Canada to make laws in respect of national defence. In his view the question was whether the application of subsection 60(2) to a former member of the Canadian Forces, in respect of acts committed while in the Forces, was

... tied to the maintenance of discipline, morale or efficiency of those members remaining in the service.<sup>1</sup>

In adopting and applying this test he relied on the decision of this Court in *Rutherford v. The Queen*.<sup>2</sup> In that case the Court set aside the conviction of an appellant for certain offences allegedly committed while he was in the service but for which he was charged after he left the service. The Court found such a conviction to be contrary to section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The rationale was that the appellant, by being subject to charge and trial before a military tribunal on certain narcotic offences whereas other civilians would be subject only to civilian courts, was denied equality rights under section 15. The Court therefore then considered whether such a distinction was justifiable pursuant to section 1 of the *Charter* and concluded that it was not. The test of justification was stated as follows:

To what extent, in a free and democratic society, is it demonstrably justified to subject a former serviceman to military law? The answer must be: to the least extent dictated by

J'interprète le renvoi que le président a fait à ce paragraphe comme un renvoi au pouvoir des législatures provinciales de créer des tribunaux ayant compétence en matières criminelles.

a

En outre, le président a jugé, en ce qui concerne l'instruction des infractions dont les juridictions civiles ne peuvent connaître, à savoir (dans le présent contexte) les accusations portées en vertu de l'article 129 de la *Loi* en ce qui concerne une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline, qu'il n'y avait pas empiètement sur les pouvoirs des provinces. Il a toutefois jugé que le paragraphe 60(2) ne pouvait s'appliquer à un civil, parce que l'application de ce paragraphe dépasserait la compétence du législateur fédéral de légiférer en matière de défense nationale. À son avis, la question qui se posait était celle de savoir si l'application du paragraphe 60(2) à un ex-militaire, relativement à des actes commis alors qu'il était membre des Forces était

d

[TRADUCTION] ... liée au maintien de la discipline, du moral et de l'efficacité des membres demeurant au sein du service<sup>1</sup>.

e

Pour adopter et appliquer ce critère, le président s'est fondé sur la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Rutherford c. La Reine*.<sup>2</sup> Dans cette décision, la Cour a annulé la déclaration de culpabilité d'un appellant relativement à certaines infractions commises alors qu'il était membre des forces armées, mais dont il avait été accusé après avoir quitté l'armée. La Cour a conclu que cette déclaration de culpabilité allait à l'encontre de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le raisonnement qu'a suivi la Cour était que l'appellant avait été privé des droits à l'égalité que lui garantissait l'article 15 parce qu'il avait été accusé et jugé devant un tribunal militaire relativement à certaines infractions relatives à des stupéfiants, alors que d'autres civils n'étaient justiciables que des tribunaux civils. La Cour s'est ensuite demandée si cette distinction était justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* et elle a répondu par la négative. Voici en quels termes la Cour a énoncé le critère de la justification

f

g

h

i

Dans quelle mesure, peut-on justifier, dans une société libre et démocratique, l'assujettissement d'un ex-militaire au droit militaire? Il faut répondre : le moins possible, compte tenu des

<sup>1</sup> Record, page 283.

<sup>2</sup> (1983), 4 C.M.A.R. 262.

<sup>1</sup> Dossier, à la page 283.

<sup>2</sup> (1983), 4 C.A.C.M. 262.

disciplinary considerations essential to the maintenance of the morale and readiness of those remaining in the service. It is not enough to show that the civilian will entirely escape punishment or, in all likelihood, be punished less severely under the civil law. It must also be demonstrated that his escape from punishment, total or partial, will adversely affect "the general standard of discipline and efficiency of the service". . . .<sup>3</sup>

In applying that test in the present case, the learned President heard evidence from two experts called by the respondent. He concluded that this evidence demonstrated that

. . . discipline does not suffer if jurisdiction is lost as long as the process is served. These things blow over quickly in a unit as long as the legal process is commenced.<sup>4</sup>

He noted other, conflicting, opinions of non-experts in support of the Crown but, finding as he did that the onus was on the prosecution to justify the application of military law to a civilian in these circumstances, held that the evidence was not sufficiently strong in that direction. He concluded:

. . . I am unable to say that that division of opinion has demonstrated that the loss of military jurisdiction in this case will adversely affect the general standard of discipline and efficiency of the service.<sup>5</sup>

As a result the learned President held that the Standing Court Martial did not have jurisdiction because the provisions of subsection 60(2) of the *National Defence Act* could not constitutionally extend to the grant of jurisdiction to try a civilian in these circumstances.

The Crown seeks to have this decision set aside and to have a new trial ordered on the basis that a Standing Court Martial would have jurisdiction.

## ISSUE

The appellant has argued four grounds of appeal set out in paragraphs 17 to 20 of its factum as follows:

<sup>3</sup> *Ibid* at 268-269.

<sup>4</sup> Record, at page 287.

<sup>5</sup> *Ibid* at page 288.

impératifs d'ordre disciplinaire dictés par la nécessité de maintenir le moral et l'état de préparation des militaires. Il ne suffit pas de prouver que le civil échappera à toute forme de punition ou que, vraisemblablement, il sera puni moins sévèrement sous le régime du droit civil. Il faut aussi démontrer qu'en échappant totalement ou partiellement à une peine, il nuirait « au niveau général de discipline et d'efficacité des forces armées » . . .<sup>3</sup>

Pour appliquer ce critère au cas qui nous occupe, le président a entendu le témoignage des deux experts convoqués par l'intimé. Il a conclu qu'il ressortait de ces témoignages que

[TRADUCTION] . . . la discipline ne subit aucun préjudice s'il y a perte de compétence, à condition que le bref ait été signifié. Ces soubresauts s'apaisent rapidement au sein d'une unité, dès lors que l'instance est introduite.<sup>4</sup>

Le président a fait état d'autres avis contradictoires de non-experts, avis qui appuyaient la thèse de Sa Majesté, mais, comme il a conclu que c'était à la poursuite qu'il incombait de justifier l'application du droit militaire à un civil dans ces circonstances, il a jugé que les éléments de preuve en ce sens n'étaient pas assez solides et il a conclu en disant :

[TRADUCTION] Je suis incapable de dire qu'il ressort de ces avis contradictoires que la perte de compétence du tribunal militaire nuira en l'espèce au niveau général de discipline et à l'efficacité des forces armées.<sup>5</sup>

En conséquence, le président a statué que la cour martiale permanente n'était pas compétente, étant donné que l'application des dispositions du paragraphe 60(2) de la *Loi sur la défense nationale* ne pouvait constitutionnellement s'étendre à l'attribution d'une compétence pour juger un civil, eu égard aux circonstances en question.

Sa Majesté demande à la Cour d'annuler cette décision et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès au motif qu'une cour martiale permanente serait compétente pour entendre l'affaire.

## QUESTION EN LITIGE

L'appelante fait valoir les quatre moyens d'appel suivants, qui se trouvent aux paragraphes 17 à 20 de son mémoire :

<sup>3</sup>Idem, aux pages 268 et 269.

<sup>4</sup> Dossier, à la page 287.

<sup>5</sup> Idem, à la page 288.

17. That the President erred in law in finding that subsection 60(2) of the *National Defence Act* is *ultra vires* the Parliament of Canada.

18. That the learned President erred in law in using the criteria set out by this Honourable Court in *Rutherford v. The Queen* (1983) 4 C.M.A.R. 262 in the context of a Division of Powers analysis.

19. That the President erred in law in using the criteria set out by this Court in *Rutherford v. The Queen*, in this case wherein the Respondent was "charged and dealt with" while still a member of the Canadian Forces.

20. That, if the criteria set out by this Court in *Rutherford v. The Queen* were applicable to the case under appeal, the President erred in law in finding that the Appellant had failed to meet those criteria.

Essentially these may be reduced to one question: namely, can subsection 60(2) of the *National Defence Act* constitutionally extend to the trial of a civilian in these circumstances with respect to acts which are also offences under the *Criminal Code* and with respect to acts that are not offences under laws applicable to civilians? In answering this question I will deal with both the relevant criteria and the method of applying those criteria, matters raised in the grounds of appeal.

#### ANALYSIS

*Does subsection 60(2) offend head 92(14) of the Constitution Act, 1867 in respect of military offences based on civilian offences?*

The learned President concluded that subsection 60(2) could not constitutionally require the trial of civilians in military courts for offences such as Criminal Code offences which are also triable in civilian courts. He found this to be an encroachment on head 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. He also found it was not justified as necessarily incidental to the exercise of the national defence power under head 91(7) of that *Act* because there was no

[TRADUCTION]

17. Le président a commis une erreur de droit en concluant que le législateur fédéral n'avait pas compétence pour édicter le paragraphe 60(2) de la *Loi sur la défense nationale*.

18. Le président a commis une erreur de droit en utilisant les critères posés par la Cour dans la décision *Rutherford c. La Reine*, (1983) 4 C.A.C.M. 262, dans le contexte d'une analyse du partage des pouvoirs.

19. Le président a commis une erreur de droit en utilisant en l'espèce les critères posés par la Cour dans la décision *Rutherford c. La Reine* alors que l'intimé a été « accusé et jugé » alors qu'il était encore membre des Forces canadiennes.

20. Si les critères posés par la Cour dans la décision *Rutherford c. La Reine* s'appliquent à l'affaire portée en appel, le président a commis une erreur de droit en concluant que l'appelant ne satisfaisait pas à ces critères.

Ces moyens d'appel peuvent essentiellement se ramener à une seule question : peut-on constitutionnellement étendre l'application du paragraphe 60(2) de la *Loi sur la défense nationale* au procès d'un civil, eu égard aux circonstances de la présente affaire, relativement à des actes qui constituent également des infractions au *Code criminel* et relativement à des actes qui ne constituent pas des infractions à des lois applicables aux civils? Pour répondre à cette question, j'examinerai à la fois les critères pertinents et la façon d'appliquer ces critères, qui sont des questions que soulèvent les moyens d'appel.

#### ANALYSE

*Le paragraphe 60(2) va-t-il à l'encontre du paragraphe 92(14) de la Loi constitutionnelle de 1867 en ce qui concerne les infractions militaires fondées sur des infractions civiles?*

Le président a conclu que le paragraphe 60(2) ne pouvait constitutionnellement exiger la poursuite de civils devant des tribunaux militaires pour des infractions comme les infractions au Code criminel qui peuvent également être poursuivies devant les tribunaux civils. Il a conclu qu'il s'agissait là d'un empiètement sur le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a également conclu que cette exigence ne se justifiait pas en tant qu'aspect nécessairement accessoire de l'exercice des pouvoirs accordés au Parlement en matière de défense nationale par le paragraphe 91(7) de la *Loi*, étant donné

nexus or rational connection to the discipline of the service or serving members . . .<sup>6</sup>

I respectfully disagree on the first point. The President's rationale appears to be that because provincial legislatures are given jurisdiction over "the administration of justice in the province, including the constitution, maintenance and organization of provincial courts . . . of criminal jurisdiction . . ." it is *prima facie* unconstitutional for Parliament to provide for the trial of a civilian in a military tribunal for a matter which is also a Criminal Code offence. It was held by the Supreme Court in *MacKay v. The Queen*<sup>7</sup> that Parliament does not encroach on head 92(14) in respect of the administration of criminal justice by the province where it is legislating under a head other than 91(27), the criminal law power. Thus it was said in *MacKay*<sup>8</sup> that the *National Defence Act* provisions with respect to service tribunals and service prosecutors were based on head 91(7), the national defence power, and could not be taken to encroach on provincial jurisdiction under head 92(14).<sup>9</sup> Moreover under section 101 of the *Constitution Act, 1867* Parliament has jurisdiction "notwithstanding anything in this Act" (including, presumably head 92(14) to establish "additional courts for the better Administration of the Laws of Canada". This jurisdiction supports, *inter alia* the establishment of the Court Martial Appeal Court and also of courts martial.

[TRADUCTION] qu'il n'y a pas de lien ou de rapport logique entre l'infraction et la discipline au sein des forces ou des membres en service . . .<sup>6</sup>

Je ne suis pas d'accord avec le premier point. Il semble que le raisonnement du président soit que, parce que les législatures provinciales se voient accorder la compétence sur « l'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction . . . criminelle », il est de prime abord inconstitutionnel de la part du Parlement de permettre qu'un civil soit traduit devant un tribunal militaire pour un fait qui constitue également une infraction au Code criminel. Or, la Cour suprême du Canada a statué, dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*<sup>7</sup>, que le Parlement n'empiète pas sur les pouvoirs conférés aux provinces par le paragraphe 92(14) en matière d'administration de la justice lorsqu'il légifère en vertu d'une autre rubrique que le paragraphe 91(27), qui lui donne compétence en matière de droit criminel. Ainsi, la Cour a déclaré, dans l'arrêt *MacKay*<sup>8</sup>, que les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* relatives aux tribunaux militaires et aux procureurs à charge militaires étaient fondées sur le paragraphe 91(7), qui donne compétence au Parlement en matière de défense nationale, et qu'on ne pouvait conclure que ces dispositions législatives empiétaient sur la compétence conférée aux provinces par le paragraphe 92(14).<sup>9</sup> En outre, aux termes de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement a compétence « nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi » (y compris, vraisemblablement, le paragraphe 92(14)) pour établir « des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ». Cette compétence justifie notamment la création de la Cour d'appel de la cour martiale et des cours martiales.

With respect to the so-called nexus issue, I will deal with this below as it is also relevant to the validity of military prosecutions of civilians for purely

En ce qui concerne ce qu'on est convenu d'appeler la question du lien, je l'aborderai plus loin, étant donné qu'elle concerne également la validité des

<sup>6</sup> Record page 283.

<sup>7</sup> [1980] 2 S.C.R. 370 at 396-397.

<sup>8</sup> [1980] 2 S.C.R. 370.

<sup>9</sup> See also Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992) at 503. As for the general justification under the national defence power of a separate military justice system see also *Généreux v. The Queen* [1992] 1 S.C.R. 259 at 293-294.

<sup>6</sup> Dossier, à la page 283.

<sup>7</sup> [1980] 2 R.C.S. 370, aux pages 396 et 397.

<sup>8</sup> [1980] 2 R.C.S. 370.

<sup>9</sup> Voir également Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd., 1992), à la page 503. Quant à la justification générale, en vertu du pouvoir en matière de défense nationale, d'un système de tribunaux militaires distinct, voir aussi l'arrêt *Généreux c. La Reine*, [1992] 1 R.C.S. 259, aux pages 293 et 294.

military offences which have no equivalent in the *Criminal Code* or other laws normally enforced in civilian courts against civilians.

*Prima facie validity of subsection 60(2) in respect of purely military offences*

If, as concluded above, Parliament can provide special courts for the trial of offences which have a civilian equivalent triable in civilian courts, then *a fortiori* it can provide for the trial in military courts of purely military offences that have no civilian equivalent. This is relevant to six of the eight charges in the present case laid under section 129 of the *National Defence Act* involving acts to the prejudice of good order and discipline. These all involve alleged sexual harassment by the respondent, conduct which is contrary to a Canadian Forces Administrative Order which prescribes the policy against personal harassment.

*Application of subsection 60(2) to a civilian in these circumstances*

In the past this has often been referred to as the "nexus" problem: that is, is there a sufficient connection with the needs of the military for a person now a civilian to be tried under military law and procedure for acts committed while in the military?

Although the President of the Standing Court Martial did not have to deal with this question in respect of the two counts which also constituted *Criminal Code* offences, he having held subsection 60(2) to be *prima facie* invalid as applied to such counts, it is necessary for me to address this question in relation to all counts as I have held subsection 60(2) to be *prima facie* valid in respect of all of them.

procès militaires de civils pour des infractions purement militaires qui ne trouvent pas d'équivalent dans le *Code criminel* ou dans d'autres lois dont les contrevenants civils sont normalement traduits devant les tribunaux de droit commun.

*Validité apparente du paragraphe 60(2) en ce qui concerne les infractions purement militaires*

Si, comme nous l'avons déjà dit, le Parlement peut créer des tribunaux d'exception chargés de connaître des infractions pour lesquelles un civil peut également être poursuivi devant les tribunaux de droit commun, il peut, *a fortiori*, autoriser des tribunaux militaires à connaître d'infractions purement militaires qui n'ont pas d'équivalent au civil. Cette conclusion vaut pour six des huit accusations qui ont été portées en l'espèce en vertu de l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* et qui portent sur une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline. Cette conduite concerne l'ensemble des actes de harcèlement sexuel dont l'intimé se serait rendu coupable en violation de l'ordonnance administrative des Forces canadiennes qui renferme la politique interdisant le harcèlement sexuel.

*Application du paragraphe 60(2) à un civil dans le présent contexte*

Par le passé, on a souvent parlé de cette question comme étant celle de l'existence d'un « lien ». En d'autres termes, existe-t-il un lien suffisant avec les besoins des forces armées pour justifier de juger en vertu du droit et de la procédure militaires une personne qui est retournée à la vie civile pour des actes qu'elle a commis alors qu'elle était dans les Forces armées?

Bien que le président de la cour martiale permanente n'ait pas eu à traiter de cette question pour ce qui était des deux chefs d'accusation qui constituaient également des infractions au *Code criminel*, étant donné qu'il avait jugé que le paragraphe 60(2) était à première vue invalide si on l'appliquait aux chefs en question, il est nécessaire que j'aborde cette question en fonction de tous les chefs d'accusation, étant donné que j'ai conclu que le paragraphe 60(2) était de prime abord valide en ce qui concerne tous les chefs d'accusation.

The learned President, in finding that there was no sufficient nexus to justify the prosecution of this civilian for military offences committed while in the service, relied principally on the decision of this Court in *Rutherford v. The Queen*<sup>10</sup> discussed above. In considering there whether the denial of equality through trial by court martial might be justified under section 1 of the *Charter*, the Court said it would be necessary to demonstrate that any escape from punishment resulting from an absence of jurisdiction of a court martial would "adversely affect the general standard of discipline and efficiency of the service". The Court found that such had not been demonstrated.

Accordingly in the present case the learned President heard evidence on the question of whether escape from punishment of the respondent would "adversely affect the general standard of discipline and efficiency of the service" and found that it would not.

With respect I do not believe it was appropriate for the learned President to apply a nexus test or to base its application on the *Rutherford* criteria. It must first be observed that although the Court in *Rutherford* found that section 15 of the *Charter* was violated, therefore necessitating a resort to section 1 to determine whether such violation was justified, section 15 was not in force at the time of the offences, the charges, the convictions or the disposition of the appeal in the Court Martial Appeal Court. Further, this decision preceded the extensive jurisprudence on section 15 of which we now have the benefit. Most directly relevant now is the Supreme Court decision in *The Queen v. Généreux* where it was held that persons subject to military law do not belong to a category of persons enumerated in subsection 15(1) or to a category analogous thereto.<sup>11</sup> Because the Court in *Rutherford* found an infringement of section 15, however, it applied the test of section 1 to determine whether such an infringement was justified. These tests place the burden of proof on the Crown to prove

Pour conclure qu'il n'existait pas de lien suffisant pour justifier la poursuite de ce civil pour les infractions militaires qu'il avait commises alors qu'il était dans l'armée, le président s'est fondé principalement sur la décision susmentionnée que notre Cour a rendue dans l'affaire *Rutherford c. La Reine*<sup>10</sup>. Dans cette affaire, pour déterminer si l'atteinte au droit à l'égalité dont l'appelant avait été victime du fait qu'il avait été traduit devant une cour martiale pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*, la Cour a affirmé qu'il fallait démontrer que le fait pour un ex-militaire d'échapper totalement ou partiellement à une peine en raison de l'incompétence de la cour martiale, « nuirait au niveau général de discipline et d'efficacité des forces armées ». La Cour a conclu que cela n'avait pas été démontré dans l'affaire dont elle était saisie.

En conséquence, en l'espèce, le président a étendu des témoignages sur la question de savoir si, en échappant à une peine, l'intimé « nuirait au niveau général de discipline et d'efficacité des forces armées ». Il a conclu que tel ne serait pas le cas.

J'estime en toute déférence que le président a eu tort d'appliquer un critère fondé sur l'existence d'un lien ou de fonder l'application de celui-ci sur les critères posés dans la décision *Rutherford*. Il convient tout d'abord de faire observer que, bien que dans la décision *Rutherford*, la Cour ait statué qu'il y avait eu contravention à l'article 15 de la *Charte*, et qu'il fallait par conséquent recourir à l'article premier pour déterminer si cette contravention était justifiée, l'article 15 n'était pas en vigueur au moment des infractions, des accusations, des déclarations de culpabilité et du prononcé de la décision de la Cour d'appel de la cour martiale. Qui plus est, cette décision était antérieure à l'abondante jurisprudence sur l'article 15 dont nous bénéficions maintenant. La décision la plus pertinente en ce moment est l'arrêt *La Reine c. Généreux*, dans lequel la Cour suprême a statué que les personnes justiciables du droit militaire ne font pas partie de la catégorie de personnes visées au paragraphe 15(1) ni à aucune catégorie analogue<sup>11</sup>. Toutefois, comme elle a conclu dans la décision

<sup>10</sup> *Supra* note 2.

<sup>11</sup> [1992] 1 S.C.R. 259 at 310-311.

<sup>10</sup> Précitée, note 2.

<sup>11</sup> [1992] 1 R.C.S. 259, aux pages 310 et 311.

justification and it was in that context that Chief Justice Mahoney stated the test of justification as quoted earlier in these reasons. He found it had not been demonstrated that the charging and prosecution of a former member of the Armed Forces after his discharge was in those circumstances justified for the protection of discipline and efficiency of the forces.

It was wrong of the learned President to apply *Rutherford* in the present case because he himself found, correctly, that there was no Charter issue to which it could have been relevant. What he was faced with was a division of powers issue as to the extent to which the application of the Code of Service Discipline to a civilian such as the respondent was necessarily incidental to the exercise of Parliament's unquestioned jurisdiction over national defence as provided in head 91(7) of the *Constitution Act, 1867*.

A distribution of powers analysis here must start with the presumption of validity of the legislation,<sup>12</sup> particularly subsection 60(2) of the *National Defence Act* which, on its face, clearly applies to the respondent. The onus is thus on the respondent to demonstrate that in his particular circumstances the application of the law to him would not be necessarily incidental to the exercise of the national defence power or that it would in some way be colourable. In my view he has not done so. The evidence which he produced was certainly not adequate for that purpose. The only witnesses to whom the learned President attached much weight were two Chief Warrant Officers called as experts who purported to testify about whether the failure to complete the prosecution of a serviceman once he was discharged would cause discipline in the forces to suffer. The President observed that there was a difference of opinion as between the experts and some other witnesses and concluded (on the basis that the onus was on the prosecution) that he could not determine that the loss of jurisdiction in this case would "adversely affect

<sup>12</sup> See e.g. Hogg, *supra* note 9 at 390-391.

*Rutherford* qu'il y avait eu contravention à l'article 15, la Cour a appliqué le critère de l'article premier pour déterminer si cette contravention était justifiée. Ces critères font reposer sur la Couronne le fardeau de prouver que la contravention est justifiée et c'est dans ce contexte que le juge Mahoney a énoncé le critère de justification déjà cité dans les présents motifs. Il a conclu qu'il n'avait pas été démontré que l'accusation et la poursuite d'un ex-militaire après sa libération se justifiait, eu égard aux circonstances, par la protection de la discipline et l'efficacité des forces armées.

Le président a eu tort d'appliquer la décision *Rutherford* à la présente affaire, étant donné qu'il avait lui-même conclu, à bon droit, qu'aucune question relative à la *Charte* ne se posait. La question qui se posait en était une de partage des pouvoirs : il s'agissait en effet de déterminer dans quelle mesure l'application du code de discipline militaire à un civil comme l'intimé constituait un aspect nécessairement accessoire de l'exercice de la compétence non contestée accordée au Parlement par le paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière de défense nationale.

L'analyse de la question du partage des pouvoirs doit commencer en l'espèce par la présomption de validité dont jouit le texte de loi considéré<sup>12</sup>, particulièrement le paragraphe 60(2) de la *Loi sur la défense nationale*, qui s'applique de toute évidence à l'intimé. C'est à l'intimé qu'il incombe de démontrer que, compte tenu de sa situation particulière, l'application de la loi à sa personne ne constituerait pas un aspect nécessairement accessoire du pouvoir de légiférer en matière de défense nationale ou qu'elle serait d'une certaine façon illicite. À mon avis, l'intimé ne s'est pas acquitté de cette charge. Les éléments de preuve qu'il a produits n'étaient certainement pas suffisants. Les seuls témoignages auxquels le président a accordé beaucoup de valeur sont ceux des deux adjudants-chefs qui ont été cités à la barre comme experts et qui étaient censés témoigner au sujet de la question de savoir si le fait d'abandonner les poursuites intentées contre un militaire une fois qu'il a quitté l'armée nuirait à la discipline au sein des forces armées. Le président a fait remarquer que les experts et certains autres témoins divergeaient d'opinion à ce sujet et il

<sup>12</sup> Voir, par ex., Hogg, précité, note 9, aux pages 390 et 391.

the general standard of discipline and efficiency of the service". With respect, this was a conclusion based on a misconception of the burden of proof and on irrelevant evidence. Evidence such as this might conceivably be relevant in a determination under section 1 of the *Charter* as to whether subsection 60(2) is justified in a free and democratic society. But it was not relevant to a distribution of powers issue as to whether in the circumstances of this particular accused the law would have an unconstitutional effect or was colourable. Also, as already noted the onus is on the accused in a division of powers issue where the presumption of validity applies.

Indeed I think the nexus doctrine is superfluous and potentially misleading in a distribution of powers context. The basic issue in that context is whether legislation is clearly within the constitutional assignment of jurisdiction of its enactor, or at least necessarily incidental to the exercise of that jurisdiction. Parliament has sought to delimit the scope of military justice to that which is reasonably necessary to the exercise of its powers over defence and the armed forces. The *National Defence Act* limits in two important ways the application of subsection 60(2) to former service personnel. First there is the important limitation in section 70 which provides that a service tribunal shall not try any person for any of the serious offences listed in that section, if those offences are committed in Canada. This is an important limitation on subject-matter jurisdiction which will also exempt ex-service personnel from military trial for such offences. Further, section 69 requires that trials must be commenced in respect of service offences (other than mutiny, desertion or war crimes) within three years of their commission. This obviously places a time limit on when ex-service personnel can be tried after leaving the service. Parliament has thus struck a balance as to when civilians or civilian offences ought to be tried in courts martial. That definition is

a conclu (en partant du principe que la charge de la preuve incombait à la poursuite) qu'il ne pouvait pas conclure que la perte de compétence en l'espèce « nuirait au niveau général de discipline et d'efficacité des forces armées ». J'estime, en toute déférence, que cette conclusion repose sur une conception erronée de la charge de la preuve et sur des éléments de preuve non pertinents. On peut concevoir que de tels éléments de preuve pourraient être pertinents pour déterminer, sous le régime de l'article premier de la *Charte*, si le paragraphe 60(2) se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique. Mais ils ne sont pas pertinents dans le cas d'une question de partage des pouvoirs lorsqu'il s'agit de déterminer si, compte tenu de la situation de ce prévenu, le texte législatif aurait un effet inconstitutionnel ou s'il constitue une disposition législative illicite. Qui plus est, ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, dans le cas d'une question de partage des pouvoirs — dans laquelle la présomption de validité joue — c'est sur le prévenu que la charge de la preuve repose.

e Je crois d'ailleurs que la théorie du lien est superflue et qu'elle risque d'induire en erreur dans le contexte du partage des pouvoirs. La question fondamentale qui se pose dans ce contexte est celle de savoir si le texte législatif entre manifestement dans le champ de compétence de l'autorité qui l'a édicté ou s'il constitue à tout le moins un aspect accessoire de l'exercice de cette compétence. Le Parlement a essayé de définir le champ d'application de la justice militaire en le limitant à ce qui est raisonnablement nécessaire pour l'exercice de ses pouvoirs en matière de défense et de forces armées. La *Loi sur la défense nationale* limite de deux façons importantes l'application du paragraphe 60(2) aux ex-militaires. En premier lieu, on trouve une importante limitation à l'article 70, qui prévoit que les tribunaux militaires n'ont pas compétence pour juger une personne accusée de l'une des infractions graves qui sont énumérées à cet article, si ces infractions sont commises au Canada. Il s'agit là d'une importante restriction apportée à la compétence sur des sujets déterminés, qui soustrait également les ex-militaires à tout procès militaire pour de telles infractions. De plus, l'article 69 prévoit que tout procès devant un tribunal militaire pour une infraction d'ordre militaire (autre que la mutinerie, la désertion ou les crimes de guerre) doit commencer

entitled to the presumption of validity and there is no onus on the Crown to prove a "nexus" based on some other criteria.

Given the references to the nexus concept in the past jurisprudence of this Court, however, it may be useful to review its origins and to determine if they are still relevant. The requirement of a "real military nexus" was perhaps first enunciated in *R. v. MacDonald*.<sup>13</sup> In that case the Court found a nexus apparently on the basis of judicial notice, so that a serviceman could be charged under military law for traffic in narcotics based on a sale to another serviceman even though this occurred off the base. The right and duty of the military command to deal with such drug use was said to be clear and no particular evidence was required. On the other hand in *R. v. Catudal*<sup>14</sup> this Court found no such nexus as to justify a military prosecution of a serviceman for setting a fire at a privately-owned motel. Again there was no indication of any evidence on the existence of a nexus. In *R. v. MacEachern*<sup>15</sup> this Court did find a sufficient nexus so as to justify prosecution of a seaman for possession of marijuana while away from a military establishment. The Court considered all the circumstances of the offence in finding a sufficient military connection. While the earlier decisions referred to above had not articulated any constitutional basis for the nexus requirement, in *MacEachern* the panel attributed this requirement to the reasons of McIntyre J. in the Supreme Court in the *MacKay*<sup>16</sup> case. (It is perhaps worth noting that McIntyre J. wrote for the minority in *MacKay* and he articulated the requirement that a military offence to be valid must be such as "to affect the general standard of discipline and efficiency".<sup>17</sup> This was a test designed to justify special treatment of military personnel notwithstanding the *Canadian*

dans les trois ans qui suivent sa perpétration. Cet article limite de toute évidence la période au cours de laquelle les ex-militaires peuvent être jugés après avoir quitté l'armée. Le Parlement a donc trouvé le juste milieu en ce qui concerne les délais dans lesquels des civils ou des infractions d'ordre civil peuvent être jugés devant une cour martiale. Cette définition doit bénéficier de la présomption de validité et Sa Majesté n'est pas tenue d'établir l'existence d'un « lien » sur le fondement d'autres critères.

Compte tenu toutefois du fait que notre Cour a déjà mentionné le concept du lien dans ses décisions antérieures, il peut être utile d'en retracer les origines et de se demander s'il est encore pertinent. C'est peut-être dans la décision *R. c. MacDonald*<sup>13</sup> qu'a été énoncée pour la première fois la nécessité d'un « lien véritable avec la vie militaire ». Dans cette décision, la Cour a vraisemblablement conclu à l'existence d'un lien sur le fondement de sa connaissance d'office, de sorte qu'un militaire a pu être accusé en vertu du droit militaire de trafic de stupéfiants sur le fondement de la vente de stupéfiants à un autre militaire et ce, même si ce fait s'était produit à l'extérieur de la base. La Cour a déclaré que le droit et le devoir du commandement militaire en ce qui concerne la répression de cet usage de drogues étaient évidents et qu'aucune preuve particulière n'était nécessaire. Par contre, dans la décision *R. c. Catudal*<sup>14</sup>, notre Cour a conclu qu'il n'existait pas de tel lien qui aurait justifié la poursuite d'un militaire devant les tribunaux militaires pour avoir mis le feu à un motel appartenant à un particulier. Là encore, rien ne permet de penser que des éléments de preuve ont été présentés au sujet de l'existence d'un lien. Dans la décision *R. c. MacEachern*<sup>15</sup>, notre Cour a conclu à l'existence d'un lien suffisant pour justifier la poursuite d'un marin pour possession de marijuana alors qu'il se trouvait à l'extérieur d'un établissement militaire. La Cour a tenu compte de l'ensemble des circonstances entourant la perpétration de l'infraction pour conclure à l'existence d'un lien suffisant avec la vie militaire. Bien que, dans les décisions antérieures susmentionnées, la Cour n'ait pas invoqué de raisons d'ordre

<sup>13</sup> (1983), 6 C.C.C.(3d) 551 at 555.

<sup>14</sup> (1985), 18 C.C.C.(3d) 189.

<sup>15</sup> (1985), 24 C.C.C.(3d) 439.

<sup>16</sup> *Supra* note 8.

<sup>17</sup> *Ibid* at 410.

<sup>13</sup> (1983), 6 C.C.C. (3d) 551, à la page 555.

<sup>14</sup> (1985), 18 C.C.C. (3d) 189.

<sup>15</sup> (1985), 24 C.C.C (3d) 439.

*Bill of Rights* and it was not one adopted by the Court as a whole. But the *Canadian Bill of Rights* was not involved in the *MacEachern* case which purported to follow this minority view in *MacKay*). Finally among the leading modern cases on nexus is that of *Ryan v. The Queen*.<sup>18</sup> In that case the accused had been charged with three offences committed while on service in Germany and the fourth was alleged to involve sexual relations with a female person under the age of 14 in Nanaimo, B.C. The Court affirmed that it was now established that for a military court to have jurisdiction to try a member of the Armed Forces for an offence normally triable by a civilian court there must exist a nexus between the offence that was committed and the military. The authorities cited for this were *MacKay*, *MacDonald*, *Catudal*, and *MacEachern* as discussed above. The Court concluded that such a requirement does not apply to offences committed by members of the forces while serving outside of Canada "because other considerations then support the jurisdiction of the military courts . . ." those factors then being described. The Court went on to state:

constitutionnel pour justifier la nécessité d'un lien, dans l'arrêt *MacEachern*, la Cour a conclu que cette exigence découlait des motifs prononcés par le juge McIntyre de la Cour suprême dans l'arrêt *MacKay*<sup>16</sup>. (Il vaut peut-être la peine de noter que le juge McIntyre écrivait pour la minorité dans l'arrêt *MacKay* et qu'il a précisé que, pour être valable, une infraction militaire doit « influencer sur le niveau général de discipline et d'efficacité »<sup>17</sup>. Ce critère visait à justifier le traitement spécial auquel le personnel militaire était assujéti malgré la *Déclaration canadienne des droits* et il n'a pas été retenu par l'ensemble de la Cour. Mais la *Déclaration canadienne des droits* n'était pas en cause dans l'affaire *MacEachern*, dans laquelle le tribunal a prétendu se rallier à l'opinion minoritaire dans l'arrêt *MacKay*). Finalement, parmi les décisions de principe modernes sur la question du lien, il convient de mentionner la décision *Ryan c. La Reine*<sup>18</sup>. Dans cette affaire, le prévenu était accusé de trois infractions commises alors qu'il était en service en Allemagne et d'une quatrième, qui portait sur des relations sexuelles avec une personne de sexe féminin de moins de 14 ans à Nanaimo (C.-B.). La Cour a affirmé qu'il était maintenant de jurisprudence constante que, pour qu'un tribunal militaire ait compétence pour juger un membre des Forces armées pour une infraction qui ressortissait normalement aux tribunaux de droit commun, il fallait qu'il y ait un lien entre l'infraction commise et l'armée. À l'appui de cette proposition, la Cour a cité les décisions *MacKay*, *MacDonald*, *Catudal* et *MacEachern* précités. La Cour a conclu que cette condition ne s'appliquait pas aux infractions commises par les membres des Forces canadiennes en poste à l'extérieur du Canada « parce que d'autres considérations justifient alors la compétence des tribunaux militaires ». La Cour a expliqué ces facteurs et a poursuivi en déclarant :

With respect to the offences committed in Nanaimo, the Court's jurisdiction depended on the existence of the military nexus. There was no evidence before the Court disproving its existence. On the other hand, there was no indication that it in fact existed: the offence, in itself, had no relation to the military, and the circumstances in which it had been committed, insofar as they were known, did not point to the existence of such a relationship. It was, therefore, impossible to determine

En ce qui concerne les infractions commises à Nanaimo, la compétence de la Cour était subordonnée à l'existence d'un lien entre la vie militaire et l'infraction. Aucun élément de preuve n'a été produit en Cour pour réfuter l'existence de ce lien. En revanche, rien n'indiquait que ce lien existait dans les faits : l'infraction en elle-même n'était pas liée à la vie militaire, et les circonstances dans lesquelles elle avait été commise, du moins ce qu'on en connaissait, ne laissaient pas à

<sup>18</sup> (1987), 4 C.M.A.R. 563.

<sup>16</sup> Précité, note 8.

<sup>17</sup> Idem, à la page 410.

<sup>18</sup> (1987), 4 C.A.C.M. 563.

whether the Court had or lacked jurisdiction. In those circumstances, the Judge Advocate concluded that the appellant's challenge to jurisdiction had to be dismissed because the appellant had not established the absence of jurisdiction. That conclusion was wrong. A court martial is an inferior court. The chief distinction between superior and inferior courts is that, unless the contrary is shown, no matter is presumed to be beyond the jurisdiction of a superior court whereas nothing is presumed to be within the jurisdiction of an inferior court.<sup>2</sup> Once the appellant had challenged the jurisdiction of the Court Martial, therefore, the Judge Advocate could not assume, *in the absence of proof to the contrary*, that the Court had jurisdiction. As the offence, in itself, had no connexion with the military, it was necessary, in order for the Court to have jurisdiction, that the required nexus be found in the circumstances in which the offence had been committed. As long as these circumstances were unknown, the jurisdiction of the Court could not be presumed.<sup>19</sup> (Emphasis added).

<sup>2</sup> *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 10, No. 713. See also *In re Nowell and Carlson*, [1919] 1 W.W.R. 387.

With respect I believe this decision cannot be taken to mean that in every case the Crown is obliged to present evidence of jurisdiction if an objection is raised by the accused. I can find no constitutional justification for that proposition. If the *National Defence Act* by its terms clearly confers jurisdiction, as it does in the present case, then the only basis for attacking the jurisdiction of the court martial is to demonstrate that such law cannot constitutionally be applied to this particular accused or offence. A mere assertion by the accused that such is the case can surely not put on the Crown the burden of bringing "proof to the contrary" as suggested in the above quoted statement from *Ryan*. I am unable to accept that because a court martial is an inferior court in the legal sense of that term there must be brought "proof" of its jurisdiction before it can commence a hearing. As I understand it, there is a presumption of jurisdiction in a superior court, but none in an inferior court. An inferior court established by statute is considered to have only the powers conferred on it expressly or by necessary implication.<sup>20</sup> But when challenged it is surely open to such a court martial to look at its statute and to the circumstances of the offence as alleged. If it determines that those circumstances, if ultimately proved, would bring the matter within its jurisdiction then it

<sup>19</sup> *Ibid* at 567.

<sup>20</sup> See e.g. *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597 at 602.

penser qu'il existait un tel lien. Il était donc impossible de décider si la Cour avait compétence. Étant donné ces circonstances, le juge-avocat avait conclu qu'il fallait rejeter les prétentions de l'appelant qui contestait la compétence de la Cour parce que l'appelant n'avait pas prouvé que la Cour n'avait pas compétence. Cette conclusion est erronée. Une cour martiale est un tribunal inférieur. La principale différence entre une cour supérieure et une cour inférieure est que, sauf preuve du contraire, aucune affaire n'est présumée échapper à la compétence de la cour supérieure alors qu'aucune affaire n'est présumée relever de la cour inférieure<sup>2</sup>. Une fois la compétence de la cour martiale contestée, le juge-avocat ne pouvait présumer, *en l'absence de preuve du contraire*, que la Cour était compétente. Comme l'infraction n'avait en elle-même aucun lien avec la vie militaire, il fallait que le lien nécessaire soit déduit des circonstances dans lesquelles l'infraction avait été commise pour que la Cour soit compétente. Tant que ces circonstances n'étaient pas connues, la compétence de la Cour ne pouvait être présumée<sup>19</sup>. (Mots non soulignés dans l'original.)

<sup>2</sup> *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 10, n° 713. Voir aussi *In Re Nowell and Carlson*, [1919] 1 W.W.R. 387.

En toute déférence, j'estime qu'on ne peut interpréter cette décision comme signifiant que, dans chaque cas, la Couronne est obligée de présenter des éléments de preuve au sujet de la compétence si l'accusé soulève une exception d'incompétence. Je ne puis trouver aucune justification constitutionnelle pour cette proposition. Si, de par ses propres termes, la *Loi sur la défense nationale* confère manifestement une compétence, comme c'est le cas en l'espèce, le seul motif de contester la compétence de la cour martiale consiste à démontrer que cette loi ne peut constitutionnellement s'appliquer à cet accusé déterminé ou à cette infraction précise. Une simple assertion de l'accusé que tel est le cas ne peut certes pas imposer à la Couronne la charge de présenter la « preuve contraire » dont il est question dans l'extrait précité de l'arrêt *Ryan*. Je ne puis accepter que, parce qu'une cour martiale est un tribunal inférieur au sens juridique du terme, on doive présenter une « preuve » de sa compétence avant qu'elle puisse tenir une audience. Sauf erreur, un tribunal supérieur est présumé compétent, mais pas un tribunal inférieur. On considère que les tribunaux inférieurs qui sont constitués aux termes d'une loi ne possèdent que les pouvoirs qui leur sont conférés expressément ou par implication nécessaire<sup>20</sup>. Mais il est loisible à une

<sup>19</sup> *Idem*, à la page 567.

<sup>20</sup> Voir, par ex., l'arrêt *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597, à la page 602.

may proceed. It is of course open to the accused to raise a constitutional argument that the grant of jurisdiction to a military tribunal in his case would be beyond the jurisdiction of Parliament and he might find it useful to call evidence to that end. But all of this in my view falls short of saying that there must be "proof" (if this implies the production of evidence) that there is a military nexus before a court martial can commence. Indeed most of the decisions of this Court finding both for and against the existence of a nexus did not rely on any evidence of the necessity of this proceeding to the discipline and efficiency of the Armed Forces.

telle cour martiale, lorsque sa compétence est contestée, d'examiner sa loi constitutive et les circonstances entourant l'infraction reprochée. Si elle conclut que, si elles sont en fin de compte établies, ces circonstances feraient relever l'affaire de sa compétence, elle peut procéder à l'audition de l'affaire. Il est évidemment loisible à l'accusé d'invoquer un moyen constitutionnel et d'affirmer que l'attribution de compétence au tribunal militaire dépasserait dans son cas la compétence du Parlement, et il pourrait trouver utile de présenter des éléments de preuve à cette fin. Mais cela ne veut pas pour autant dire, selon moi, que l'on doive « prouver » (si cela implique la production d'éléments de preuve) qu'il existe un lien entre l'infraction reprochée et la vie militaire avant qu'une cour martiale ne puisse connaître d'une affaire. D'ailleurs, la plupart des décisions dans lesquelles notre Cour a conclu en faveur ou à l'encontre de l'existence de ce lien ne reposaient pas sur des éléments de preuve tendant à démontrer la nécessité de cette procédure pour la discipline et l'efficacité des Forces armées.

I believe that the concern about "nexus" in the *Bill of Rights* or *Charter* context is now misplaced because of the decision of the Supreme Court of Canada in *Généreux*.<sup>21</sup> That decision has confirmed the basic legitimacy of a separate system of military justice. It has recognized that such a system is generally subject to the requirements of the *Charter*, albeit that those requirements may mandate somewhat different results in the military context. Thus military justice is not treated as a serious exception to the system of fundamental justice generally guaranteed to Canadians by the *Charter*. Through decisions such as *Généreux* itself and through numerous legislative and administrative changes the system has been modified to improve the independence of members of a court martial and the conduct of trials.<sup>22</sup> To the extent that the earlier nexus requirement assumed an antithesis between military justice, on the one hand, and the *Canadian Bill of Rights* or the *Charter* on the other, the more modern judicial and legislative approach has been to bring these elements into closer harmony.

J'estime que les préoccupations soulevées au sujet de l'existence d'un « lien » dans le contexte de la *Déclaration des droits* ou de la *Charte* ne sont plus pertinentes en raison de l'arrêt *Généreux* de la Cour suprême du Canada<sup>21</sup>. Dans cet arrêt, la Cour suprême a confirmé la légitimité fondamentale de l'existence d'un système distinct de justice militaire. Elle a reconnu qu'un tel système est en règle générale soumis aux exigences de la *Charte*, bien que ces exigences puissent conduire à des résultats quelque peu différents dans le contexte militaire. Ainsi, la justice militaire n'est pas considérée comme une exception notable au système de justice fondamentale garanti aux Canadiens par la *Charte*. Par suite des décisions qui ont été rendues, comme l'arrêt *Généreux* lui-même, et des nombreuses modifications législatives et administratives qui ont été apportées, le système a été modifié en vue d'améliorer l'indépendance des membres des cours martiales et la conduite des procès<sup>22</sup>. Dans la mesure où l'ancienne condition relative à l'existence d'un lien présupposait l'existence

<sup>21</sup> *Supra* note 9.

<sup>22</sup> Many of these are discussed in Walker, *A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine* (1993) 2 N.J.C.L. 366-378. See

<sup>21</sup> Précité, note 9.

<sup>22</sup> Walker discute de bon nombre de ces changements dans *A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine*, (1993), 2

This is not to say that a perfect harmony necessarily exists yet, but the emphasis should be placed on making the military justice system meet *Charter* standards within the special military context, and not on nexus-type issues.

Of course the *Charter* applies generally to military law and its administration, with the exception as to jury trial in paragraph 11(f) and subject to the varying application of particular standards due to the military context.<sup>23</sup> Where an infringement of the *Charter* is found in military law or enforcement, if the Crown seeks to justify it under section 1 as a reasonable limit "in a free and democratic society" it may have to demonstrate a proportionate relationship between legitimate legislative object and the offending law or act. But I do not think it is useful to label this very specialized issue as one of "nexus" when similar issues arising outside the military are not so described. As to the application of the exemption for military tribunals from the *Charter* requirements of trial by jury, this really involves statutory interpretation or division of powers issues as to whether the offence in question is truly "an offence under military law" in the words of paragraph 11(f) of the *Charter*. Is the offence in question in its essence a "military offence" validly prescribed by Parliament under head 91(7) of the *Constitution Act, 1867*? If so, then the exception in the *Charter* applies. Here the application of the *Charter* depends on non-*Charter* standards, just as it does for example under section 6 which guarantees certain rights to "citizens": citizenship itself is surely determined by the *Citizenship Act*, not the *Charter*.

(Continued from previous page)

also changes made in the *Queen's Regulations and Orders*: e.g. articles 4.09, 204.22, 111.06, 111.051, 111.19-23, 111.37-42, 111.50-52, 112.05, 112.10, 112.14, 112.50, 112.54, 112.64, 113.11, and 116.01.

<sup>23</sup> *Généreux*, supra note 9 at 296.

d'une antithèse entre, d'une part, la justice militaire et, d'autre part, la *Déclaration canadienne des droits* et la *Charte*, la conception judiciaire et législative plus moderne a consisté à essayer de rapprocher ces éléments et à les rendre plus harmonieux. Cela ne veut pas dire qu'il existe doré et déjà une harmonie parfaite, mais que l'on devrait d'abord et avant tout essayer de faire en sorte que le système de justice militaire satisfasse aux normes de la *Charte* dans le contexte spécial de la vie militaire, et que l'on ne devrait pas accorder autant d'importance à des questions comme celles du lien.

Évidemment, la *Charte* s'applique de façon générale au droit militaire et à l'administration de celui-ci, sauf en ce qui concerne le procès par jury dont il est question à l'alinéa 11f), et sous réserve de l'application différente de diverses normes en raison du contexte militaire<sup>23</sup>. Si elle cherche à justifier une contravention à la *Charte* causée par le droit militaire ou par son application en affirmant que cette contravention constitue une limite raisonnable « dans le cadre d'une société libre et démocratique » au sens de l'article premier, la Couronne peut être tenue de démontrer qu'il existe un rapport proportionnel entre l'objectif législatif légitime et la loi ou l'acte qui crée la contravention. Mais je ne crois pas qu'il soit utile de qualifier cette question très spécialisée de question de « lien » alors que des questions semblables qui sont soulevées à l'extérieur du contexte militaire ne sont pas ainsi étiquetées. Quant à l'application de l'exemption des tribunaux militaires des dispositions impératives de la *Charte* en matière de procès par jury, cette question suppose de fait une interprétation législative ou des questions de partage de pouvoirs quant à la question de savoir si l'infraction en question constitue réellement une « infraction relevant de la justice militaire » au sens de l'alinéa 11f) de la *Charte*. L'infraction en question constitue-t-elle essentiellement une « infraction militaire » valablement prévue par le Parlement en vertu du paragraphe

(Suite de la page précédente)

N.J.C.L. 366 à 378. Voir également les modifications qui ont été apportées aux *Ordonnances et règlements royaux*, par ex. les articles 4.09, 204.22, 111.06, 111.051, 111.19-23, 111.37-42, 111.50-52, 112.05, 112.10, 112.14, 112.50, 112.54, 112.64, 113.11 et 116.01.

<sup>23</sup> Arrêt *Généreux*, précité, note 9, à la page 296.

It is also worth noting that the nexus concept in Canada was driven, if not created, by an awareness of United States doctrines. For example, in *Rutherford*,<sup>24</sup> one of the early nexus cases in this Court, Mahoney P. made reference to *U.S. v. Quarles*,<sup>25</sup> a case representing one of the high-water marks in the American nexus doctrine restraining the jurisdiction of military courts. In *R. v. MacEachern*<sup>26</sup> Addy J. referred to this and other U.S. cases such as *O'Callahan v. Parker*<sup>27</sup> where the test of jurisdiction required that the offence in question be "service connected".

Two observations may be made on the use of American jurisprudence in this area. Firstly, the constitutional provisions<sup>28</sup> on which it is based are in many respects different from our own. Among the contrasts are the following. The grant of Congress' power to legislate, is "for the government and regulation of the land and naval forces" (not for "defence" as in Canada). The "judicial power" can only be vested in courts whose judges hold office subject only to good behaviour, and any other kind of tribunal created by Congress is thought to afford fewer procedural rights.<sup>29</sup> (In Canada the only *Charter* requirement for tribunals to try penal matters is that they be "independent and impartial"). The Fifth Amendment only exempts, from the grand jury guarantee, cases arising in the armed forces "when in actual service, in time of war or public danger". The

91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ? Dans l'affirmative, l'exception prévue à la *Charte* s'applique. En l'espèce, l'application de la *Charte* dépend de normes qui ne sont pas énoncées dans la *Charte*, tout  
 a comme, par exemple, l'article 6 garantit certains droits aux « citoyens ». En effet, la notion de citoyenneté elle-même est définie dans la *Loi sur la citoyenneté*, pas dans la *Charte*.

b Il vaut également la peine de noter qu'au Canada, le concept du lien s'inspire — ou tire son origine — de théories élaborées aux États-Unis. Ainsi, dans l'arrêt *Rutherford*<sup>24</sup>, une des premières de notre Cour portant sur la question du lien, le président Mahoney a cité l'arrêt *U.S. v. Quarles*<sup>25</sup>, une décision représentant un des points culminants de la théorie américaine du lien limitant la compétence des tribunaux militaires. Dans la décision *R. c. MacEachern*<sup>26</sup>, le juge  
 c Addy cite cette décision et d'autres décisions américaines comme l'arrêt *O'Callahan v. Parker*<sup>27</sup> dans lesquelles, suivant le critère de la compétence qui a été retenu, il fallait que l'infraction en question [TRA-  
 duction] « ait un lien avec la vie militaire ».

e On peut formuler deux observations au sujet du recours à la jurisprudence américaine dans ce domaine. Premièrement, les dispositions constitutionnelles<sup>28</sup> sur lesquelles il repose sont à de nombreux  
 f égards différentes des nôtres. En voici quelques exemples. Le Congrès a le pouvoir d'édicter des règles [TRADUCTION] « pour l'organisation et l'administration des forces de terre et de mer » (et non pour la « défense » comme c'est le cas au Canada). Le  
 g « pouvoir judiciaire » ne peut être conféré qu'à des tribunaux dont les juges sont nommés uniquement à titre inamovible, et tout autre type de tribunal créé par le Congrès est censé accordé des droits procéduraux moins étendus<sup>29</sup>. (Au Canada, la seule condition à laquelle la *Charte* assujettit le droit des tribunaux de juger les affaires pénales est qu'ils soient « indépendants et impartiaux »). Le V<sup>e</sup> Amendement ne

<sup>24</sup> *Supra* note 2 at 269.

<sup>25</sup> (1955), 350 U.S. 11.

<sup>26</sup> *Supra* note 15, at 441-442.

<sup>27</sup> (1969), 395 U.S. 258.

<sup>28</sup> E.g. Art. I, s.8, clauses 13, 14, 15, 16; Art. II, s.2, clause 1; Art. III; Amendments 5 and 6.

<sup>29</sup> See Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988) at 60.

<sup>24</sup> Précité, note 2, à la page 269.

<sup>25</sup> (1955), 350 U.S. 11.

<sup>26</sup> Précitée, note 15, aux pages 441 et 442.

<sup>27</sup> (1969), 395 U.S. 258.

<sup>28</sup> Par ex., l'Article premier, section VIII, art. 13, 14, 15, 16, l'Article II, section II, article premier, l'Article III et les V<sup>e</sup> et VI<sup>e</sup> Amendements.

<sup>29</sup> Voir Tribe, *American Constitutional Law* (2<sup>e</sup> éd., 1988), à la page 60.

exception to the jury trial guarantee in the Sixth Amendment for military cases is probably also similarly restricted.<sup>30</sup> Secondly, the U.S. Supreme Court has drastically reduced the restrictive impact of the nexus doctrine on military tribunals. In *Solorio v. U.S.*<sup>31</sup> it reversed itself, rejecting the "service connection" requirement for offences as developed in *O'Callahan v. Parker*<sup>32</sup> which was considered by this Court in *MacEachern*. Instead the Supreme Court said there was only one constitutional test of Congress' authority to confer jurisdiction on military tribunals — the status of the accused and not the nature of the offence. The Court emphasized the deference that should be shown to the legislative branch in the regulation of the armed forces.<sup>33</sup> It found that the accused there could be tried for crimes committed against civilians, in private premises, at a time when he was in the armed forces. Admittedly the accused there was still in the service when he was tried. But to the extent that U.S. jurisprudence has relevance, this shows a trend to judicial deference in respect of the opinions of the legislative branch as to what is an appropriate exercise of the defence power.<sup>34</sup>

I therefore conclude that the nexus doctrine has no longer the relevance or force which influenced many of the earlier decisions of this Court. Indeed I think it can be put aside as distracting from the real issue which is one of the division of powers. In addressing that issue a court martial must start by considering

<sup>30</sup> *Ibid* at 59.

<sup>31</sup> (1987), 483 U.S. 435.

<sup>32</sup> *Supra* note 26.

<sup>33</sup> *Supra* note 31 at 448.

<sup>34</sup> See also generally Schlucter, *Military Criminal Justice: Practice and Procedure* (4th ed. 1996) at 176-188; Walker *supra* note 22 *passim*; Tribe *supra* note 29 at 58-61.

soustrait à la garantie relative au procès par jury les délits commis dans la milice que lorsque celle-ci est [TRADUCTION] « en service actif en temps de guerre ou de danger public ». L'exception à la garantie relative au procès par jury prévue par le VI<sup>e</sup> Amendement dans le cas des délits commis par des militaires est probablement limitée de la même façon<sup>30</sup>. En second lieu, la Cour suprême des États-Unis a réduit considérablement les incidences restrictives de la théorie du lien sur les tribunaux militaires. Ainsi, dans l'arrêt *Solorio v. U.S.*<sup>31</sup>, elle est revenue sur sa position antérieure et a rejeté la condition relative à l'existence d'un [TRADUCTION] « lien avec la vie militaire » qu'elle avait élaborée dans le cas des infractions dans l'arrêt *O'Callahan v. Parker*<sup>32</sup> et que notre Cour a examinée dans la décision *MacEachern*. La Cour suprême a plutôt dit qu'il n'existait qu'un seul critère constitutionnel en ce qui concerne le pouvoir du Congrès d'attribuer une compétence aux tribunaux militaires, à savoir le statut de l'accusé, et non la nature de l'infraction. La Cour a insisté sur la déférence dont il fallait faire preuve envers le pouvoir législatif pour ce qui était de la réglementation des forces armées<sup>33</sup>. Elle a conclu que l'accusé pouvait dans cette affaire être jugé pour des crimes commis contre des civils, dans des lieux privés, à un moment où il faisait partie des forces armées. Il est vrai que l'accusé faisait toujours partie de l'armée au moment où il a été jugé. Mais dans la mesure où la jurisprudence américaine est pertinente, cette façon de voir illustre une tendance à la déférence de la part de tribunaux en ce qui concerne les opinions du pouvoir législatif sur ce qui constitue un exercice approprié des pouvoirs en matière de défense<sup>34</sup>.

Je conclus donc que la théorie du lien ne possède plus la pertinence ou la force qui ont influencé bon nombre des décisions que notre Cour a rendues par le passé. Je crois d'ailleurs qu'on peut l'écarter, parce qu'elle distrait de la véritable question, qui en est une de partage des pouvoirs. Pour aborder cette question,

<sup>30</sup> *Idem*, à la page 59.

<sup>31</sup> (1987), 483 U.S. 435.

<sup>32</sup> Précité, note 26.

<sup>33</sup> Précité, note 31, à la page 448.

<sup>34</sup> Voir aussi, de façon générale, Schlucter, *Military Criminal Justice: Practice and Procedure* (4<sup>e</sup> éd., 1996), aux pages 176 à 188; Walker, précité, note 22, *passim*; Tribe, précité, note 29, aux pages 58 à 61.

whether the Code of Service Discipline gives it jurisdiction in the circumstances alleged in the charges. If so, it can presume that the Code, as part of the *National Defence Act*, is constitutionally valid unless the accused can demonstrate that in his particular circumstances the application of the Code to him would have an unconstitutional consequence.

une cour martiale doit commencer par se demander si le code de discipline militaire lui donne compétence compte tenu des circonstances relatées dans les accusations. Dans l'affirmative, elle peut présumer que le code, qui fait partie de la *Loi sur la défense nationale*, est constitutionnel, sauf si le prévenu réussit à démontrer que, compte tenu de sa situation particulière, l'application du code aurait, dans son cas, des conséquences inconstitutionnelles.

In the present case the circumstances of the offences as alleged should properly have been viewed by the Standing Court Martial as being within the terms of the Code of Service Discipline. Nothing in the evidence or arguments of the accused demonstrated that subsection 60(2) could not constitutionally apply the Code to him in these circumstances even though he was a civilian at the time of trial. All of the offences, both the purely service offences and those also falling under the *Criminal Code*, involved acts committed on an Armed Forces base, allegedly by a sergeant on a subordinate, a corporal, while both were in the service. The allegations involve alleged assaults and sexual harassment which must surely be seen as relevant to the maintenance of discipline and morale. For the same reasons, I am unable to see why the prosecution of these offences is not equally important to the maintenance of discipline and morale even if quite fortuitously the accused has since left the Armed Forces. It can surely be seen as of the same constitutional character that offences committed while an accused is in the service be prosecuted to a conclusion even if the accused should subsequently leave the service. It would not be argued, for example, that a murder committed in Canada could no longer constitutionally be prosecuted if the accused left Canada and declined to return. It would be no less important that murderers be seen to be punished even if they were not likely to pose any further threat to the residents of Canada. While I do not think such circumstances are necessary to the valid exercise of the national defence power in all cases, that exercise is particularly appropriate in a case such as this where the charges were laid, and an election was made by the accused, while he was still in the forces.

En l'espèce, la cour martiale permanente aurait dû considérer que les circonstances entourant la perpétration des infractions reprochées tombaient sous le coup des dispositions du code de discipline militaire. Il n'y a rien dans la preuve ou dans les moyens invoqués par l'accusé qui démontre que le paragraphe 60(2) ne permettait pas d'appliquer constitutionnellement le code à son cas, compte tenu des circonstances en question et ce, malgré le fait qu'il était retourné à la vie civile au moment du procès. Toutes les infractions reprochées, tant les infractions purement militaires que celles qui tombent sous le coup du *Code criminel*, portaient sur des actes qui auraient été commis dans une base des Forces armées par un sergent à l'endroit d'une subordonnée, un caporal, alors que tous les deux faisaient partie de l'armée. Les accusations concernent des voies de fait et du harcèlement sexuel, qui doivent certainement être considérés comme pertinents au maintien de la discipline et du moral des troupes. Pour les mêmes raisons, je ne vois pas pourquoi la poursuite de ces infractions n'est pas tout aussi importante pour le maintien de la discipline et du moral, même si, de façon tout à fait fortuite, l'accusé a depuis quitté les Forces armées. Le fait que des infractions commises alors que l'accusé était dans l'armée soient poursuivies jusqu'à ce qu'un jugement soit prononcé même si l'accusé devait par la suite quitter l'armée peut certainement être considéré comme possédant la même nature constitutionnelle. On ne saurait prétendre, par exemple, qu'un meurtre commis au Canada ne pourrait plus être poursuivi conformément à la Constitution si l'accusé avait quitté le Canada et refusait d'y revenir. Il ne serait pas moins important que l'on puisse assurer le châtement des meurtriers même s'ils ne risquent plus de présenter une menace pour les résidents du Canada. Bien que je ne croie pas que ces circonstances soient nécessaires pour que le pouvoir

en matière de défense nationale puisse être valablement exercé dans tous les cas, j'estime que l'exercice de ce pouvoir est particulièrement approprié dans un cas comme celui-ci dans lequel des accusations ont été portées et où le prévenu a fait un choix alors qu'il faisait encore partie des Forces armées.

### CONCLUSION

I am therefore of the view that this appeal should be allowed and a new trial should be ordered.

REED J.A.: I concur

DESIARDINS J.A.: I concur

### DISPOSITIF

Je suis par conséquent d'avis que l'appel devrait être accueilli et que la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée.

LE JUGE REED, J.C.A. : Je suis du même avis.

LE JUGE DESIARDINS, J.C.A. : Je suis du même avis.