

**Master Corporal C.J. Stillman** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

- and -

**Ex-Petty Officer 2nd Class J.K. Wilks**  
*Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

- and -

**Warrant Officer J.G.A. Gagnon** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

- and -

**Corporal F.P. Pfahl** *Appellant*

v.

**Canada (Minister of National Defence)**  
*Respondent*

- and -

**Corporal A.J.R. Thibault** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

- and -

**Second Lieutenant Soudri** *Appellant*

v.

**Caporal-chef C.J. Stillman** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

- et -

**Ancien maître de 2<sup>e</sup> classe J.K. Wilks**  
*Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

- et -

**Adjudant J.G.A. Gagnon** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

- et -

**Caporal F.P. Pfahl** *Appelant*

c.

**Canada (Ministre de la Défense nationale)**  
*Intimé*

- et -

**Caporal A.J.R. Thibault** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

- et -

**Sous-lieutenant Soudri** *Appelant*

c.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

- and -

**K39 842 031 Petty Officer 2nd Class R.K. Blackman** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Advocates for the Rule of Law** *Intervener*

- and -

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Corporal R.P. Beaudry** *Respondent*

and

**Advocates for the Rule of Law** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. STILLMAN**

**2019 SCC 40**

File Nos.: 37701, 38308.

2019: March 26; 2019: July 26.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL  
APPEAL COURT OF CANADA

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to trial by jury — Military exception — Armed forces — Military offences — Accused charged with offences under s. 130(1)(a) of National Defence Act, which transforms criminal and other federal offences into service offences triable by military justice system — Accused denied jury trial based on military exception to constitutional right to trial by jury for offences where maximum punishment is imprisonment for five years or more — Whether s. 130(1)(a)*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

- et -

**Maître de 2<sup>e</sup> classe R.K. Blackman, K39 842 031** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Advocates for the Rule of Law** *Intervenant*

- et -

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Caporal R.P. Beaudry** *Intimé*

et

**Advocates for the Rule of Law** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. STILLMAN**

**2019 CSC 40**

N<sup>os</sup> du greffe : 37701, 38308.

2019 : 26 mars; 2019 : 26 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COUR  
MARTIALE DU CANADA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès avec jury — Exception militaire — Forces armées — Infractions militaires — Accusés inculpés d'infractions visées à l'art. 130(1)a de la Loi sur la défense nationale, qui transforme les infractions criminelles et autres infractions fédérales en infractions d'ordre militaire susceptibles d'être jugées par le système de justice militaire — Accusés privés d'un procès avec jury en raison de l'exception militaire au droit constitutionnel à un procès*

*of National Defence Act is inconsistent with constitutional right to trial by jury in its application to serious civil offences — Whether service offence tried under s. 130(1)(a) engages military exception such that right to trial by jury may be denied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f) — National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 130(1)(a).*

The accused persons, each a member of the Armed Forces at the relevant time, were charged with one or more service offences under s. 130(1)(a) of the *National Defence Act* (“*NDA*”). Before various standing courts martial, all but one of the accused persons unsuccessfully asserted their right to a trial by jury under s. 11(f) of the *Charter*; maintained that the military exception found in that provision was not engaged in their circumstances; and claimed that, since s. 130(1)(a) brought them within the military justice system (which does not provide for a trial by jury), it is inconsistent with their s. 11(f) right. The appeals to the Court Martial Appeal Court resulted in two conflicting judgments: the accused persons’ appeals in *R. v. Déry*, 2017 CMAC 2, 391 C.R.R. (2d) 156 (“*Stillman*”), were dismissed on the basis of horizontal *stare decisis*, and the appeal in *R. v. Beaudry*, 2018 CMAC 4, 430 D.L.R. (4th) 557, was allowed, resulting in a declaration that s. 130(1)(a) is inconsistent with s. 11(f) of the *Charter* and is of no force or effect in its application to any civil offence for which the maximum sentence is imprisonment for five years or more (“serious civil offence”).

*Held* (Karakatsanis and Rowe JJ. dissenting): The appeals in *Stillman* should be dismissed. The appeal in *Beaudry* should be allowed, the declaration that s. 130(1)(a) of the *NDA* is of no force or effect in its application to any serious civil offence should be set aside, and the conviction restored.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ.: Section 130(1)(a) of the *NDA* is not inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*. The words “an offence under military law” in s. 11(f) refer to a service offence that is validly enacted pursuant to Parliament’s power over “Militia, Military and Naval Service, and Defence” under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. The Court’s jurisprudence establishes that Parliament has validly enacted s. 130(1)(a) of the *NDA* under this head of power. It also establishes

*avec jury relativement aux infractions pour lesquelles la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans ou plus — L’article 130(1)a) de la Loi sur la défense nationale est-il incompatible avec le droit constitutionnel à un procès avec jury dans son application aux infractions civiles graves? — Une infraction d’ordre militaire jugée en vertu de l’art. 130(1)a) entraîne-t-elle l’application de l’exception militaire de sorte qu’il peut y avoir déni du droit à un procès avec jury? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f) — Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 130(1)a).*

Les accusés, tous des membres des Forces armées à l’époque pertinente, ont été inculpés d’une ou de plusieurs infractions d’ordre militaire en application de l’al. 130(1)a) de la *Loi sur la défense nationale* (« *LDN* »). Devant diverses cours martiales permanentes, tous les accusés, sauf un, ont fait valoir sans succès leur droit de bénéficier d’un procès avec jury prévu à l’al. 11f) de la *Charte*, ont soutenu que l’exception militaire qu’énonce cette disposition ne s’appliquait pas à leur situation et ont affirmé que, comme l’al. 130(1)a) faisait en sorte que leur situation relevait du système de justice militaire (lequel ne prévoit pas de procès avec jury), cette disposition était incompatible avec le droit que leur garantit l’al. 11f). Les appels devant la Cour d’appel de la cour martiale ont donné lieu à deux jugements contradictoires : les appels des accusés dans *R. c. Déry*, 2017 CACM 2 (« *Stillman* »), ont été rejetés en raison du principe de l’autorité de la chose jugée par un tribunal de même instance, et l’appel dans *R. c. Beaudry*, 2018 CACM 4, a été accueilli et a donné lieu au jugement déclaratoire selon lequel l’al. 130(1)a) est incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte* et est inopérant dans son application à toute infraction civile pour laquelle la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans ou plus (« infraction civile grave »).

*Arrêt* (les juges Karakatsanis et Rowe sont dissidents) : Les pourvois dans *Stillman* sont rejetés. Le pourvoi dans *Beaudry* est accueilli, le jugement déclaratoire selon lequel l’al. 130(1)a) de la *LDN* est inopérant dans son application à toute infraction civile grave est annulé, et la déclaration de culpabilité est rétablie.

*Le juge en chef* Wagner et les juges Abella, Moldaver, Côté et Brown : L’alinéa 130(1)a) de la *LDN* n’est pas incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte*. L’expression « *offence under military law* » figurant dans la version anglaise de l’al. 11f) renvoie à une infraction d’ordre militaire validement adoptée conformément au pouvoir que le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement sur « [l]a milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays ». La jurisprudence de la Cour

that s. 130(1)(a) is not overbroad under s. 7 of the *Charter*. Where, therefore, a serious civil offence is tried as a service offence under s. 130(1)(a), it qualifies as “an offence under military law”, thereby engaging the military exception in s. 11(f) of the *Charter*.

Generally speaking, the same core interpretive principles that apply to rights stated in the *Charter* also apply to exceptions stated in the *Charter*. They are to be read purposively, rather than in a technical or legalistic fashion. Just as courts must take care not to overshoot the purpose of a *Charter* right by giving it an unduly generous interpretation, so too must they be careful not to undershoot the purpose of a *Charter* exception by giving it an unduly narrow interpretation. Since a *Charter* exception can be understood only if the right it qualifies is understood, courts should consider the two together.

The right to a trial by jury serves two main purposes. At the individual level, it protects the accused by giving him or her the benefit of a trial by his or her peers. Since the right is held by the accused, this individual dimension is of utmost importance. At the societal level, it provides a vehicle for public education about the criminal justice system and lends the weight of community standards to trial verdicts. Notwithstanding the significance of these twin purposes, the right to a jury trial is not absolute. Rather, s. 11(f) of the *Charter* carves out an internal exception to this right that applies to “an offence under military law tried before a military tribunal” (in French, “une infraction relevant de la justice militaire”).

The inclusion of this military exception in s. 11(f) shows that the *Charter* contemplates a parallel system of military justice designed to foster discipline, efficiency, and morale in the military. Canada’s military justice system has always been separate from the civilian justice system, and is designed to meet the unique needs of the military. It has evolved from a command-centric disciplinary model that provided weak procedural safeguards, to a parallel system of justice that largely mirrors the civilian justice system. The foundation of Canada’s military justice system is the Code of Service Discipline (“CSD”), which is contained in Part III of the *NDA*, and includes s. 130(1)(a). It defines the standard of conduct to which military personnel are subject and provides for a set of military tribunals to discipline breaches of that standard.

établit que le Parlement a validement édicté l’al. 130(1)a de la *LDN* en vertu de ce chef de compétence. Elle établit également que cet alinéa n’a pas de portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*. Par conséquent, lorsqu’une infraction civile grave est jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a, elle peut être considérée comme une « *offence under military law* » et entraîner par le fait même l’application de l’exception militaire prévue à l’al. 11f) de la *Charte*.

Règle générale, les principes fondamentaux d’interprétation s’appliquant aux droits qu’énonce la *Charte* s’appliquent également aux exceptions qu’elle prévoit. Leur interprétation doit être téléologique plutôt que technique ou formaliste. Tout comme ils doivent veiller à ne pas aller au-delà de l’objet d’un droit garanti par la *Charte* en accordant à ce droit une interprétation indûment libérale, les tribunaux doivent également prendre garde de ne pas rester en deçà de l’objet d’une exception prévue par la *Charte* en donnant à cette exception une interprétation indûment restrictive. Comme une exception prévue par la *Charte* ne peut être interprétée qu’en fonction du droit qu’elle restreint, les tribunaux devraient les examiner ensemble.

Le droit à un procès avec jury poursuit deux objectifs principaux. Sur le plan individuel, il protège l’accusé en lui permettant d’être jugé par ses pairs. Comme le droit appartient à l’accusé, cette dimension individuelle est de la plus haute importance. Sur le plan social, il sert de moyen d’éduquer le public sur le système de justice pénale et il incorpore les normes de la société aux verdicts des procès. Malgré l’importance de ce double objectif, le droit à un procès avec jury n’est pas absolu. L’alinéa 11f) de la *Charte* prévoit plutôt une exception à ce droit qui s’applique à « une infraction relevant de la justice militaire » (« *an offence under military law tried before a military tribunal* » dans la version anglaise).

L’inclusion de cette exception militaire à l’al. 11f) montre que la *Charte* envisage un système de justice militaire parallèle visant à favoriser la discipline, l’efficacité et le moral des troupes. Le système de justice militaire canadien a toujours été distinct du système de justice civil, et il est conçu pour répondre aux besoins particuliers des troupes. Il est passé d’un modèle de discipline centré sur le commandement qui offrait de faibles garanties procédurales à un système de justice parallèle s’apparentant beaucoup au système de justice civil. Le système de justice militaire du Canada repose sur le Code de discipline militaire (« CDM »), qui se trouve à la partie III de la *LDN* et qui comprend l’al. 130(1)a). Ce code définit la norme de conduite applicable aux militaires et crée un ensemble de tribunaux militaires chargés de sanctionner les

Section 130(1)(a) of the *NDA* transforms most ordinary civil offences that take place in Canada into service offences, thereby giving service tribunals concurrent jurisdiction over such offences when committed by a person who is subject to the CSD. This provision has appeared in the *NDA* since its enactment, and similar provisions have long existed in the United Kingdom.

While Canada's military justice system has never provided for a trial by jury, it has long provided for a trial before a General Court Martial, which consists of a judge and a military panel. The role of a military panel is unique; panel members bring military experience and integrity to the military judicial process, and provide the input of the military community responsible for discipline and efficiency. In some respects, a military panel is analogous to a jury, and over the years this has become increasingly so. Like a jury, the panel is the trier of fact, while the judge makes rulings on legal questions. Furthermore, panels are required to reach their verdicts unanimously, and it is the judge who is tasked with imposing a sentence in the event of a guilty verdict. However, a military panel is not a jury, and important differences distinguish one from the other. There are sound reasons why the military justice system has opted for a unique military panel model, rather than a jury model. For example, the concept of "members tried by members" fosters morale within the military. Further, Canada's military justice system operates extraterritorially, and service tribunals may have to be convened on short notice in a different part of the world. Where a trial is to be held outside Canada, it would be highly impractical, if not impossible, to convene a jury of Canadian civilians and transport them to the place of trial.

The purpose of the military exception in s. 11(f) of the *Charter* is to recognize and affirm the existence of a separate military justice system tailored to the unique needs of the military, and to preserve the historical reality that jury trials in cases governed by military law have never existed in Canada. In the specific instance of s. 11(f), the military exception restricts the right to a trial by jury by referring, at least implicitly, to a particular head of power under the *Constitution Act, 1867*, namely, Parliament's power over the "Militia, Military and Naval Service, and Defence" under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. The text "an offence under military law" in s. 11(f) of the *Charter* refers to an offence that is validly enacted pursuant to this head of power. Therefore, there must be coherence among the division of powers analysis, the overbreadth analysis, and

manquements à cette norme. L'alinéa 130(1)a) de la *LDN* transforme la plupart des infractions civiles ordinaires survenues au Canada en infractions d'ordre militaire, conférant ainsi aux tribunaux militaires une compétence concurrente à l'égard de ces infractions lorsqu'elles sont commises par une personne assujettie au CDM. Cette disposition figure dans la *LDN* depuis l'adoption de cette loi, et des dispositions similaires existent depuis longtemps au Royaume-Uni.

Si le système de justice militaire du Canada n'a jamais prévu de procès avec jury, il prévoit depuis longtemps un procès devant une cour martiale générale, composée d'un juge et d'un comité militaire. Le comité militaire joue un rôle spécifique; les membres du comité offrent expérience militaire et intégrité au processus judiciaire militaire, et ils représentent la communauté militaire responsable de la discipline et de l'efficacité. À certains égards, un comité militaire est semblable à un jury et, au fil des ans, cette ressemblance s'est accentuée. Tout comme le jury, le comité agit comme juge des faits, tandis que le juge tranche les questions de droit. De plus, les comités sont tenus de rendre leur verdict à l'unanimité, et c'est au juge qu'il incombe d'infliger une peine en cas de verdict de culpabilité. Cependant, un comité militaire n'est pas un jury et des différences importantes les distinguent. Des raisons valables justifient le choix d'un modèle spécifique de comité militaire, plutôt qu'un modèle de jury, par le système de justice militaire. Par exemple, le concept de « militaires jugés par des militaires » favorise le moral des troupes. De plus, le système de justice militaire canadien fonctionne à l'étranger et des tribunaux militaires pourraient devoir être convoqués à bref délai dans une autre partie du monde. Lorsqu'un procès doit avoir lieu à l'étranger, il serait très peu pratique, voire impossible, de convoquer un jury composé de civils canadiens et de le transporter à l'endroit où se déroule le procès.

L'objectif de l'exception militaire prévue à l'al. 11f) de la *Charte* est de reconnaître et de confirmer l'existence d'un système de justice militaire distinct, adapté aux besoins particuliers des Forces armées, et de préserver la réalité historique selon laquelle il n'y a jamais eu de procès avec jury dans les affaires régies par le droit militaire au Canada. Dans le cas particulier de l'al. 11f), l'exception militaire restreint le droit à un procès avec jury en renvoyant, à tout le moins implicitement, à un chef de compétence particulier de la *Loi constitutionnelle de 1867* — à savoir le pouvoir que le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement sur « [l]a milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays ». L'expression « *offence under military law* » à l'al. 11f) de la *Charte* renvoie à une infraction

the meaning of “an offence under military law” in s. 11(f). The Court’s jurisprudence establishes that Parliament has validly enacted s. 130(1)(a) of the *NDA* under the authority granted to it by s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. It also establishes that s. 130(1)(a) is not overbroad under s. 7 of the *Charter*. It follows, therefore, that a serious civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) qualifies as “an offence under military law” for the purposes of s. 11(f) of the *Charter*. Accordingly, it is not inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*, as it does not deprive a person who is lawfully entitled to a jury of that right.

A serious civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) qualifies as “an offence under military law” for the purposes of s. 11(f) of the *Charter* whether or not there is a heightened “military nexus” going beyond the accused’s military status. There are compelling reasons why the “military nexus” doctrine should not be resurrected. Firstly, the Court in *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, identified the “military nexus” required to ground a rational connection to discipline, efficiency, and morale in the military — the accused’s military status. Secondly, a number of the offences listed in ss. 73 to 129 of the *NDA*, which the parties do not contest are “offence[s] under military law”, can be committed in the absence of a heightened “military nexus” (e.g., “stealing” under s. 114). If no heightened “military nexus” is required to preserve the status of these offences as “offence[s] under military law”, then it would be inconsistent to impose such a requirement in relation to offences under s. 130(1)(a). Thirdly, the imposition of a heightened “military nexus” requirement would risk causing military courts to engage in an unwieldy and unhelpful threshold inquiry that distracts from the merits. Fourthly, the fundamental purposes of sentencing in the military justice system differ from those in the civilian criminal justice system. Were serious civil offences committed by persons subject to the CSD to be streamed into the civilian justice system, sentencing decisions in those cases might not truly account for the seriousness of such offences, seen in light of the purposes of discipline, efficiency, and morale. Fifthly, while military prosecutors may engage in an inquiry that resembles a “military nexus” test when assessing whether to exercise jurisdiction in a particular case, the existence of jurisdiction must be separated from the exercise of jurisdiction. Finally, these concerns are reinforced by practical considerations. Imposing a heightened “military nexus” requirement would go against the objective of responding swiftly

validement adoptée conformément à ce chef de compétence. Il faut donc une cohérence entre l’analyse du partage des compétences, l’analyse de la portée excessive et le sens de l’expression « *offence under military law* » figurant à l’al. 11f). La jurisprudence de la Cour établit que le Parlement a validement édicté l’al. 130(1)a) de la *LDN* en vertu du pouvoir que lui confère le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle établit également que cet alinéa n’a pas de portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*. Il s’ensuit donc qu’une infraction civile grave qui est jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a) peut être considérée comme une « *offence under military law* » pour l’application de l’al. 11f) de la *Charte*. Par conséquent, l’al. 130(1)a) n’est pas incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte*, car il ne prive personne de son droit légitime à un procès avec jury.

Une infraction civile grave qui est jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a) peut être considérée comme une « *offence under military law* » pour l’application de l’al. 11f) de la *Charte*, qu’il existe ou non un « lien de connexité [accru] avec le service militaire » allant au-delà du statut de militaire de l’accusé. Des raisons convaincantes justifient de ne pas faire renaître la doctrine du « lien de connexité avec le service militaire ». Premièrement, la Cour dans *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, a établi le « lien de connexité avec le service militaire » qui est nécessaire pour établir un lien rationnel avec la discipline, l’efficacité et le moral des troupes, à savoir le statut de militaire de l’accusé. Deuxièmement, un certain nombre des infractions énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN* — lesquelles, les parties ne le contestent pas, constituent des « *offence[s] under military law* » — peuvent être commises en l’absence d’un « lien de connexité [accru] avec le service militaire » (p. ex., le « vol » prévu à l’art. 114). Si aucun « lien de connexité [accru] avec le service militaire » n’est requis pour préserver le statut d’« *offence[s] under military law* » de ces infractions, il est alors illogique d’imposer une telle exigence en lien avec les infractions prévues à l’al. 130(1)a). Troisièmement, l’imposition d’une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire » risquerait de faire en sorte que les tribunaux militaires se livrent à un examen préliminaire compliqué et inutile qui détourne leur attention du fond de l’affaire. Quatrièmement, les objectifs essentiels de la détermination de la peine dans le système de justice militaire diffèrent de ceux du système de justice civil. Si les infractions civiles graves commises par des personnes assujetties au CDM devaient être acheminées vers le système de justice civil, les décisions relatives à la détermination de la peine dans ces affaires pourraient ne pas réellement tenir compte de la gravité de ces infractions, à la lumière

to misconduct within the military and thereby enhancing discipline, efficiency, and morale in the military.

*Per Karakatsanis and Rowe JJ. (dissenting):* Based on the nature and purpose, language, and history of the jury trial right and its exception, s. 130(1)(a) of the *NDA* does not comply with s. 11(f) of the *Charter* to the extent that it denies service members the right to a jury trial for serious offences that do not have a military connection. Thus, s. 130(1)(a) falls within the scope of the military exception to the *Charter* right to a jury trial only to the extent that there is a direct connection between the circumstances of the offence and the military. Because striking down the legislative provision would go further than the *Charter* breach requires and prevent the trial of all offences by military courts designated in s. 130(1)(a), a military connection requirement should be read into s. 130(1)(a) to respect s. 11(f) of the *Charter*.

The meaning of a *Charter* right is to be understood by analyzing the purpose of the guarantee and the interests it is meant to protect. The purpose of the right is ascertained by reference to the character and larger objectives of the *Charter*, the language of the right, the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, the meaning and purpose of the other specific rights with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be generous and aimed at fulfilling the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter* protection without overshooting the purpose of the right. Exceptions should not be construed more widely than is necessary to fulfil the values which support them. In order to determine whether an exception is undermining the broad purpose of the right beyond the intended scope of the exception, it is essential to consider the rationales underlying the right and the exception together. Section 11(f) is an illustration of a fundamental right to life, liberty and security of the person guaranteed in s. 7. But s. 11(f) also

des objectifs que sont la discipline, l'efficacité et le moral des troupes. Cinquièmement, bien que les procureurs militaires puissent effectuer un examen qui ressemble à un examen fondé sur le critère du « lien de connexité avec le service militaire » lorsqu'ils évaluent s'il y a lieu d'exercer leur compétence dans une affaire donnée, l'existence de la compétence doit être distinguée de l'exercice de celle-ci. Enfin, ces préoccupations sont renforcées par des considérations d'ordre pratique. Imposer une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire » irait à l'encontre de l'objectif de répondre rapidement aux infractions dans les Forces armées et, par le fait même, de favoriser la discipline, l'efficacité et le moral des troupes.

*Les juges Karakatsanis et Rowe (dissidents) :* En fonction de la nature, de l'objet, du libellé et de l'historique du droit à un procès avec jury, ainsi que de l'exception dont est assorti ce droit, l'al. 130(1)a de la *LDN* n'est pas conforme à l'al. 11f) de la *Charte* dans la mesure où il prive les militaires du droit à un procès avec jury pour des infractions graves qui n'ont pas de lien de connexité avec le service militaire. Par conséquent, l'al. 130(1)a n'entre dans le champ d'application de l'exception militaire au droit à un procès avec jury garanti par la *Charte* que dans la mesure où il y a un lien direct entre les circonstances de l'infraction et le service militaire. Étant donné que l'invalidation de la disposition législative irait plus loin que ce qu'exige la violation de la *Charte* et empêcherait que toutes les infractions indiquées à l'al. 130(1)a fassent l'objet d'un procès devant les tribunaux militaires, un lien de connexité avec le service militaire doit être inclus à l'al. 130(1)a par voie d'interprétation extensive pour que celui-ci soit conforme à l'al. 11f) de la *Charte*.

Il faut comprendre le sens d'un droit garanti par la *Charte* en fonction de l'analyse de l'objet de la garantie et des intérêts que le droit vise à protéger. L'objet du droit est établi à la lumière de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte*, du libellé de la disposition prévoyant le droit, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, du sens et de l'objet des autres droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. L'interprétation doit être libérale et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* sans aller au-delà de l'objet du droit. Les exceptions ne devraient pas s'interpréter d'une façon plus large que ce qui est nécessaire pour assurer le respect des valeurs sur lesquelles elles reposent. Afin d'établir si une exception mine l'objectif général du droit d'une façon qui outrepassse la portée voulue de celle-ci, il est essentiel de considérer ensemble la raison d'être du droit et celle de l'exception. L'alinéa 11f) est une illustration du droit fondamental à la vie, à la liberté et à

offers a specific protection that s. 7 does not. Legislation found constitutional with respect to s. 7 is not necessarily constitutional under s. 11, or vice versa. Thus, the finding in *Moriarity* that s. 130(1)(a) of the *NDA* did not violate s. 7 for overbreadth does not answer the question of whether the provision violates s. 11(f). The purpose of s. 11(f) is to guarantee the right to a jury trial, which protects both an individual and societal interest in trials by jury. Effect must be given to both aspects of the right. A trial before a military panel does not mirror the civilian justice system when the broader society cannot participate.

Over the past four decades, the development of a military connection test in Canada has limited military court jurisdiction to offences that are military in nature or take place in military circumstances. Military court jurisdiction has historically been subject to important limits. Initially, the types of offences that could be tried by military courts were limited to offences that were specific to the military, such as desertion, mutiny and sedition. It was generally appropriate for offences to be heard by military courts rather than civilian courts where quick and efficient justice was necessary to uphold discipline, such as when offences were committed during wartime or abroad. As the jurisdiction of military courts expanded to include civilian offences, civilian courts maintained primary jurisdiction where offences were triable in either court. Courts developed the military connection test to determine when it was appropriate to depart from the primacy of civilian court jurisdiction. That test asked whether a service member committed an offence connected to the military, having regard to the nature of the offence, the circumstances of its commission and whether the offence would tend to affect military discipline and efficiency.

The Court in *Moriarity* did not foreclose the possibility of the military connection test, and it continues to be applied in practice by military prosecutors. Determining whether there is a military connection may involve careful consideration and difficult judgment calls, but it is a necessary exercise in light of the constitutional rights at stake. Courts are better placed to make such determinations rather than leaving them to the discretion of the prosecutor. The constitutionality of a legislative provision

la sécurité de la personne que garantit l'art. 7. Toutefois, l'al. 11f) offre aussi une protection particulière que l'art. 7 n'offre pas. La disposition déclarée constitutionnelle au regard de l'art. 7 n'est pas nécessairement constitutionnelle au regard de l'art. 11, et vice versa. Par conséquent, la conclusion dans *Moriarity* selon laquelle l'al. 130(1)a) de la *LDN* ne viole pas l'art. 7 pour cause de portée excessive ne répond pas à la question de savoir si la disposition viole l'al. 11f). L'alinéa 11f) a pour objet de garantir le droit à un procès avec jury, qui protège autant l'intérêt des individus que celui de la société dans la tenue de procès avec jury. Il faut donner effet à ces deux aspects du droit. Un procès devant un comité militaire ne s'apparente pas au système de justice civil lorsque la société en général n'y participe pas.

Au cours des quatre dernières décennies, l'élaboration du critère du lien de connexité avec le service militaire au Canada a restreint la compétence des tribunaux militaires aux infractions qui sont de nature militaire ou qui ont lieu dans un contexte militaire. La compétence des tribunaux militaires a longtemps été assujettie à d'importantes limites. Au départ, le type d'infractions qui pouvaient faire l'objet d'un procès devant les tribunaux militaires se limitait aux infractions propres au service militaire, comme la désertion, la mutinerie et la sédition. Il était généralement indiqué que les tribunaux militaires, plutôt que les tribunaux civils, jugent les militaires accusés d'infractions lorsque justice devait être rendue rapidement et efficacement pour le maintien de la discipline, comme lorsque les infractions avaient été commises en temps de guerre ou à l'étranger. Lorsque la compétence des tribunaux militaires s'est élargie pour comprendre les infractions civiles, les tribunaux civils sont demeurés la juridiction principale dans le cas où les infractions pouvaient être jugées devant l'un ou l'autre des tribunaux. Les tribunaux ont élaboré le critère du lien de connexité avec le service militaire permettant d'établir les situations où il est approprié de déroger à la primauté de la compétence des tribunaux civils. Selon ce critère, il faut se demander si le militaire a commis une infraction liée au service militaire, compte tenu de la nature de l'infraction, des circonstances de sa perpétration et de la question de savoir si l'infraction serait susceptible d'influer sur la discipline et l'efficacité des Forces armées.

La Cour dans *Moriarity* n'a pas écarté toute possibilité d'application du critère du lien de connexité avec le service militaire, et celui-ci continue d'être appliqué en pratique par les procureurs militaires. Pour établir s'il existe un lien de connexité avec le service militaire, les tribunaux peuvent être appelés à procéder à des examens minutieux et à prendre des décisions exigeant une réflexion ardue, mais il s'agit d'une démarche nécessaire compte tenu des droits constitutionnels en jeu. Les tribunaux sont



cannot depend on the assumption that discretion will be properly exercised. Requiring a military connection test is unlikely to result in further backlogs in civilian courts. Even if there was evidence to suggest that the military justice system suffers from fewer delays than the civilian system, the possibility of delay is not a proper basis to deny an accused their right to a jury trial.

It is the role of the courts to interpret the words expressing the military exception in s. 11(f) of the *Charter* to define the range of offences that Parliament can exclude from the right to a trial by jury. Legislative competence and overbreadth are not the only limits on Parliament's power. It is not up to Parliament to be the arbiter of constitutional rights by defining what the scope of the military exception means. Based on a purposive interpretation, the term "offence under military law" refers to an offence that is connected to the military in its nature or committed in circumstances sufficiently connected to the military that would directly affect discipline, efficiency and morale.

Where an accused is charged with an offence that falls under s. 130(1)(a) of the *NDA* and the accused challenges the military court's jurisdiction on the basis that it would deny their right to a jury trial guaranteed in s. 11(f), the court should ask whether there is a military connection. Has a service member committed an offence in circumstances that are so connected to the military that it would have a direct effect on military discipline, efficiency and morale? To determine whether there is a sufficiently direct connection, a court should consider whether the offence was committed while the accused was on duty, on military property or using military property. If so, a court may infer that the circumstances of the offence have a direct impact on military efficiency, discipline and morale. The prosecution may point to other circumstances of the offence to show such an impact.

Section 130(1)(a) of the *NDA* cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. The provision is not carefully tailored to its objectives, as it impairs the right to a jury trial more than is reasonably necessary. The objective of maintaining discipline, efficiency and morale in the Armed Forces is

les mieux placés pour prendre ces décisions, plutôt que ce soit le poursuivant qui tranche la question en vertu de son pouvoir discrétionnaire. La constitutionnalité d'une disposition législative ne peut dépendre de la confiance qu'on peut avoir que le pouvoir discrétionnaire sera exercé comme il se doit. Le fait d'imposer un critère relatif au lien de connexité avec le service militaire n'est pas susceptible de donner lieu à un engorgement supplémentaire des tribunaux civils. Même s'il y avait des preuves que le système de justice militaire souffre de moins de retards que le système civil, la possibilité qu'il y ait des retards n'est pas un fondement approprié justifiant que l'accusé soit privé de son droit à un procès avec jury.

Il incombe aux tribunaux d'interpréter les mots exprimant l'exception militaire à l'al. 11f) de la *Charte* afin d'établir l'éventail des infractions que le Parlement peut exclure du droit à un procès avec jury. La compétence législative et la portée excessive ne sont pas les seules limites au pouvoir du Parlement. Le législateur n'a pas à jouer l'arbitre des droits constitutionnels en définissant la portée de l'exception militaire. Selon une interprétation téléologique, l'expression « *offence under military law* » s'entend d'une infraction qui, par sa nature, comporte un lien avec le service militaire ou qui a été commise dans des circonstances ayant un lien suffisant avec le service militaire pour influencer directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes.

Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction qui entre dans le champ d'application de l'al. 130(1)a) de la *LDN* et que cet accusé conteste la compétence du tribunal militaire au motif qu'il serait privé de son droit à un procès avec jury que lui garantit l'al. 11f), le tribunal devrait se demander s'il y a un lien entre l'infraction et le service militaire. Le membre des Forces armées a-t-il commis une infraction dans des circonstances qui sont à ce point liées au service militaire qu'elle est susceptible d'influencer directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes? Pour déterminer s'il y a un lien suffisant entre l'infraction et le service militaire, le tribunal doit se demander si le militaire a commis l'infraction dans l'exécution de ses fonctions, sur une propriété militaire ou en utilisant une propriété militaire. Dans l'affirmative, le tribunal peut en inférer que les circonstances de l'infraction influent directement sur l'efficacité, la discipline et le moral des troupes. La poursuite peut indiquer d'autres circonstances de l'infraction pour montrer une telle incidence.

L'alinéa 130(1)a) ne peut être justifié au regard de l'article premier de la *Charte*. La disposition n'est pas soigneusement adaptée à ses objectifs, car elle porte atteinte au droit à un procès avec jury plus que ce qui est raisonnablement nécessaire. L'objectif de maintenir la discipline, l'efficacité

sufficiently pressing and substantial, but it is not obvious that it requires trying ordinary offences in military courts. A minimally impairing alternative would have been to try penal offences by military panel only where the circumstances in which it was committed are directly connected to the military. The appropriate remedy is to read a military connection requirement into s. 130(1)(a), as it immediately reconciles the legislation in question with the requirements of the *Charter*.

### Cases Cited

By Moldaver and Brown JJ.

**Referred to:** *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Royes*, 2016 CMAC 1, 338 C.C.C. (3d) 183; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Bryant* (1984), 48 O.R. (2d) 732; *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384; *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 232 C.C.C. (3d) 498; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398; *R. v. Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856; *R. v. Lunn* (1993), 5 C.M.A.R. 157; *R. v. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280; *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7; *O'Callahan v. Parker* (1969), 395 U.S. 258; *Solorio v. United States* (1987), 483 U.S. 435; *R. v. MacDonald* (1983), 4 C.M.A.R. 277; *Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433; *Ryan v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 563; *R. v. Moriarity*, 2014 CMAC 1, 455 N.R. 59; *R. v. Larouche*, 2014 CMAC 6, 460 N.R. 248; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233; *R. v. Ryan*, 2018 CM 2033; *R. v. Reddick* (1996), 112 C.C.C. (3d) 491.

By Karakatsanis and Rowe JJ. (dissenting)

*MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *Tsilhqot'in Nation v. British*

et le moral des Forces armées est suffisamment urgent et réel, mais il n'est pas évident qu'il exige que les infractions ordinaires soient jugées devant des tribunaux militaires. Une autre solution, qui n'aurait emporté qu'une atteinte minimale, aurait été que les infractions pénales soient jugées par un comité militaire seulement lorsqu'il y a un lien direct entre les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise et le service militaire. La réparation qui convient est l'inclusion, par voie d'interprétation extensive, d'une exigence relative au lien de connexité avec le service militaire à l'al. 130(1)a), car elle permet d'harmoniser immédiatement la loi en question avec les exigences de la *Charte*.

### Jurisprudence

Citée par les juges Moldaver et Brown

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Royes*, 2016 CACM 1; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Bryant* (1984), 48 O.R. (2d) 732; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384; *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398; *R. c. Mac*, 2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856; *R. c. Lunn* (1993), 5 C.A.C.M. 157; *R. c. Brown* (1995), 5 C.A.C.M. 280; *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7; *O'Callahan c. Parker* (1969), 395 U.S. 258; *Solorio c. United States* (1987), 483 U.S. 435; *R. c. MacDonald* (1983), 4 C.A.C.M. 277; *Ionson c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 433; *Ryan c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 563; *R. c. Moriarity*, 2014 CACM 1; *R. c. Larouche*, 2014 C.A.C.M. 6, 460 N.R. 59; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233; *R. c. Ryan*, 2018 CM 2033; *R. c. Reddick*, [1996] A.C.A.C. n° 9.

Citée par les juges Karakatsanis et Rowe (dissidents)

*MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *Nation*

*Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *R. v. Larouche*, 2014 CMAC 6, 460 N.R. 23; *Grant v. Gould* (1792), 2 H. Bl. 69, 126 E.R. 434; *R. v. MacDonald* (1983), 4 C.M.A.R. 277; *R. v. MacEachern* (1985), 4 C.M.A.R. 447; *Ryan v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 563; *Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433, aff'd [1989] 2 S.C.R. 1073; *R. v. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280; *O'Callahan v. Parker* (1969), 395 U.S. 258; *Relford v. Commandant* (1971), 401 U.S. 355; *R. v. Catudal* (1985), 4 C.M.A.R. 338; *Solorio v. United States* (1987), 483 U.S. 435; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Hannah*, 2013 CM 2011; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re Colonel Aird*, [2004] HCA 44, 209 A.L.R. 311; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 67.

### Statutes and Regulations Cited

*Act for punishing Officers or Soldiers who shall Mutiny or Desert Their Majestyes Service* (Eng.), 1689, 1 Will. 3 & Mar. 2, c. 5.

*Act respecting the Militia and Defence of the Dominion of Canada*, S.C. 1868, c. 40.

*Army Act, 1881* (U.K.), 44 & 45 Vict., c. 58, ss. 41, 48(3).

Bill C-15, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 41st Parl., 2013.

Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 36th Parl., 1998.

Bill C-60, *An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act*, 2nd Sess., 39th Parl., 2008.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7 to 14, 11.

*Constitution Act, 1867*, s. 91(7), (27).

*Constitution Act, 1982*, ss. 35, 52.

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 2.

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, Part VII, ss. 2, 271, 280 to 283, 367, 471, 718.

*Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 3(o-1).

*Military Rules of Evidence*, C.R.C., c. 1049, s. 16(2)(a).

*National Defence Act*, S.C. 1950, c. 43, ss. 119, 140(1).

*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, Parts III, VII, ss. 2, 60, 68, 70, 71, 73 to 129, 114, 130(1), 132, 165.193(1), 167 to 168, 191, 192(1), 203.1(1), (2), 273.601, 288 to 307.

*Naval Discipline Act, 1866* (U.K.), 29 & 30 Vict., c. 109, s. 45.

*Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Amax Potash Ltd. c. Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *R. c. Larouche*, 2014 CACM 6, 460 N.R. 23; *Grant c. Gould* (1792), 2 H. Bl. 69, 126 E.R. 434; *R. c. MacDonald* (1983), 4 C.M.A.R. 277; *R. c. MacEachern* (1985), 4 C.A.C.M. 447; *Ryan c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 563; *Ionson c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 433, conf. par [1989] 2 R.C.S. 1073; *R. c. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280; *O'Callahan c. Parker* (1969), 395 U.S. 258; *Relford c. Commandant* (1971), 401 U.S. 355; *R. c. Catudal* (1985), 4 C.M.A.R. 338; *Solorio c. United States* (1987), 483 U.S. 435; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Hannah*, 2013 CM 2011; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Re Colonel Aird*, [2004] HCA 44, 209 A.L.R. 311; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Schachter c. Canada* [1992] 2 R.C.S. 67.

### Lois et règlements cités

*Act for punishing Officer or Soldiers who shall Mutiny or Desert Their Majestyes Service* (Angl.), 1689, 1 Will. 3 & Mar. 2, c. 5.

*Act respecting the Militia and Defence of the Dominion of Canada*, S.C. 1868, c. 40.

*Army Act, 1881* (R.-U.), 44 & 45 Vict., c. 58, art. 41, 48(3).

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7 à 14, 11.

*Code criminel, 1892*, L.C. 1892, c. 29, art. 3(t.).

*Code criminel*, L.R.C. 1970, c. C-34, art. 2.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, partie VII, art. 2, 271, 280 à 283, 367, 471, 718.

*Loi concernant la défense nationale*, L.C. 1950, c. 43, art. 119, 140(1).

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(7), (27).

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35, 52.

*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5, parties III, VII, art. 2, 60, 68, 70, 71, 73 à 129, 114, 130(1)a), 132, 165.193(1), 167 à 168, 191, 192(1), 203.1(2), 273.601, 288-307.

*Naval Discipline Act, 1866* (R.-U.), 29 & 30 Vict., c. 109, art. 45.

Projet de loi C-15, *Loi visant à renforcer la justice militaire pour la défense du Canada*, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 2013.

Projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 1998.

Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence*, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 2008.

*Règles militaires de la preuve*, C.R.C., c. 1049, art. 16(2)(a).

**Authors Cited**

- Blackstone, William. *Commentaries on the Law of England*, Book 4. Oxford: Clarendon Press, 1765.
- Canada. Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia. *Report of the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia*, vol. 1, *Dishonoured Legacy: The Lessons of the Somalia Affair*. Ottawa, 1997.
- Canada. Department of National Defence. *Canadian Forces Administrative Order 19-16 — Civil Prosecution*, Ottawa, December 19, 1975.
- Canada. Department of National Defence. *The First Independent Review by the Right Honourable Antonio Lamer P.C., C.C., C.D. of the provisions and operation of Bill C-25, An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998*, c. 35. Ottawa, 2003.
- Canada. Department of National Defence. *Report of the Second Independent Review Authority to The Honourable Peter G. MacKay, Minister of National Defence, by the Honourable Patrick J. LeSage*. Ottawa, 2011.
- Canada. Department of National Defence. *Second Independent Review of the National Defence Act — Backgrounder*, June 8, 2012 (online: <http://www.forces.gc.ca/en/news/article.page?doc=second-independent-review-of-the-national-defence-act/hgq87xrp>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40\\_2\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_2_eng.pdf)).
- Canada. Department of National Defence. *Military Justice at the Summary Trial Level*, January 12, 2011 (online: [https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES\\_Internet/docs/en/jag/manual-mil-jus-summary-trial-level.pdf](https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/en/jag/manual-mil-jus-summary-trial-level.pdf); archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_1_eng.pdf)).
- Canada. Director of Military Prosecutions. Directive No. 002/99. “Pre-Charge Screening”, 2000 (updated September 2018) (online: [https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES\\_Internet/docs/fr/a-propos-politiques-normes-juridiques/dmp-dpm-policy-directive-002-99-pre-charge-screening-verification-pre-accusation.pdf](https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/fr/a-propos-politiques-normes-juridiques/dmp-dpm-policy-directive-002-99-pre-charge-screening-verification-pre-accusation.pdf); archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40\\_3\\_eng-fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_3_eng-fra.pdf)).
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Committee on Bill 133: An Act Respecting National Defence*, No. 1, 2nd Sess., 21st Parl., May 27, 1950.
- Canada. House of Commons. *Official Report of Debates of the House of Commons*, vol. IV, 2nd Sess., 21st Parl. 1950.

**Doctrine et autres documents cités**

- Blackstone, William. *Commentaries on the Law of England*, Book 4, Oxford, Clarendon Press, 1765.
- Canada. Bureau du vérificateur général. *Printemps 2018, Rapports du vérificateur général du Canada au Parlement du Canada : Rapport 3 — L’administration de la justice dans les Forces armées canadiennes*, Ottawa, 2018.
- Canada. Cabinet du Juge-avocat général. *Ébauche — Rapport interne — Révision globale de la cour martiale*, 17 janvier, 2018 (en ligne : [https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES\\_Internet/docs/fr/jag/revision-globale-cour-martiale-rapport-provisoire-21juillet2017.pdf](https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/fr/jag/revision-globale-cour-martiale-rapport-provisoire-21juillet2017.pdf); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40\\_4\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_4_fra.pdf)).
- Canada. Chambre des communes. *Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 2<sup>e</sup> sess., 21<sup>e</sup> lég., 1950.
- Canada. Chambre des communes. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Committee on Bill 133 : An Act Respecting National Defence*, n<sup>o</sup> 1, 2<sup>e</sup> sess., 21<sup>e</sup> lég., 27 mai 1950.
- Canada. Commission d’enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie. *Rapport de la Commission d’enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie*, vol. 1, *Un héritage déshonoré : Les leçons de l’affaire somalienne*, Ottawa, 1997.
- Canada. Directeur des poursuites militaires. Directive n<sup>o</sup> 002/99. « Vérification préalable à l’accusation », 2000 (mis à jour septembre 2018) (en ligne : [https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES\\_Internet/docs/fr/a-propos-politiques-normes-juridiques/dmp-dpm-policy-directive-002-99-pre-charge-screening-verification-pre-accusation.pdf](https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/fr/a-propos-politiques-normes-juridiques/dmp-dpm-policy-directive-002-99-pre-charge-screening-verification-pre-accusation.pdf); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40\\_3\\_eng-fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_3_eng-fra.pdf)).
- Canada. Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et les services d’enquête de la police militaire. *Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et les services d’enquête de la police militaire*, Ottawa, 1997.
- Canada. Ministère de la Défense nationale. *Deuxième examen indépendant de la Loi sur la défense nationale — Documentation*, 8 juin 2012 (en ligne : <http://www.forces.gc.ca/fr/nouvelles/article.page?doc=deuxieme-examen-independant-de-la-loi-sur-la-defense-nationale/hgq87xrp>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40\\_2\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_2_fra.pdf)).
- Canada. Ministère de la Défense nationale. *Justice militaire au procès sommaire*, 14 février 2011 (en ligne : [https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES\\_Internet/docs/fr/jag/](https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/fr/jag/)

- Canada. Office of the Auditor General. *2018 Spring Reports of the Auditor General of Canada to the Parliament of Canada: Report 3 — Administration of Justice in the Canadian Armed Forces*. Ottawa, 2018.
- Canada. Office of the Judge Advocate General. *Draft Internal Report — Court Martial Comprehensive Review*, January 17, 2018 (online: [https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES\\_Internet/docs/en/jag/court-martial-comprehensive-review-interim-report-21july2017.pdf](https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/en/jag/court-martial-comprehensive-review-interim-report-21july2017.pdf); archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40\\_4\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_4_eng.pdf)).
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 36, 1st Sess., 32nd Parl., January 12, 1981.
- Canada. Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services. *Report of the Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services*. Ottawa, 1997.
- Clode, Charles. *The Administration of Justice Under Military and Martial Law*, London: John Murray, 1872.
- Collins, Pauline Therese. “Civil-Military ‘Legal’ Relations: Where to from Here? — The Civilian Courts and the United Kingdom, United States and Australia” in *International Humanitarian Law Series*, vol. 51. Leiden, Netherlands: Brill Nijhoff, 2018.
- Collins, Pauline Therese. “The Civil Courts’ Challenge to Military Justice and Its Impact on the Civil-Military Relationship”, in Alison Duxbury and Matthew Groves, eds., *Military Justice in the Modern Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, 57.
- Crowe, Jonathan, and Suri Ratnapala. “Military Justice and Chapter III: The Constitutional Basis of Courts Martial” (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 161.
- Deschamps, Marie. *External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces*, March 27, 2015 (online: [https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES\\_Internet/docs/en/caf-community-support-services-harassment/era-final-report-april-20-2015-eng.pdf](https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/en/caf-community-support-services-harassment/era-final-report-april-20-2015-eng.pdf); archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40\\_5\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_5_eng.pdf)).
- Drapeau, Michel W. *Sexual Assaults in the Canadian Military: Is the Military Making Headway?* April 30, 2018 (online: <http://mdlo.ca/wp-content/uploads/2018/04/April-30-2018-Is-the-Cnd-Military-making-headway-002.pdf>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40\\_6\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_6_eng.pdf)).
- Fitzgerald, Thomas E. K. “The Nexus Disconnected: The Demise of the Military Nexus Doctrine” (2018), 65 *Crim. L.Q.* 155.
- manuel-jus-mil-proces-sommaire.pdf; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40\\_1\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_1_fra.pdf)).
- Canada. Ministère de la Défense nationale. *Le premier examen indépendant par le très honorable Antonio Lamer C.P., C.C., C.D., des dispositions et de l’application du projet de loi C-25, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d’autres lois en conséquence, conformément à l’article 96 des Lois du Canada (1998)*, c. 35, Ottawa, 2003.
- Canada. Ministère de la Défense nationale. *Ordonnances administratives des Forces canadiennes 19-16 — Poursuite devant un tribunal civil*, Ottawa, 19 décembre 1975.
- Canada. Ministère de la Défense nationale. *Rapport de l’autorité indépendante chargée du deuxième examen à l’honorable Peter G. MacKay, ministre de la défense nationale, par l’honorable Patrick J. Lesage*, Ottawa, 2011.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 36, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 12 janvier, 1981.
- Clode, Charles. *The Administration of Justice Under Military and Martial Law*, London, John Murray, 1872.
- Collins, Pauline Therese. « Civil-Military “Legal” Relations : Where to from Here? — The Civilian Courts and the United Kingdom, United States and Australia », in *International Humanitarian Law Series*, vol. 51, Leiden (Pays-Bas), Brill Nijhoff, 2018.
- Collins, Pauline Therese. « The Civil Courts’ Challenge to Military Justice and Its Impact on the Civil-Military Relationship », in Alison Duxbury and Matthew Groves, eds., *Military Justice in the Modern Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 57.
- Crowe, Jonathan, and Suri Ratnapala, « Military Justice and Chapter III : The Constitutional Basis of Courts Martial » (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 162.
- Deschamps, Marie. *Examen externe sur l’inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes*, 27 mars 2015 (en ligne : [https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES\\_Internet/docs/fr/communaute-fac-services-soutien-harcelement/era-final-report-april-20-2015-fr-v3.pdf](https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/fr/communaute-fac-services-soutien-harcelement/era-final-report-april-20-2015-fr-v3.pdf); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40\\_5\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_5_fra.pdf)).
- Drapeau, Michel W. *Sexual Assaults in the Canadian Military: Is the Military Making Headway?* 30 avril 2018 (en ligne : <http://mdlo.ca/wp-content/uploads/2018/04/April-30-2018-Is-the-Cnd-Military-making-headway-002.pdf>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40\\_6\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_6_eng.pdf)).
- Fitzgerald, Thomas E. K. « The Nexus Disconnected : The Demise of the Military Nexus Doctrine » (2018), 65 *Crim. L.Q.* 155.

- Friedland, Martin L. *Double Jeopardy*. Oxford: Clarendon Press, 1969.
- Ho, Rubsen. “A World That Has Walls: A Charter Analysis of Military Tribunals” (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).
- Hollies, J. H. “Canadian Military Law” (1961), 13 *Mil. L. Rev.* 69.
- Létourneau, Gilles. *Introduction to Military Justice: An Overview of the Military Penal Justice System and Its Evolution in Canada*. Montréal: Wilson Lafleur, 2012.
- Létourneau, Gilles, and Michel W. Drapeau. *Military Justice in Action: Annotated National Defence Legislation*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2015.
- Macdonald, Ronald Arthur. *Canada’s Military Lawyers*. Ottawa: Office of the Judge Advocate General, 2002.
- Madsen, Chris. *Another Kind of Justice: Canadian Military Law from Confederation to Somalia*. Vancouver: UBC Press, 1999.
- Morel, André. “Certain Guarantees of Criminal Procedure”, in Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Toronto: Carswell, 1982, 367.
- Pitzul, Jerry S.T., and John C. Maguire. “A Perspective on Canada’s Code of Service Discipline” (2002), 52 *A.F.L. Rev.* 1.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: Lexis Nexis, 2014.
- Walker, Janet. “A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine” (1993), 2 *N.J.C.L.* 366.
- Walker, Janet. “Military Justice: From Oxymoron to Aspiration” (1994), 32:1 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Friedland, Martin L. *Double Jeopardy*, Oxford, Clarendon Press, 1969.
- Ho, Rubsen. « A World That Has Walls : A Charter Analysis of Military Tribunals » (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., Supp. Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).
- Hollies, J. H. « Canadian Military Law » (1961), 13 *Mil. L. Rev.* 69.
- Létourneau, Gilles. *Initiation à la justice militaire : un tour d’horizon du système de justice pénale militaire et de son évolution au Canada*, Montréal, Wilson Lafleur, 2012.
- Létourneau, Gilles, and Michel W. Drapeau. *Military Justice in Action : Annotated National Defence Legislation*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2015.
- Macdonald, Ronald Arthur. *Les avocats militaires du Canada*, Ottawa, Cabinet du Juge-avocat général, 2002.
- Madsen, Chris. *Another Kind of Justice : Canadian Military Law from Confederation to Somalia*, Vancouver, UBC Press, 1999.
- Morel, André. « Les garanties en matière de procédure et de peines », dans Walter S. Tarnopolsky et Gérald-A. Beaudoin, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, 459.
- Pitzul, Jerry S.T., and John C. Maguire. « A Perspective on Canada’s Code of Service Discipline » (2002), 52 *A.F.L. Rev.* 1.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), Lexis Nexis, 2014.
- Walker, Janet. « A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine » (1993), 2 *R.N.D.C.* 366.
- Walker, Janet. « Military Justice : From Oxymoron to Aspiration » (1994), 32:1 *Osgoode Hall L.J.* 1.

APPEALS from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Bell C.J. and Cournoyer and Gleason J.J.A.), 2017 CMAC 2, 391 C.R.R. (2d) 156, [2017] C.M.A.J. No. 2 (QL), 2017 CarswellNat 2522 (WL Can.), affirming a decision of Perron M.J., 2013 CM 4028, 2013 CarswellNat 11404 (WL Can.), decisions of D’Auteuil M.J., 2013 CM 3032, 2013 CarswellNat 6527 (WL Can.); 2014 CM 3024, 2014 CarswellNat 8526 (WL Can.); 2015 CM 3007, 2015 CarswellNat 5821 (WL Can.); and 2015 CM 3009, 2015 CarswellNat 4878 (WL Can.), and a decision of Dutil M.J., rendered on August 22, 2014, and setting aside a decision of Dutil M.J., 2015 CM 1001, 2015 CarswellNat 146 (WL Can.). Appeals dismissed, Karakatsanis and Rowe J.J. dissenting.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de la cour martiale du Canada (le juge en chef Bell et les juges Cournoyer et Gleason), 2017 CACM 2, 391 C.R.R. (2d) 156, [2017] A.C.A.C. n° 2 (QL), 2017 CarswellNat 2523 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge militaire Perron, 2013 CM 4028, 2013 CarswellNat 11405 (WL Can.), des décisions du juge militaire D’Auteuil, 2013 CM 3032, 2013 CarswellNat 6527 (WL Can.); 2014 CM 3024, 2014 CarswellNat 8527 (WL Can.); 2015 CM 3007, 2015 CarswellNat 5822 (WL Can.); et 2015 CM 3009, 2015 CarswellNat 4879 (WL Can.), ainsi qu’une décision du juge militaire Dutil rendue le 22 août 2014, et qui a infirmé une décision du juge militaire Dutil, 2015 CM 1001, 2015 CarswellNat 146 (WL Can.). Pourvois rejetés, les juges Karakatsanis et Rowe sont dissidents.

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Bell C.J. and Gagné and Ouellette J.J.A.), 2018 CMAC 4, 430 D.L.R. (4th) 557, [2018] C.M.A.J. No. 4 (QL), 2018 CarswellNat 5345 (WL Can.), setting aside a decision of Pelletier M.J., 2016 CM 4010, 2016 CarswellNat 3501 (WL Can.). Appeal allowed, Karakatsanis and Rowe JJ. dissenting in part.

*Jean-Bruno Cloutier and Mark Létourneau*, for the appellants (37701) and the respondent (38308).

*Bruce W. MacGregor, Q.C., Dylan Kerr and Anthony M. Tamburro*, for the respondents (37701) and the appellant (38308).

*Adam Goldenberg, Peter Grbac and Asher Honickman*, for the intervener Advocates for the Rule of Law (37701 and 38308).

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ. was delivered by

MOLDAVER AND BROWN JJ. —

## I. Overview

[1] Section 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees every person charged with an offence carrying a punishment of at least five years' imprisonment the right to the benefit of a jury trial, "except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal" (in French, "*sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire*"). In these appeals, we must determine the scope of this "military exception". More particularly, we must decide whether an offence under s. 130(1)(a) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 ("NDA") falls within its scope.

[2] Since the earliest days of organized military forces in post-Confederation Canada, a separate system of military justice has operated parallel to the civilian justice system. Tailored to the unique needs of the Armed Forces, this system's processes "assure the maintenance of discipline, efficiency and morale

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada (le juge en chef Bell et les juges Gagné et Ouellette), 2018 CACM 4, 430 D.L.R. (4th) 557, [2018] A.C.A.C. n° 4 (QL), 2018 CarswellNat 5344 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge militaire Pelletier, 2016 CM 4010, 2016 CarswellNat 3501 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Karakatsanis et Rowe sont dissidents en partie.

*Jean-Bruno Cloutier et Mark Létourneau*, pour les appelants (37701) et l'intimé (38308).

*Bruce W. MacGregor, c.r., Dylan Kerr et Anthony M. Tamburro*, pour les intimés (37701) et l'appelante (38308).

*Adam Goldenberg, Peter Grbac et Asher Honickman*, pour l'intervenant Advocates for the Rule of Law (37701 et 38308).

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Côté et Brown rendu par

LES JUGES MOLDAVER ET BROWN —

## I. Aperçu

[1] L'alinéa 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à toute personne accusée d'une infraction punissable d'un emprisonnement de cinq ans ou plus le droit de bénéficier d'un procès avec jury, « sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire » (« *except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal* » dans la version anglaise). Dans le cadre des présents pourvois, nous devons établir la portée de cette « exception militaire ». Plus précisément, nous devons décider si une infraction visée à l'al. 130(1)a) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5 (« LDN »), tombe sous le coup de cette exception.

[2] Depuis l'instauration des forces militaires organisées au Canada après la Confédération, un système de justice militaire distinct fonctionne parallèlement au système de justice civil. Adaptés aux besoins particuliers des Forces armées, les processus de ce système visent « à assurer le maintien de la discipline,

of the military” (*R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 46). Its foundation is the Code of Service Discipline (“CSD”), contained in Part III of the *NDA*. The CSD, which is “an essential ingredient of service life” (*MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, at p. 400), establishes the core features of the military justice system, including the categories of persons subject to the CSD, the “service offences” (as defined in s. 2 *NDA*) which contravene the CSD, the jurisdiction of military courts (or “service tribunals”, as defined in s. 2 *NDA*) to try these offences, and the processes for challenging their decisions.

[3] Section 130(1)(a) creates, by way of incorporation, service offences that add to those already contained in the CSD. It establishes, as a service offence, any “act or omission that takes place in Canada and is punishable under . . . the *Criminal Code* or any other Act of Parliament”. This transforms criminal and other federal offences (i.e., ordinary civil offences) that take place in Canada into service offences, thereby giving service tribunals jurisdiction (concurrent with civilian courts)<sup>1</sup> over such offences when committed by a person who is subject to the CSD.

[4] This Court has considered s. 130(1)(a) on several prior occasions. Nearly four decades ago in *MacKay*, the Court confirmed that the enactment of a provision transforming ordinary civil offences into service offences is a valid exercise of Parliament’s power over “Militia, Military and Naval Service, and Defence” under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867* (see p. 397). That conclusion is not challenged here. Twelve years later in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, the Court affirmed “[t]he existence of a parallel system of military law and tribunals, for the purpose of enforcing discipline in the military” (p. 295). This observation was made in the context of a challenge to the court martial system under

<sup>1</sup> Ordinary civil offences may generally be tried in either the military justice system or the civilian justice system. The factors considered by prosecutors in streaming cases into one system or the other are outlined at paras. 102-3 of these reasons.

de l’efficacité et du moral des troupes » (*R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 46). Ce système repose sur le Code de discipline militaire (« CDM »), qui figure à la partie III de la *LDN*. Le CDM, « un ingrédient essentiel de la vie militaire » (*MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, p. 400), établit les caractéristiques essentielles du système de justice militaire, y compris les catégories de personnes assujetties au CDM, les « infractions d’ordre militaire » (définies à l’art. 2 de la *LDN*) qui contreviennent au CDM, la compétence des « tribunaux militaires » (définis à l’art. 2 de la *LDN*) pour juger ces infractions, et les processus de contestation de leurs décisions.

[3] L’alinéa 130(1)a crée, par voie d’incorporation, des infractions d’ordre militaire qui s’ajoutent à celles déjà énoncées dans le CDM. Aux termes de cet alinéa, constitue une infraction d’ordre militaire « tout acte ou omission survenu au Canada et punissable sous le régime [. . .] du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale ». Cela transforme les infractions criminelles et autres infractions fédérales (c’est-à-dire les infractions civiles ordinaires) qui surviennent au Canada en infractions d’ordre militaire, conférant ainsi aux tribunaux militaires une compétence (concurrente à celle des tribunaux civils)<sup>1</sup> à l’égard de telles infractions lorsqu’elles sont commises par une personne assujettie au CDM.

[4] La Cour a examiné l’al. 130(1)a à plusieurs reprises. Il y a près de 40 ans, dans l’arrêt *MacKay*, elle a confirmé que l’adoption d’une disposition visant à transformer les infractions civiles ordinaires en infractions d’ordre militaire constituait un exercice valide du pouvoir du Parlement sur « la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays » conféré par le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir p. 397). Cette conclusion n’est pas contestée en l’espèce. Douze ans plus tard, dans l’arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, elle a confirmé « [l]’existence d’un système parallèle de droit et de tribunaux militaires, pour le maintien de la discipline dans les Forces armées » (p. 295). Cette observation a

<sup>1</sup> Les infractions civiles ordinaires peuvent généralement être jugées soit dans le système de justice militaire, soit dans le système de justice civil. Les facteurs pris en compte par les poursuivants pour acheminer les affaires vers l’un ou l’autre des systèmes sont énoncés aux paragraphes 102 et 103 des présents motifs.



s. 11(d) of the *Charter* — which guarantees the right to be tried by an independent and impartial tribunal — brought by a member of the Armed Forces charged under what is now s. 130(1)(a), among others. Most recently in *Moriarity*, this Court held that s. 130(1)(a) is not overbroad under s. 7 of the *Charter* (para. 56), even absent a “direct link” between the circumstances of the alleged offence and military duties (see paras. 35-36). This conclusion stemmed from the recognition that “[c]riminal or fraudulent conduct, even when committed in circumstances that are not directly related to military duties, may have an impact on the standard of discipline, efficiency, and morale” in the military (para. 52).

[5] The accused persons now before this Court, all of whom were members of the Armed Forces at the relevant time, were each charged with one or more service offences under s. 130(1)(a). The underlying offences include sexual assault contrary to s. 271 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, forgery contrary to s. 367 of the *Criminal Code*, and other serious civil offences carrying a maximum punishment of at least five years’ imprisonment. Before various standing courts martial, the accused persons asserted their right to a trial by jury under s. 11(f) of the *Charter*; maintained that the military exception was not engaged in their circumstances; and claimed that, since s. 130(1)(a) brought them within the military justice system (which does not provide for a trial by jury), it is inconsistent with their s. 11(f) right. All but one of those challenges failed, and appeals ensued. While the accused persons’ appeals in *R. v. Déry*, 2017 CMAC 2, 391 C.R.R. (2d) 156 (“*Stillman*”)<sup>2</sup>, were dismissed, the appeal in *R. v. Beaudry*, 2018 CMAC 4, 430 D.L.R. (4th) 557, was allowed, resulting in a declaration that s. 130(1)(a) is inconsistent with s. 11(f) of the *Charter* and is of no force or effect in its application to any civil offence for which the maximum sentence is five years or more (hereinafter, “serious civil offence”).

<sup>2</sup> As Private Déry is no longer involved in the litigation, we will refer to this decision as *Stillman*.

été faite dans le cadre d’une contestation du système de cours martiales fondée sur l’al. 11d) de la *Charte* — lequel garantit le droit d’être jugé par un tribunal indépendant et impartial — engagée par un membre des Forces armées accusé en vertu notamment de ce qui est maintenant l’al. 130(1)a). Plus récemment, dans l’arrêt *Moriarity*, la Cour a conclu que l’al. 130(1)a) n’a pas une portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte* (par. 56), même en l’absence d’un « lien direct » entre les circonstances de l’infraction reprochée et les fonctions militaires (voir par. 35-36). Cette conclusion découlait de la reconnaissance du fait que « [m]ême commis dans des circonstances non directement liées à des fonctions militaires, un comportement criminel ou frauduleux peut avoir une incidence sur les normes applicables au titre de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes » (par. 52).

[5] Les accusés en l’espèce, tous des membres des Forces armées à l’époque pertinente, ont été accusés d’une ou de plusieurs infractions d’ordre militaire en application de l’al. 130(1)a). Les infractions sous-jacentes comprennent l’agression sexuelle, en violation de l’art. 271 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le faux, en violation de l’art. 367 du *Code criminel*, et d’autres infractions civiles graves punissables d’une peine maximale d’au moins cinq ans d’emprisonnement. Devant diverses cours martiales permanentes, les accusés ont fait valoir leur droit de bénéficier d’un procès avec jury prévu à l’al. 11f) de la *Charte*, ont soutenu que l’exception militaire ne s’appliquait pas à leur situation et ont affirmé que, comme l’al. 130(1)a) faisait en sorte que leur situation relevait du système de justice militaire (lequel ne prévoit pas de procès avec jury), cette disposition était incompatible avec le droit que leur garantit l’al. 11f). Toutes ces contestations ont été rejetées, sauf une, ce qui a donné lieu à des appels. Bien que les appels interjetés par les accusés dans *R. c. Déry*, 2017 CACM 2 (« *Stillman* »)<sup>2</sup>, aient été rejetés, l’appel dans *R. c. Beaudry*, 2018 CACM 4, a été accueilli et a donné lieu au jugement déclaratoire selon lequel l’al. 130(1)a) est incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte* et est inopérant dans son application à toute infraction civile pour laquelle la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans ou plus (ci-après « infraction civile grave »).

<sup>2</sup> Comme le soldat Déry n’est plus partie au litige, nous appellerons cette décision *Stillman*.

[6] Before this Court, the accused persons submit that the only “offence[s] under military law” captured by the military exception in s. 11(f) are those listed in ss. 73-129 of the *NDA*, which include spying for the enemy (s. 78), mutiny with violence (s. 79), insubordination (s. 85), and other “purely” military offences. In other words, they say that only “special standards of military discipline”, to which ordinary citizens are not subject, constitute “military law”.

[7] The Crown, in contrast, submits that any service offence that is validly enacted pursuant to Parliament’s authority under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*, qualifies as “an offence under military law” for the purposes of s. 11(f). It maintains that a service offence under s. 130(1)(a) is no less “an offence under military law” than spying for the enemy, mutiny, insubordination, or any other service offence set out in the *CSD*.

[8] Finally, and while neither the accused persons nor the Crown urges this Court to impose a “military nexus” requirement, that was the approach endorsed in *obiter* by the majority in *Stillman*, and as such it represents a third alternative to be considered.

[9] For reasons that follow, we conclude that s. 130(1)(a) of the *NDA* is not inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*. In our view, the words “an offence under military law” in s. 11(f) refer to a service offence that is validly enacted pursuant to Parliament’s power over “Militia, Military and Naval Service, and Defence” under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. As this Court’s jurisprudence confirms, s. 130(1)(a) is rooted in this head of power. Where, therefore, a serious civil offence is tried as a service offence under s. 130(1)(a), it qualifies as “an offence under military law”, thereby engaging the military exception in s. 11(f).

[6] Devant la Cour, les accusés font valoir que les seules « *offence[s] under military law* » (infractions au droit militaire) visées par l’exception militaire prévue à l’al. 11f) de la *Charte* sont celles énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN*, notamment l’espionnage pour le compte de l’ennemi (art. 78), la mutinerie avec violence (art. 79), l’insubordination (art. 85) et d’autres infractions d’ordre [TRADUCTION] « purement » militaire. En d’autres termes, ils affirment que seules les « normes spéciales de discipline militaire », auxquelles les citoyens ordinaires ne sont pas assujettis, constituent du « *military law* » (ci-après « droit militaire »).

[7] La Couronne, en revanche, fait valoir que toute infraction d’ordre militaire valablement édictée en vertu du pouvoir conféré au Parlement par le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* peut être considérée comme une « *offence under military law* » pour l’application de l’al. 11f). Elle soutient qu’une infraction d’ordre militaire visée à l’al. 130(1)a) n’est pas moins une « *offence under military law* » que l’espionnage pour le compte de l’ennemi, la mutinerie, l’insubordination ou toute autre infraction d’ordre militaire énoncée dans le *CDM*.

[8] Enfin, et bien que ni les accusés ni la Couronne n’exhortent la Cour à imposer l’obligation d’établir l’existence d’un « lien de connexité avec le service militaire », il s’agit de l’approche approuvée dans les remarques incidentes des juges majoritaires dans *Stillman*, ce qui constitue donc une troisième possibilité à examiner.

[9] Pour les motifs qui suivent, nous concluons que l’al. 130(1)a) de la *LDN* n’est pas incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte*. À notre avis, l’expression « *offence under military law* » figurant à cette disposition renvoie à une infraction d’ordre militaire valablement adoptée conformément au pouvoir que le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement sur « [l]a milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays ». Comme le confirme la jurisprudence de la Cour, l’al. 130(1)a) prend sa source dans ce chef de compétence. Par conséquent, lorsqu’une infraction civile grave est jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a), elle peut être considérée comme une « *offence under military law* » et entraîner par le fait même l’application de l’exception militaire prévue à l’al. 11f).

[10] Accordingly, we would dismiss the appeals in *Stillman* and allow the appeal in *Beaudry*. The declaration in *Beaudry* that s. 130(1)(a) is of no force or effect in its application to any civil offence for which the maximum sentence is imprisonment of five years or more is set aside, and the conviction is restored.

## II. Charter and Statutory Provision

[11] The two provisions at the heart of these appeals are s. 11(f) of the *Charter* and s. 130(1)(a) of the *NDA*:

### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

**11.** Any person charged with an offence has the right

...

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

### *National Defence Act*

#### PART III

#### Code of Service Discipline

...

#### Offences Punishable by Ordinary Law

##### Service trial of civil offences

**130 (1)** An act or omission

(a) that takes place in Canada and is punishable under Part VII, the Criminal Code or any other Act of Parliament, or

...

is an offence under this Division and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2).

[10] Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter les pourvois interjetés dans *Stillman* et d'accueillir le pourvoi interjeté dans *Beaudry*. Le jugement déclaratoire rendu dans *Beaudry*, selon lequel l'al. 130(1)a est inopérant dans son application à toute infraction civile pour laquelle la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans ou plus est annulé, et la déclaration de culpabilité est rétablie.

## II. Charte et disposition législative

[11] Les deux dispositions au cœur des présents pourvois sont l'al. 11f) de la *Charte* et l'al. 130(1)a de la *LDN* :

### *Charte canadienne des droits et libertés*

**11.** Tout inculpé a le droit :

...

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

### *Loi sur la défense nationale*

#### PARTIE III

#### Code de discipline militaire

...

#### Infractions de droit commun

##### Procès militaire pour infractions civiles

**130 (1)** Constitue une infraction à la présente section tout acte ou omission :

a) survenu au Canada et punissable sous le régime de la partie VII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale;

...

Quiconque en est déclaré coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2).

### III. Decisions Below

#### A. *Standing Courts Martial*

[12] The decisions of the various standing courts martial have already been recounted above. In brief, all but one of the accused persons' s. 11(f) challenges failed, leading to appeals to the Court Martial Appeal Court ("CMAC").

B. *R. v. Déry, 2017 CMAC 2, 391 C.R.R. (2d) 156 (Bell C.J. Concurring, Cournoyer and Gleason J.J.A.)*

[13] In *Stillman*, the CMAC held that it was bound by horizontal *stare decisis* to follow its previous decision in *R. v. Royes*, 2016 CMAC 1, 338 C.C.C. (3d) 183, where the court concluded that s. 130(1)(a) is not inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*. In *Royes*, the court reasoned that the acts and omissions referred to in s. 130(1)(a) are service offences and that service offences are offences under military law such that the military exception in s. 11(f) is engaged. In reaching this conclusion, the court relied heavily on this Court's decision in *Moriarity*, stating that although *Moriarity* did not expressly consider s. 11(f), it nonetheless "dictates finding that paragraph 130(1)(a) of the *NDA*, interpreted without a military nexus requirement, does not violate section 11(f) of the *Charter*" (para. 60).

[14] In *obiter dicta*, however, the majority in *Stillman* added that, in its view, *Royes* was wrongly decided. It observed that the scope of the military exception in s. 11(f) of the *Charter* was not before the Court in *Moriarity*, and that ss. 7 and 11(f) entail mutually distinct analyses. Further, citing the need to give *Charter* rights a generous and purposive interpretation, the majority reasoned that reading in a "military nexus" requirement into s. 130(1)(a) would provide the fullest measure of protection afforded by s. 11(f). It also cited an "emerging international trend [towards] restricting the jurisdiction of military tribunals" (para. 65). Finally, it stressed that the meaning

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *Cours martiales permanentes*

[12] Les décisions des diverses cours martiales permanentes ont déjà été mentionnées précédemment. En bref, toutes les contestations des accusés fondées sur l'al. 11f) ont été rejetées sauf une, ce qui a donné lieu à des appels devant la Cour d'appel de la cour martiale (« CACM »).

B. *R. c. Déry, 2017 CACM 2 (le juge en chef Bell, motifs concordants, et les juges Cournoyer et Gleason)*

[13] Dans *Stillman*, la CACM a affirmé qu'en raison du principe de l'autorité de la chose jugée par un tribunal de même instance, elle était liée par son jugement rendu antérieurement dans *R. c. Royes*, 2016 CACM 1, dans lequel elle a conclu que l'al. 130(1)a) n'est pas incompatible avec l'al. 11f) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Royes*, la cour a établi que les actes et omissions auxquels fait référence l'al. 130(1)a) sont des infractions d'ordre militaire et que de telles infractions sont des « *offence[s] under military law* », de sorte que l'exception militaire prévue à l'al. 11f) s'applique. Pour en arriver à cette conclusion, la cour s'est fortement appuyée sur l'arrêt *Moriarity* de notre Cour, déclarant que même si cet arrêt ne traitait pas expressément de l'al. 11f), il dictait néanmoins « de conclure que l'alinéa 130(1)a) de la *LDN*, interprété sans l'exigence d'un lien de connexité avec le service militaire, ne contrevient pas à l'alinéa 11f) de la *Charte* » (par. 60 (CanLII)).

[14] Toutefois, dans *Stillman*, les juges majoritaires ont ajouté dans des remarques incidentes qu'à leur avis, l'arrêt *Royes* est erroné. Ils ont fait remarquer que la question de la portée de l'exception militaire, prévue à l'al. 11f) de la *Charte*, n'avait pas été soumise à la Cour dans *Moriarity*, et que l'art. 7 et l'al. 11f) nécessitaient des analyses distinctes. De plus, invoquant la nécessité d'interpréter les droits garantis par la *Charte* de manière libérale et téléologique, les juges majoritaires ont expliqué que le fait d'inclure par voie d'interprétation extensive dans l'al. 130(1)a) l'obligation d'établir l'existence d'un « lien de connexité avec

of “an offence under military law” should be informed by the *Charter* and *Charter* values, rather than by Parliament’s chosen definition of “military law”, which may change from time to time. In sum, the majority took the view that it is only by reading in a “military nexus” requirement that s. 130(1)(a) can pass constitutional muster under s. 11(f).

[15] In his concurring reasons, Bell C.J. agreed with the majority that the court was bound by *Royes*, but disagreed with the majority’s view that *Royes* was incorrectly decided.

C. *R. v. Beaudry*, 2018 CMC 4, 430 D.L.R. (4th) 557 (Bell C.J. Dissenting, Gagné and Ouellette J.J.A.)

[16] In *Beaudry*, the majority held that it was not bound by *Royes* and *Stillman*, stating that horizontal *stare decisis* “will not be applied too strictly” where a citizen’s freedom is concerned (para. 19 (CanLII)). The majority was fortified in this view by the irreconcilability of *Royes* and the *obiter* discussion in *Stillman*, the resulting uncertainty in the law, and the fact that this Court had already granted leave in *Stillman*.

[17] Having determined that it was not bound by *Royes* and *Stillman*, the majority considered the scope of the military exception in s. 11(f) of the *Charter* afresh, concluding that the only offences that qualify as “offence[s] under military law” for the purposes of s. 11(f) are those listed in ss. 73 to 129 of the *NDA*. Accordingly, the majority held that s. 130(1)(a) is inconsistent with s. 11(f) because it deprives service members of the right to a trial by jury for serious

le service militaire » permettrait d’accorder, dans sa pleine mesure, la protection conférée par l’al. 11f). Ils ont également invoqué une « tendance émergente, à l’échelle internationale, visant à restreindre la compétence des tribunaux militaires » (par. 65). Enfin, ils ont souligné que la signification de l’expression « *offence under military law* » devrait s’inspirer de la *Charte* et de ses valeurs, plutôt que d’une définition de droit militaire choisie par le Parlement, qui peut être modifiée périodiquement. En somme, les juges majoritaires se sont dits d’avis que seule l’inclusion par voie d’interprétation extensive de l’obligation d’établir l’existence d’un « lien de connexité avec le service militaire » permet à l’al. 130(1)a) de résister à un examen constitutionnel fondé sur l’al. 11f).

[15] Dans ses motifs concordants, le juge en chef Bell a convenu avec les juges majoritaires que la cour était liée par l’arrêt *Royes*, mais il a exprimé son désaccord avec leur point de vue selon lequel cet arrêt était erroné.

C. *R. c. Beaudry*, 2018 CACM 4 (le juge en chef Bell dissident, et les juges Gagné et Ouellette)

[16] Dans l’arrêt *Beaudry*, les juges majoritaires ont estimé qu’ils n’étaient pas liés par les arrêts *Royes* et *Stillman*, affirmant que le principe de l’autorité de la chose jugée par un tribunal de même instance « ne sera pas appliqué avec trop de rigidité » lorsque la liberté d’un citoyen est en cause (par. 19 (CanLII)). Les juges majoritaires ont été confortés dans leur opinion par l’incompatibilité de l’arrêt *Royes* et des remarques incidentes formulées dans *Stillman*, par l’incertitude dans l’état du droit qui en découle et par le fait que la Cour avait déjà accordé l’autorisation d’interjeter appel dans *Stillman*.

[17] Ayant estimé qu’ils n’étaient pas liés par les arrêts *Royes* et *Stillman*, les juges majoritaires se sont penchés de nouveau sur la portée de l’exception militaire prévue à l’al. 11f) de la *Charte* et ont conclu que les seules infractions susceptibles d’être considérées comme des « *offence[s] under military law* » pour l’application de l’al. 11f) étaient celles énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN*. Par conséquent, ils ont statué que l’al. 130(1)a) est incompatible avec

civil offences. It further held that this inconsistency could not be justified under s. 1 of the *Charter*, and declared s. 130(1)(a) to be of no force or effect in its application to any serious civil offence.

[18] In dissent, Bell C.J. maintained that the court was bound by *Royes* and *Stillman*, such that s. 130(1)(a) is not inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*.

#### IV. Issue

[19] The issue on appeal is whether s. 130(1)(a) of the *NDA* is inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*. This turns on whether a serious civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) qualifies as “an offence under military law”, thereby engaging the military exception in s. 11(f).

#### V. Analysis

[20] To resolve the issue raised on these appeals, we will first examine the right to a trial by jury under s. 11(f) of the *Charter*, then turn to consider the military exception. As we will explain, the inclusion of a military exception shows that s. 11(f) contemplates a parallel system of military justice designed to foster discipline, efficiency, and morale in the military. To understand this parallel system and why it is the subject of a discrete exception in s. 11(f), we trace its evolution over time from a command-centric model of discipline to a full partner in administering justice alongside the civilian justice system. This in turn bears on the meaning of the words “an offence under military law” in s. 11(f) which, as we will also explain, captures any service offence validly enacted pursuant to Parliament’s power under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*.

l’al. 11f) parce qu’il prive les militaires du droit de bénéficier d’un procès avec jury pour des infractions civiles graves. Ils ont en outre conclu que cette incompatibilité ne pouvait se justifier au regard de l’article premier de la *Charte* et ont déclaré que l’al. 130(1)a) était inopérant dans son application à toute infraction civile grave.

[18] Dans ses motifs dissidents, le juge en chef Bell a affirmé que la cour était liée par les arrêts *Royes* et *Stillman*, de sorte que l’al. 130(1)a) n’était pas incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte*.

#### IV. Question en litige

[19] Les pourvois soulèvent la question de savoir si l’al. 130(1)a) de la *LDN* est incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte*. Il s’agit de décider si une infraction civile grave jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a) peut être considérée comme une « *offence under military law* » et entraîner par le fait même l’application de l’exception militaire prévue à l’al. 11f).

#### V. Analyse

[20] Pour trancher la question soulevée par les présents pourvois, nous nous pencherons d’abord sur le droit à un procès avec jury garanti par l’al. 11f) de la *Charte*, puis nous examinerons l’exception militaire. Comme nous l’expliquerons plus loin, l’inclusion d’une telle exception montre que l’al. 11f) envisage un système de justice militaire parallèle visant à favoriser la discipline, l’efficacité et le moral des troupes. Pour comprendre ce système parallèle et la raison pour laquelle il fait l’objet d’une exception distincte à l’al. 11f), nous retracerons son évolution au fil du temps — d’un modèle de discipline centré sur le commandement, il est devenu un partenaire à part entière du système de justice civil dans l’administration de la justice —, ce qui influe sur le sens de l’expression « *offence under military law* » prévue à l’al. 11f), qui, comme nous l’expliquerons également, englobe toute infraction d’ordre militaire validement adoptée en vertu du pouvoir conféré au Parlement par le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

A. *Section 11(f) of the Charter*(1) Principles of Constitutional Interpretation

[21] A *Charter* right must be understood “in the light of the interests it was meant to protect” (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; see also *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 157), accounting for “the character and the larger objects of the *Charter* itself”, “the language chosen to articulate the specific right or freedom”, “the historical origins of the concepts enshrined” and, where applicable, “the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*” (*Big M*, at p. 344). It follows that *Charter* rights are to be interpreted “generous[ly]”, aiming to “fulfi[l] the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*’s protection” (*ibid.*). At the same time, it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question (*ibid.*). As Professor Hogg observes:

In the case of most rights . . . the widest possible reading of the right, which is the most generous interpretation, will “overshoot” the purpose of the right, by including behaviour that is outside the purpose and unworthy of constitutional protection. The effect of a purposive approach is normally going to be to narrow the scope of the right. Generosity is a helpful idea as long as it is subordinate to purpose. [Footnote omitted.]

(*Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 36-30)

[22] Generally speaking, the same core interpretive principles that apply to *rights* stated in the *Charter* also apply to *exceptions* stated in the *Charter*. They are to be read purposively, rather than in a technical or legalistic fashion. And, just as courts must take care not to “overshoot” the purpose of a *Charter* right by giving it an unduly generous interpretation, so too must they be careful not to “undershoot” the purpose of a *Charter* exception by giving it an unduly narrow interpretation. But since a *Charter* exception can be understood only if the right it qualifies

A. *Alinéa 11f) de la Charte*(1) Principes d’interprétation constitutionnelle

[21] Un droit garanti par la *Charte* doit s’interpréter « en fonction des intérêts qu’i[l] vis[e] à protéger » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; voir aussi *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 157), en tenant compte « de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même », « des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté », « des origines historiques des concepts enchâssés » et, s’il y a lieu, « du sens et de l’objet des autres libertés et droits particuliers qui s’y rattachent selon le texte de la *Charte* » (*Big M*, p. 344). Il s’ensuit que l’interprétation des droits garantis par la *Charte* doit être « libérale » et « viser à réaliser l’objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* » (*ibid.*). En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question (*ibid.*). Comme le fait remarquer le professeur Hogg :

[TRADUCTION] Dans le cas de la plupart des droits [. . .] l’interprétation la plus large possible du droit, qui est l’interprétation la plus libérale, « [ira] au-delà » de l’objet du droit en englobant des comportements qui ne s’inscrivent pas dans le cadre de l’objet et ne sont pas dignes d’une protection constitutionnelle. Une interprétation téléologique a généralement pour effet de restreindre la portée du droit. L’interprétation libérale est un concept utile tant qu’il est subordonné à l’objet. [Note en bas de page omise.]

(*Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), p. 36-30)

[22] Règle générale, les principes fondamentaux d’interprétation s’appliquant aux *droits* qu’énonce la *Charte* s’appliquent également aux *exceptions* qu’elle prévoit. Leur interprétation doit être téléologique plutôt que technique ou formaliste. En outre, tout comme ils doivent veiller à ne pas « aller au-delà » de l’objet d’un *droit* garanti par la *Charte* en accordant à ce droit une interprétation indûment libérale, les tribunaux doivent également prendre garde de ne pas « rester en deçà » de l’objet d’une *exception* prévue par la *Charte* en donnant à cette

is understood, the court should consider the two together.

[23] Bearing these principles in mind, we turn first to consider the right to a trial by jury under s. 11(f) of the *Charter* before moving to the military exception.

(2) The Right to a Trial by Jury

[24] Jury trials in English courts can be traced back more than 900 years to the time of William the Conqueror (see *R. v. Bryant* (1984), 48 O.R. (2d) 732 (C.A.), at p. 742, citing W. S. Holdsworth, *A History of English Law* (5th ed. 1931), vol. 1, at pp. 312-50). The jury “protected accused persons in times past when the monarch could exert undue influence on proceedings being conducted in his own courts” (*R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384, at p. 1401) and provided “a mean[s] of counterbalancing the broad powers of the King and later the State” (*R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 232 C.C.C. (3d) 498, at para. 75).

[25] The modern-day understanding of the nature and importance of the right to a trial by jury was explained in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, where Wilson J. wrote:

The right of the accused to receive a trial before a judge and jury of his or her peers is an important right which individuals have historically enjoyed in the common law world. The jury has often been praised as a bulwark of individual liberty. Sir William Blackstone, for example, called the jury “the glory of the English law” and “the most transcendent privilege which any subject can enjoy”: Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (8th ed. 1778), vol. 3, at p. 379.

The jury serves collective or social interests in addition to protecting the individual. The jury advances social purposes primarily by acting as a vehicle of public education and lending the weight of community standards to trial verdicts. Sir James Stephen underlined

exception une interprétation indûment restrictive. Cependant, comme une exception prévue par la *Charte* ne peut être interprétée qu’en fonction du droit qu’elle restreint, le tribunal devrait les examiner ensemble.

[23] Gardant ces principes à l’esprit, nous nous pencherons d’abord sur le droit à un procès avec jury garanti par l’al. 11f) de la *Charte* avant de nous tourner vers l’exception militaire.

(2) Le droit à un procès avec jury

[24] Dans les tribunaux anglais, la tenue de procès avec jury remonte à il y a plus de 900 ans, à l’époque de Guillaume le Conquérant (voir *R. c. Bryant* (1984), 48 O.R. (2d) 732 (C.A.), p. 742, citant sir W. S. Holdsworth, *A History of English Law* (5<sup>e</sup> éd. 1931), vol. 1, p. 312-350). Le jury « assurait la protection des accusés à l’époque, maintenant révolue, où le monarque pouvait exercer une influence indue sur les procédures qui se déroulaient devant ses propres tribunaux » (*R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, p. 1401) et constituait un moyen de « contrebalancer les pouvoirs étendus du Roi et par la suite de l’État » (*R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, par. 75 (CanLII)).

[25] La compréhension moderne de la nature et de l’importance du droit à un procès avec jury a été expliquée dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, où la juge Wilson a écrit ce qui suit :

Le droit d’un accusé de subir un procès devant un juge et un jury composé de ses pairs est un droit important dont les personnes jouissent depuis fort longtemps dans les pays de *common law*. Le jury a souvent été louangé comme étant le rempart des libertés individuelles. Par exemple, sir William Blackstone a qualifié le jury de [TRADUCTION] « gloire du droit anglais » et de [TRADUCTION] « privilège le plus transcendant dont tout sujet peut jouir » : Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (8<sup>e</sup> éd. 1778), vol. 3, à la p. 379.

Le jury joue un rôle collectif ou social en plus d’assurer la protection des individus. Le jury remplit ce rôle social premièrement en servant de moyen d’éducation du public et en incorporant les normes de la société aux verdicts des procès. Sir James Stephen souligne le rôle



the collective interests served by trial by jury when he stated:

... trial by jury interests large numbers of people in the administration of justice and makes them responsible for it. It is difficult to over-estimate the importance of this. It gives a degree of power and of popularity to the administration of justice which could hardly be derived from any other source.

(J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, at p. 573.)

In both its study paper (*The Jury in Criminal Trials* (1980), at pp. 5-17) and in its report to Parliament (*The Jury* (1982), at p. 5) the Law Reform Commission of Canada recognized that the jury functions both as a protection for the accused and as a public institution which benefits society in its educative and legitimizing roles. [pp. 1309-10]

[26] Not long after *Turpin* was decided, L'Heureux-Dubé J. described the role and significance of the jury as an institution in *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509:

The jury, through its collective decision making, is an excellent fact finder; due to its representative character, it acts as the conscience of the community; the jury can act as the final bulwark against oppressive laws or their enforcement; it provides a means whereby the public increases its knowledge of the criminal justice system and it increases, through the involvement of the public, societal trust in the system as a whole. [pp. 523-24]

[27] More recently, the majority in *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398, emphasized that “[t]he right to be tried by a jury of one’s peers is one of the cornerstones of our criminal justice system” (para. 1). This is illustrated by the fact that under s. 471 of the *Criminal Code*, every person charged with an indictable offence shall be tried by a judge and jury unless otherwise stipulated by law.

[28] This brief review reveals that the right to a jury serves two main purposes. First, at the individual

collectif que remplit le procès par jury dans les termes suivants :

[TRADUCTION] . . . le procès avec jury intéresse un grand nombre de personnes à l’administration de la justice et leur en fait porter la responsabilité. On ne saurait accorder trop d’importance à cet aspect. Il confère un degré de puissance et de popularité à l’administration de la justice qui pourrait difficilement provenir d’une autre source.

(J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, à la p. 573.)

Aussi bien dans son document de travail intitulé *Le jury en droit pénal* (1980), aux pp. 5 à 17, que dans son rapport au Parlement intitulé *Le jury* (1982), à la p. 5, la Commission de réforme du droit du Canada a reconnu que le jury joue un rôle tant à l’égard de la protection de l’accusé qu’à titre d’institution publique dont la société profite à cause de ses fonctions d’éducation et de légitimation. [p. 1309-1310]

[26] Peu après le prononcé de l’arrêt *Turpin*, la juge L’Heureux-Dubé a décrit le rôle et l’importance du jury en tant qu’institution dans *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509 :

Le jury, en raison du caractère collectif de ses décisions, s’avère un excellent juge des faits. Sa représentativité en fait la conscience de la collectivité. De plus, le jury peut servir de dernier rempart contre les lois oppressives ou leur application. Il constitue un moyen par lequel le public acquiert une meilleure connaissance du système de justice criminelle et, grâce à la participation du public, le jury accroît la confiance de la société dans l’ensemble du système. [p. 523-524]

[27] Plus récemment, les juges majoritaires dans *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398, ont souligné que « [l]e droit d’être jugé par un jury formé de ses pairs est l’une des pierres angulaires de notre système de justice pénale » (par. 1). À preuve, suivant l’art. 471 du *Code criminel*, toute personne inculpée d’un acte criminel doit être jugée par un juge et un jury, sauf disposition contraire de la loi.

[28] Ce bref examen révèle que le droit à un procès avec jury poursuit deux objectifs principaux.

level, it protects the accused by giving him or her the benefit of a trial by his or her peers. Since the right is held by the accused, this individual dimension is of utmost importance. Secondly, at the societal level, it provides a vehicle for public education about the criminal justice system and lends the weight of community standards to trial verdicts.

[29] Notwithstanding the significance of these twin purposes, the right to a trial by jury is not absolute. Rather, s. 11(f) carves out an internal exception to this right, which distinguishes it from most other *Charter* rights.

### (3) The Military Exception

[30] Section 11(f) carves out an exception to the right to a trial by jury that applies to “an offence under military law tried before a military tribunal” (in French, “*une infraction relevant de la justice militaire*”). This exception “contemplate[s] the existence of a system of military tribunals with jurisdiction over cases governed by military law” (*Généreux*, at p. 296).

#### (a) *The Shared Meaning of the English and French Text*

[31] A preliminary interpretive issue arose in *Beaudry*. The English text in s. 11(f) appears to differ in substance from the French. The English version refers to two separate components: for the exception to apply, the offence must be both (1) “under military law” and (2) “tried before a military tribunal”. For its part, the French version refers to a single component: “*une infraction relevant de la justice militaire*” (an offence under the military justice system).

[32] As Bastarache J. stated in *R. v. Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856, “statutory interpretation of bilingual enactments begins with a search for the shared meaning between the two versions” (para. 5, citing P.-A. Côté, *Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 327). The question, then, is as follows: What is the shared meaning

Premièrement, sur le plan individuel, il protège l’accusé en lui permettant d’être jugé par ses pairs. Comme le droit appartient à l’accusé, cette dimension individuelle est de la plus haute importance. Deuxièmement, sur le plan social, il sert de moyen d’éduquer le public sur le système de justice pénale et il incorpore les normes de la société aux verdicts des procès.

[29] Malgré l’importance de ce double objectif, le droit à un procès avec jury n’est pas absolu. L’alinéa 11f) prévoit plutôt une exception à ce droit, ce qui le distingue de la plupart des autres droits garantis par la *Charte*.

### (3) L’exception militaire

[30] L’alinéa 11f) prévoit une exception au droit de bénéficier d’un procès avec jury qui s’applique à « une infraction relevant de la justice militaire » (« *an offence under military law tried before a military tribunal* » dans la version anglaise). Cette exception « prévoit l’existence d’un système de tribunaux militaires ayant compétence sur les affaires régies par le droit militaire » (*Généreux*, p. 296).

#### a) *Le sens commun des versions anglaise et française*

[31] Une question d’interprétation préliminaire a été soulevée dans l’arrêt *Beaudry*. Il semble y avoir une différence, sur le plan du fond, entre les textes anglais et français de l’al. 11f). La version anglaise comprend deux volets distincts : pour que l’exception s’applique, il doit s’agir d’une infraction (1) « *under military law* » (au droit militaire) (2) « *tried before a military tribunal* » (jugée devant un tribunal militaire). Pour sa part, la version française ne comporte qu’un seul volet : « une infraction relevant de la justice militaire ».

[32] Comme l’a déclaré le juge Bastarache dans l’arrêt *R. c. Mac*, 2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856, « pour interpréter une loi bilingue, il faut en premier lieu rechercher le sens qui est commun aux deux versions » (par. 5, citant P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3<sup>e</sup> éd. 1999), p. 413-414). La question qui se pose est donc la suivante : Quel est le sens commun

between the English and French versions of the military exception in s. 11(f)?

[33] In our view, the English and French texts share a single meaning. Whereas the English version refers to substantive law (“military law”) and forum (“military tribunal”) independently, the French version simply uses the more compendious “*relevant de la justice militaire*” (under the military justice system), which encompasses both substantive law and forum. These two elements should be read together as denoting the military justice system *as a whole*, as the French text makes clear.

[34] In determining the scope of the military exception, we will first turn to the system of military justice contemplated by this exception.

#### B. *Canada’s Military Justice System*

##### (1) The Existence and Purpose of Canada’s Parallel System of Military Justice

[35] Canada’s military justice system has always been separate from the civilian justice system. “[D]eeply entrenched in our history” (*Généreux*, at p. 295), its purpose is to provide processes that will “assure the maintenance of discipline, efficiency and morale of the military” (*Moriarity*, at para. 46; see also *Généreux*, at p. 293).

[36] The military justice system is therefore designed to meet the unique needs of the military with respect to discipline, efficiency, and morale. As Lamer C.J. wrote in *Généreux*, “[t]o maintain the Armed Forces in a state of readiness, the military must be in a position to enforce internal discipline effectively and efficiently. Breaches of military discipline must be dealt with speedily and, frequently, punished more severely than would be the case if a civilian engaged in such conduct” (p. 293). Further, “[r]ecourse to the ordinary criminal courts would, as a general rule, be inadequate to serve the particular disciplinary needs of the military” (*ibid.*). And, while these purposes of the military justice system have remained consistent over the years, the complexion of the system itself has changed significantly over

aux versions anglaise et française de l’exception militaire prévue à l’al. 11f)?

[33] À notre avis, les textes anglais et français ont un seul et même sens. Alors que la version anglaise mentionne distinctement le droit substantiel (« *military law* ») et le tribunal (« *military tribunal* »), la version française utilise uniquement l’expression « *relevant de la justice militaire* », qui est plus concise et qui englobe le droit substantiel et le tribunal. Ces deux éléments devraient être interprétés conjointement et être considérés comme renvoyant au système de justice militaire *dans son ensemble*, comme l’indique clairement le texte français de la disposition.

[34] Pour déterminer la portée de l’exception militaire, nous nous pencherons d’abord sur le système de justice militaire visé par cette exception.

#### B. *Système de justice militaire canadien*

##### (1) L’existence et l’objectif du système de justice militaire parallèle du Canada

[35] Le système de justice militaire canadien a toujours été distinct du système de justice civil. « [P]rofondément enracin[é] dans notre histoire » (*Généreux*, p. 295), il vise à établir des processus visant à « assurer le maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes » (*Moriarity*, par. 46; voir aussi *Généreux*, p. 293).

[36] Le système de justice militaire est donc conçu pour répondre aux besoins particuliers des troupes sur les plans de la discipline, de l’efficacité et du moral. Comme l’a écrit le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Généreux*, « [p]our que les Forces armées soient prêtes à intervenir, les autorités militaires doivent être en mesure de faire respecter la discipline interne de manière efficace. Les manquements à la discipline militaire doivent être réprimés promptement et, dans bien des cas, punis plus durement que si les mêmes actes avaient été accomplis par un civil » (p. 293). Il ajoute que « [l]e recours aux tribunaux criminels ordinaires, en règle générale, serait insuffisant pour satisfaire aux besoins particuliers des Forces armées sur le plan de la discipline » (*ibid.*). Bien que les objectifs du système de justice militaire

time in response to developments in law, military life, and society, more broadly.

## (2) Early History

[37] Canadian military law traces its roots to the United Kingdom (see Office of the Judge Advocate General, *Draft Internal Report — Court Martial Comprehensive Review*, January 17, 2018 (online) (“*CMCR Interim Report*”), at p. 31, citing R. A. Macdonald, “The Trail of Discipline: The Historical Roots of Canadian Military Law” (1985), 1 *JAG Journal* 1, at pp. 6-7). “Shortly after Confederation, the Canadian Army was first organized under the *Militia Act of 1868*”, which served to incorporate the existing U.K. *Army Act* (see *CMCR Interim Report*, at p. 31, citing J. B. Fay, “Canadian Military Criminal Law: An Examination of Military Justice” (1975), 23 *Chitty’s L.J.* 120, at pp. 121-22). The Royal Canadian Navy and the Royal Canadian Air Force followed suit, drawing upon existing U.K. statutes for their respective disciplinary codes (*ibid.*).

[38] Until the *NDA* was enacted in 1950, control over military discipline was concentrated in the chain of command, consistent with the prevailing attitudes of the time that military discipline was the prerogative of commanders, and that “the soldier should learn to look to his officer alone for justice” (*CMCR Interim Report*, at p. 31, quoting C. Madsen, *Another Kind of Justice: Canadian Military Law from Confederation to Somalia* (1999), at p. 11). Charges that led to court martial (i.e., military court) proceedings originated within the forces, and the officers who formed part of the court martial that would try the case would decide the matter without necessarily having the assistance of a trained lawyer or judge (“judge advocate”) instructing them on the law (see *CMCR Interim Report*, at p. 31, citing R. A. Macdonald, *Canada’s Military Lawyers* (2002), at pp. 6-9). Nor could the accused generally appeal the verdict of a court martial.

soient demeurés les mêmes au fil des ans, le caractère du système lui-même a grandement changé avec le temps en réponse à l’évolution du droit, de la vie militaire et, de façon plus générale, de la société.

## (2) Les débuts

[37] Le droit militaire canadien trouve son origine dans le droit militaire du Royaume-Uni (voir Cabinet du juge-avocat général, *Ébauche — Rapport interne — Révision globale de la cour martiale*, 17 janvier 2018 (en ligne) (« *rapport provisoire issu de la RGCM* »), p. 25, citant R. A. Macdonald, « Le sentier de la discipline : les racines historiques du Code de Justice militaire canadien » (1985), 1 *Rev. JAG* 1, p. 7-8). « Peu de temps après la Confédération, soit en 1868, l’AC [l’armée canadienne] a été établie en vertu de la *Militia Act* (Loi sur la Milice) », laquelle a servi à incorporer l’*Army Act* britannique existante (voir *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 25, citant J. B. Fay, « Canadian Military Criminal Law : An Examination of Military Justice » (1975), 23 *Chitty’s L.J.* 120, p. 121-122). La Marine royale canadienne et l’Aviation royale du Canada ont fait de même, s’appuyant sur les lois existantes au R.-U. pour établir leur code de discipline respectif (*ibid.*).

[38] Jusqu’à l’adoption de la *LDN* en 1950, le contrôle de la discipline militaire relevait principalement de la chaîne de commandement conformément à la mentalité de l’époque, selon laquelle la discipline militaire est la prérogative des commandants et [TRADUCTION] « le soldat doit accepter qu’en ce qui concerne les questions de justice il doit s’en remettre à son officier » (voir *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 26, citant C. Madsen, *Another Kind of Justice : Canadian Military Law from Confederation to Somalia* (1999), p. 11). Les accusations qui menaient une personne en cour martiale (c.-à-d., devant un tribunal militaire) étaient déposées par un membre des forces armées, et les officiers qui constituaient la cour martiale chargée de juger l’affaire statuaient sur celle-ci sans nécessairement être conseillés sur le plan juridique par un avocat ou juge qualifié (« juge-avocat ») (voir *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 25, citant R. A. Macdonald, *Les avocats militaires du Canada* (2002), p. 6-10). En outre, l’accusé ne pouvait généralement pas interjeter appel du verdict d’une cour martiale.

[39] Hence, at this early stage of the Canadian military justice system's development, the system was largely a "command-centric disciplinary tool" (*CMCR Interim Report*, at p. 51). The need for commanders to have access to "an instrument for dealing with serious misconduct by their personnel that would swiftly and strongly promote discipline" was seen as paramount (*ibid.*), and "the focus of a court martial was placed far more on discipline than on what we would now call justice" (*ibid.*, at p. 32).

(3) The National Defence Act of 1950

[40] After World War II, Canada sought to reform its military law (see *CMCR Interim Report*, at p. 32). The centrepiece of this reform effort was the *National Defence Act*, S.C. 1950, c. 43, which amalgamated several military statutes into a single piece of legislation, created a uniform Code of Service Discipline applicable to all three services (Army, Navy, and Air Force), and modernized many aspects of military justice (*ibid.*, at p. 33).

[41] The *NDA* of 1950, ushered in a new era of military justice — it "represented a major evolution toward standards of justice that applied in civilian criminal courts in a number of ways" (*ibid.*). For example, it created a statutory right of appeal from findings and sentences of courts martial to the Court Martial Review Board, aligned many punishments and procedures more closely with civilian equivalents, and required a legally trained judge advocate to officiate at every General Court Martial hearing (*ibid.*, citing W. J. Lawson, "Canadian Military Law" (1951), 9 *Judge Advocate J.* 1, at pp. 7-11). At the same time, "many of the more command-centric features of the court martial system remained in place" (*ibid.*, at p. 33). For example, military commanders continued to enjoy the authority to overrule decisions of courts martial, and military prosecutors lacked the broad discretion that is standard for civilian prosecutors (*ibid.*, at p. 34).

[39] En conséquence, en cette étape initiale de son évolution, le système de justice militaire canadien était essentiellement un « outil disciplinaire centré sur le commandement » (*rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 47). Le besoin qu'avaient les commandants d'avoir accès à un « instrument leur permettant de gérer les inconduites graves de leur personnel et de renforcer rapidement et sensiblement la discipline » était considéré comme primordial (*ibid.*), et « les cours martiales s'intéressaient davantage à la discipline qu'à ce que l'on considère aujourd'hui comme étant la justice » (*ibid.*, p. 26).

(3) La Loi sur la défense nationale de 1950

[40] Après la Deuxième Guerre mondiale, le Canada a tenté de réformer son droit militaire (voir *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 26). Au centre de cette réforme se trouvait la *Loi sur la défense nationale*, S.C. 1950, c. 43, laquelle a amalgamé plusieurs lois militaires pour n'en former qu'une seule, a créé un code de discipline militaire uniforme applicable aux trois services (l'Armée de terre, la Marine et la Force aérienne) et a modernisé de nombreux aspects de la justice militaire (*ibid.*, p. 27).

[41] La *LDN* de 1950 a marqué le début d'une nouvelle ère pour la justice militaire, car elle « a permis de rendre applicables les normes de justice que doivent appliquer les tribunaux civils de juridiction criminelle » (*ibid.*). Par exemple, elle a créé un droit d'appel à l'encontre des décisions des cours martiales et des peines infligées par celles-ci devant le Conseil de révision des cours martiales, elle a rendu de nombreuses peines et procédures plus conformes à leurs équivalents civils et elle a exigé que toute audience d'une cour martiale générale soit présidée par un juge-avocat ayant suivi une formation en droit (*ibid.*, citant W. J. Lawson, « Canadian Military Law » (1951), 9 *Judge Advocate J.* 1, p. 7-11). Parallèlement, « bon nombre de caractéristiques du système de cours martiales mettant davantage l'accent sur le commandement ont été conservées » (*ibid.*, p. 28). Par exemple, les commandants militaires continuaient d'avoir le pouvoir d'infirmier les décisions des cours martiales et les procureurs militaires n'avaient pas le large pouvoir discrétionnaire qu'ont normalement les procureurs civils (*ibid.*, p. 28).

(4) Charter-Era Reforms to the *National Defence Act*

[42] For almost half a century, the *NDA* remained largely unchanged (see *CMCR Interim Report*, at p. 34). Beginning in the early 1990s, however, important amendments and associated regulations were implemented in response to changing attitudes regarding due process, legal developments such as the *Charter* and subsequent decisions of the CMAC and this Court, and several detailed studies examining the military justice system (*ibid.*, at pp. 34 and 52).

[43] As to regulatory reform, in 1990 the Governor-in-Council amended the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, which are the main source of regulations governing the military, in an effort to strengthen the military justice system by providing more independence to key actors in that system (*ibid.*, at pp. 34-35).

[44] Jurisprudential developments included the 1992 constitutional challenge in *Généreux* to parts of the pre-1990 regime. The appellant in that case argued that a General Court Martial under the pre-1990 regime was not “an independent and impartial tribunal” within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*. Lamer C.J. confirmed that the military justice system, like its civilian counterpart, must comply with the *Charter*, although this does not require that the two systems be identical in every respect. He further held that the military justice system is not, by its very nature as a parallel system staffed by members of the military who are aware of and sensitive to military concerns, inconsistent with s. 11(d).

[45] That said, Lamer C.J. found shortcomings in the independence and impartiality of the General Court Martial as it existed under the pre-1990 regime. For example, there was no formal prohibition against evaluating officers on the basis of their performance at a General Court Martial for the purposes of setting

(4) Les réformes de la *Loi sur la défense nationale* à l'ère de la *Charte*

[42] Durant près d'un demi-siècle, la *LDN* est demeurée essentiellement inchangée (voir *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 28). Toutefois, au début des années 1990, d'importantes modifications et des règlements d'application ont été mis en œuvre en réponse au changement d'attitude à l'égard de l'application régulière de la loi, à des innovations juridiques comme la *Charte*, à des décisions subséquentes de la CACM et de la Cour, ainsi qu'à plusieurs études détaillées portant sur le système de justice militaire (*ibid.*, p. 28-29 et 48-49).

[43] En ce qui concerne la réforme réglementaire, en 1990, le gouverneur en conseil a modifié les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, lesquels constituent la source principale de règlements régissant les militaires, afin de renforcer le système de justice militaire en offrant à ses intervenants clés une plus grande indépendance (*ibid.*, p. 28-30).

[44] L'évolution de la jurisprudence a notamment été marquée par l'arrêt *Généreux* de 1992 dans lequel la validité constitutionnelle de certaines parties du régime antérieur à 1990 était contestée. Dans cette affaire, l'appelant faisait valoir qu'avant 1990, une cour martiale générale ne constituait pas « un tribunal indépendant et impartial » au sens de l'al. 11d) de la *Charte*. Le juge en chef Lamer a confirmé que bien qu'il ne soit pas nécessaire que les deux systèmes soient identiques en tous points, le système de justice militaire, tout comme le système de justice civile, doit respecter la *Charte*. Il a aussi conclu que le système de justice militaire, en tant que système parallèle composé de militaires qui sont conscients des préoccupations des forces armées et qui y sont sensibles, n'est pas intrinsèquement incompatible avec l'al. 11d).

[45] Cela dit, le juge en chef Lamer a relevé des lacunes quant à l'indépendance et à l'impartialité de la cour martiale générale issue du régime antérieur à 1990. Par exemple, il n'était pas interdit formellement d'évaluer des officiers en fonction de leur rendement en cour martiale générale afin d'établir leur

salary. Further, he found it was unconstitutional for the authority that convenes the court martial (i.e., the executive) to be responsible for appointing both the prosecutor and the members of the court martial, who serve as the triers of fact. While acknowledging that “[t]he idea of a separate system of military tribunals obviously requires substantial relations between the military hierarchy and the military judicial system”, he added that “[i]t is important that military tribunals be as free as possible from the interference of the members of the military hierarchy, that is, the persons who are responsible for maintaining the discipline, efficiency and morale of the Armed Forces” (p. 308). The 1990 amendments, he made a point of adding, went “a considerable way towards addressing th[ese] concerns” (p. 287).

[46] Two detailed reports on the Canadian military justice system, both published in 1997, also contributed to significant reform. The first was a federal Commission of Inquiry report on serious misconduct by members of the Canadian Forces during a 1993 United Nations peacekeeping mission in Somalia (see *Report of the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia*, vol. 1, *Dishonoured Legacy: The Lessons of the Somalia Affair* (1997)). This report contained 45 recommendations for change within the military justice system.

[47] As the Commission was concluding its work, the Minister of National Defence created a Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services, chaired by the Right Honourable Brian Dickson. The resulting *Report of the Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services* (1997) (“*Dickson Report*”) confirmed the need for “a separate and distinct military justice system” (p. 7) and made 35 recommendations aimed at improving this system. The recommendations included amending the *NDA* to enhance the degree of independence in military trials; eliminating certain forms of punishment; changing the composition of court martial panels (which we describe in greater detail below) to include non-commissioned members of a certain

salaire. En outre, le juge en chef Lamer a conclu qu’il était inconstitutionnel que l’autorité qui convoque la cour martiale (c.-à-d. l’exécutif) soit responsable de la nomination du procureur à charge et des membres de la cour martiale qui remplissent la fonction de juge des faits. Bien qu’il ait reconnu que « [l]’idée d’un système distinct de tribunaux militaires commande manifestement l’existence de liens importants entre la hiérarchie militaire et le système de justice militaire », il a ajouté qu’il « importe que les tribunaux militaires soient le plus possible à l’abri de l’ingérence des membres de la hiérarchie militaire, c’est-à-dire des personnes qui sont chargées du maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des Forces armées » (p. 308). Il a pris soin de souligner que les modifications de 1990 ont « largement contribué à remédier [à ces] préoccupations » (p. 287).

[46] Deux rapports détaillés sur le système de justice militaire canadien, publiés en 1997, ont aussi contribué à une vaste réforme. Le premier était le rapport d’une commission d’enquête fédérale sur l’inconduite grave de membres des Forces canadiennes lors d’une mission de maintien de la paix des Nations Unies en Somalie en 1993 (voir *Rapport de la Commission d’enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie*, vol. 1, *Un héritage déshonoré : Les leçons de l’affaire somalienne* (1997)). Ce rapport contenait 45 recommandations de changements à apporter au système de justice militaire.

[47] Pendant que la Commission concluait ses travaux, le ministre de la Défense nationale a créé le Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d’enquête de la police militaire, présidé par le très honorable Brian Dickson. Dans son rapport intitulé *Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d’enquête de la police militaire* (1997) (« *rapport Dickson* »), le groupe a confirmé la nécessité de disposer d’un « système de justice militaire distinct » (p. 7) et a formulé 35 recommandations ayant pour but d’améliorer ce système. Les recommandations visaient notamment à modifier la *LDN* pour accroître le degré d’indépendance dans les procès militaires, à éliminer certaines formes de peines, à modifier la composition des comités des cours martiales (que

rank; and ensuring that the presiding judge, rather than the panel, passes sentence on a person convicted before a court martial.

[48] In response to *Généreux* and the reports outlined above, Parliament introduced Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 36th Parl., 1998 (assented to December 10, 1998). Bill C-25 brought about the “most extensive set of amendments” to the *NDA* since its inception (see *CMCR Interim Report*, at p. 37). As summarized in the *CMCR Interim Report*, the bill instituted the following reforms, at p. 38:

- It made numerous changes to the [Minister of National Defence’s] quasi-judicial roles and discretionary oversight powers. For instance, the power of review of court martial decisions, and the power to appoint military judges, shifted from Minister to the Governor in Council;
- It provided a statutory basis for independent military judges, in terms of tenure, remuneration, and removal only through an inquiry committee process;
- It shifted prosecution functions to a new independent Director of Military Prosecutions (DMP), away from the supervision of senior military authorities, in a way that is now in direct parallel with the federal civilian model;
- It created an independent Director of Defence Counsel Services (DDCS), who is responsible for the provision of legal counsel to those accused persons who face courts martial;
- It shifted responsibility for convening courts martial and appointing military panel members to an independent Court Martial Administrator (CMA) (a civilian who works under the supervision of the Chief Military Judge (CMJ)) out of the hands of senior military authorities;

nous décrirons plus en détail plus loin) de façon à y inclure des militaires du rang d’un certain grade et à veiller à ce que la responsabilité de prononcer la peine d’une personne déclarée coupable devant cour martiale revienne au juge qui préside plutôt qu’au comité.

[48] En réponse à l’arrêt *Généreux* et aux rapports mentionnés précédemment, le Parlement a présenté le projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d’autres lois en conséquence*, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 1998 (sanctionnée le 10 décembre 1998). Le projet de loi C-25 représentait « la plus importante série de modifications » apportées à la *LDN* depuis son adoption (voir *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 32). Voici les réformes proposées par le projet de loi, telles que résumées dans le *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 32-33 :

- Les rôles quasi judiciaires du ministre [de la Défense nationale], de même que ses pouvoirs discrétionnaires en matière de surveillance, ont été modifiés à plusieurs égards. Par exemple, le pouvoir de réviser des décisions rendues par une cour martiale et le pouvoir de nommer les juges militaires qu’avait le ministre ont été confiés au gouverneur en conseil;
- Un cadre législatif a été établi pour assurer l’indépendance des juges militaires par l’adoption de dispositions concernant la durée de leur mandat, leur rémunération et leur révocation, laquelle est désormais possible uniquement sur recommandation d’un comité d’enquête;
- Les fonctions de poursuite ont été assignées au titulaire du nouveau poste de DPM [directeur des poursuites militaires] indépendant, non soumis à la surveillance des hauts responsables militaires, d’une manière qui reflète directement le modèle civil fédéral;
- Le poste indépendant de directeur — Service d’avocats de la défense (DSAD) a été créé. Son titulaire est responsable de la prestation de conseils juridiques aux accusés qui doivent comparaître en cour martiale;
- La responsabilité de convoquer les cours martiales et de nommer les militaires membres des comités a été confiée à un administrateur de la cour martiale (ACM) indépendant (un civil qui relève du JMC [juge militaire en chef]), responsabilité qui était auparavant assumée par les hauts responsables militaires;



- It shifted responsibility for the determination of sentence from the panel of military members to the military judge presiding at a court martial;
- It eliminated the death penalty and the hard labour component of the punishment of imprisonment; and,
- It eliminated the previous 3-year limitation period for service offences tried by courts martial.
- La détermination de la peine, qui relevait auparavant du comité de militaires, a été confiée au juge militaire présidant la cour martiale;
- La peine de mort ainsi que l'emprisonnement avec travaux forcés qui étaient associés à la peine d'emprisonnement ont été abolis;
- Le délai de prescription de trois ans applicable à l'égard d'infractions d'ordre militaire relevant de la compétence des cours martiales a été éliminé.

Stated succinctly, “Bill C-25 was important to the evolution of the court martial system because it established institutions and independence mechanisms within the system that substantially aligned it with Canada’s civilian criminal justice system, while preserving many of the historic aspects of a court martial, such as the involvement of a panel of military members as fact-finders” (*ibid.*).

En bref, « [l]e projet de loi C-25 a grandement contribué à l'évolution du système de cours martiales du fait qu'il a créé des institutions et des mécanismes favorisant l'indépendance des intervenants au sein du système; ce dernier a ainsi été en grande partie harmonisé avec le système [civil] de justice pénale du Canada, tout en préservant de nombreux aspects historiques propres aux cours martiales, comme la participation d'un comité de militaires qui agit à titre de juge des faits » (*ibid.*).

[49] Bill C-25 also mandated periodic, independent reviews of the implementation of the bill. The first independent review was conducted in 2003 by the Right Honourable Antonio Lamer (see Department of National Defence, *The First Independent Review by the Right Honourable Antonio Lamer P.C., C.C., C.D. of the provisions and operation of Bill C-25, An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998, c. 35* (2003) (“*Lamer Report*”). In his opening remarks, the former Chief Justice stated: “I am pleased to report that as a result of the changes made by Bill C-25, Canada has developed a very sound and fair military justice framework”, though there remained room for improvement. He issued 88 recommendations for strengthening the military justice system. Two recommendations in particular are worth highlighting: military panels in a General Court Martial should arrive at their verdicts by unanimous vote (rather than by majority vote, which was the rule at the time); and the accused, rather than the Director of Military Prosecutions, should be given the right, at least in most cases, to elect trial by military judge alone or by military judge and panel.

[49] En outre, le projet de loi C-25 exigeait que des examens indépendants de la mise en œuvre du projet de loi soient réalisés périodiquement. Le premier examen indépendant a été mené en 2003 par le très honorable Antonio Lamer (voir ministère de la Défense nationale, *Le premier examen indépendant par le très honorable Antonio Lamer C.P., C.C., C.D., des dispositions et de l'application du projet de loi C-25, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence, conformément à l'article 96 des Lois du Canada (1998), ch. 35* (2003 (« *rapport Lamer* »)). Dans son avant-propos, l'ancien juge en chef a déclaré ce qui suit : « Je suis heureux de pouvoir dire que, par suite des modifications apportées par le projet de loi C-25, le Canada s'est doté d'un système très solide et équitable de justice militaire ». Il a cependant ajouté qu'il était encore possible de faire mieux. Il a formulé 88 recommandations visant à renforcer le système de justice militaire. Deux de ces recommandations méritent d'être soulignées plus particulièrement : les comités militaires des cours martiales générales devraient rendre leur verdict à l'unanimité (plutôt qu'à la majorité, comme c'était la règle à l'époque), et l'accusé, plutôt que le directeur des poursuites militaires, devrait se voir

Five years later, in *Trépanier*, the CMAC found the inability of the accused to select the type of court martial, an issue identified in the *Lamer Report*, to be unconstitutional under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, as it interfered with the accused's ability to make full answer and defence and to control the conduct of that defence.

[50] *Trépanier* was significant: as the court martial selection process had been declared unconstitutional, no court martial could be convened. This led Parliament to enact Bill C-60, *An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act*, 2nd Sess., 39th Parl., 2008 (assented to June 18, 2008), more closely aligning the manner in which the mode of trial by courts martial is determined with the practice in the civilian criminal justice system (see Department of National Defence and the Canadian Armed Forces, *Second Independent Review of the National Defence Act — Background*, June 8, 2012 (online)). It also implemented recommendations of the *Lamer Report*, such as requiring court martial panels to make key decisions — verdicts of guilty or not guilty, of fitness to stand trial, and of not responsible on account of mental disorder — by unanimous (rather than majority) vote.

[51] The second independent review of Bill C-25 was submitted in 2011 by the Honourable Patrick J. LeSage (see Department of National Defence, *Report of the Second Independent Review Authority to The Honourable Peter G. MacKay, Minister of National Defence, by The Honourable Patrick J. LeSage* (2011) (“*LeSage Report*”). Like the *Lamer Report*, the *LeSage Report* observed that “the military justice system, specifically the summary trial and court martial processes . . . is generally working well” (p. 13). Among its 55 recommendations was a call for a comprehensive review of the sentencing provisions of the *NDA*, with a view to making these

accorder le droit, au moins dans la plupart des cas, de choisir entre un procès devant un juge militaire seul ou un procès devant un juge militaire et un comité. Cinq ans plus tard, dans l’arrêt *Trépanier*, la CACM a jugé que l’incapacité d’un accusé de choisir le type de cour martiale, une question soulevée dans le rapport Lamer, était inconstitutionnelle au regard de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte* puisqu’elle porte atteinte à la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière et de contrôler la conduite de sa défense.

[50] L’arrêt *Trépanier* a été important : le processus de sélection d’une cour martiale ayant été déclaré inconstitutionnel, aucune cour martiale ne pouvait être convoquée. Cette décision a amené le Parlement à édicter le projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence*, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 2008 (sanctionnée le 18 juin 2008), afin de rendre la façon de déterminer le mode de procès devant une cour martiale plus conforme à la pratique ayant cours dans le système civil de justice pénale (voir ministère de la Défense nationale et des Forces armées canadiennes, *Deuxième examen indépendant de la Loi sur la défense nationale — Documentation*, 8 juin 2012 (en ligne)). Il a également mis en œuvre des recommandations formulées dans le rapport Lamer, notamment celle visant à obliger les comités des cours martiales à rendre les décisions clés — les verdicts de culpabilité ou de non-culpabilité, les verdicts au sujet de l’aptitude à subir un procès et les verdicts de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux — à l’unanimité (plutôt qu’à la majorité).

[51] Le deuxième examen indépendant du projet de loi C-25 a été présenté en 2011 par l’honorable Patrick J. LeSage (voir ministère de la Défense nationale, *Rapport final de l’autorité indépendante chargée du deuxième examen à l’honorable Peter G. MacKay, ministre de la Défense nationale, par l’honorable Patrick J. LeSage* (2011) (« *rapport LeSage* »)). Comme dans le rapport Lamer, il est mentionné dans le rapport LeSage que « [le] système de justice militaire, plus particulièrement [. . .] la procédure du procès sommaire et des cours martiales, [. . .] en général [. . .] fonctionne bien » (p. 15). Dans son rapport, l’autorité a formulé 55 recommandations, notamment un

provisions more closely mirror the flexible range of punishments in the civilian criminal justice system; that reserve force members be eligible to sit on court martial panels; that a random methodology for panel member selection be implemented; and that the laws of evidence applicable at courts martial be updated to keep pace with the evolution of the law of evidence more generally.

[52] While several independent reports have concluded that Canada's military justice system is functioning well, that is not to say problems do not exist. In her 2015 *External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces*, March 27, 2015 (online), the Honourable Marie Deschamps concluded that "there is an underlying sexualized culture in the [Canadian Armed Forces] that is hostile to women and LGBTQ members, and conducive to more serious incidents of sexual harassment and assault" (p. i). She issued 10 recommendations aimed at responding to the "serious problem that exists in the [Canadian Armed Forces]" in relation to inappropriate sexual conduct (p. ix). Deep cultural change within the military will be required to respond to these recommendations, and efforts at bringing about that cultural change have begun.

[53] The military justice system has come a long way. It has evolved from a command-centric disciplinary model that provided weak procedural safeguards, to a parallel system of justice that largely mirrors the civilian criminal justice system. Many of the key recommendations contained in the various reports referred to above have been implemented by Parliament through amendments to the *NDA* and associated regulations over the last 30 years. The continuing evolution of this system is facilitated by the periodic independent reviews mandated by s. 273.601 of the *NDA*, ensuring the system is rigorously scrutinized, analyzed, and refined at regular intervals. This speaks to the dynamic nature of the military justice system. Just as the civilian criminal justice system grows and evolves in response

examen complet des dispositions de la *LDN* relatives à la détermination de la peine afin qu'elles se rapprochent davantage de la gamme souple des peines appliquée dans le système civil de justice pénale, le droit pour les membres de la force de réserve de faire partie du comité d'une cour martiale, la mise en œuvre d'une méthode aléatoire de sélection des membres d'un comité, et la mise à jour des règles de preuve applicables aux cours martiales afin qu'elles suivent le rythme de l'évolution du droit de la preuve en général.

[52] Ce n'est pas parce qu'il a été conclu dans plusieurs rapports indépendants que le système de justice militaire canadien fonctionne bien qu'aucun problème ne se pose. Dans son rapport intitulé *Examen externe sur l'inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes*, 27 mars 2015 (en ligne), l'honorable Marie Deschamps a conclu « qu'il existe une culture sous-jacente de la sexualisation au sein des [Forces armées canadiennes]. Cette culture est hostile aux femmes et aux LGBTQ et est propice aux incidents graves que sont le harcèlement sexuel et l'agression sexuelle » (p. i). Elle a formulé 10 recommandations en vue de réagir au « problème grave [qui existe] dans les [Forces armées canadiennes] » en ce qui concerne les comportements sexuels inappropriés (p. x). Un changement culturel en profondeur au sein des forces armées sera nécessaire pour donner suite à ces recommandations et des efforts sont déjà déployés pour assurer ce changement.

[53] Le système de justice militaire a beaucoup évolué. Il est passé d'un modèle de discipline centré sur le commandement qui offrait de faibles garanties procédurales à un système de justice parallèle s'apparentant beaucoup au système civil de justice pénale. Au cours des 30 dernières années, le Parlement a mis en œuvre bon nombre des recommandations principales formulées dans les divers rapports mentionnés précédemment en apportant des modifications à la *LDN* et à ses règlements d'application. L'évolution continue de ce système est facilitée par les examens périodiques indépendants prescrits par l'art. 273.601 de la *LDN*; ces examens permettent de veiller à ce que le système soit rigoureusement examiné, analysé et perfectionné à intervalles réguliers, ce qui témoigne de la nature dynamique du

to developments in law and society, so too does the military justice system. We see no reason to believe that this growth and evolution will not continue into the future.

[54] Against this historical backdrop, we turn to the military justice system as it exists today.

### C. *The CSD*

[55] The foundation of Canada’s military justice system is the CSD, which is contained in Part III of the *NDA*. This detailed code is “an essential ingredient of service life” (*MacKay*, at p. 400) that “defines the standard of conduct to which military personnel and certain civilians are subject and provides for a set of military tribunals to discipline breaches of that standard” (*Généreux*, at p. 297). While it “is primarily concerned with maintaining discipline and integrity in the Canadian Armed Forces”, it “serves a public function as well by punishing specific conduct which threatens public order and welfare” (*ibid.*, at p. 281). Several key aspects are worth noting.

#### (1) Persons Subject to the CSD

[56] Section 60 of the *NDA* lists the categories of persons who are subject to the CSD. The list includes officers and non-commissioned members of the regular or special forces, officers and non-commissioned members of the reserve force when the member is on active service, persons who accompany a unit of the Canadian forces while the unit is on service, and others.<sup>3</sup> While a range of persons are covered, they all share a link to the military.

#### (2) Service Offences

[57] Section 2 of the *NDA* defines a “service offence” as “an offence under this Act, the *Criminal*

<sup>3</sup> The list of persons who are subject to the CSD, and hence who may be charged under s. 130(1)(a), is not challenged before this Court, and all of the accused persons in the present appeals were service members at the time they were charged.

système de justice militaire. Tout comme le système civil de justice pénale, le système de justice militaire se développe et évolue en fonction de l’évolution du droit et de la société. Nous n’avons aucune raison de croire que ce développement et cette évolution ne se poursuivront pas.

[54] Sur cette toile de fond historique, nous nous pencherons maintenant sur le système de justice militaire tel qu’il existe aujourd’hui.

### C. *Le CDM*

[55] Le système de justice militaire du Canada repose sur le CDM, qui se trouve à la partie III de la *LDN*. Ce code détaillé est « un ingrédient essentiel de la vie militaire » (*MacKay*, p. 400) qui « définit la norme de conduite applicable aux militaires et à certains civils et crée un ensemble de tribunaux militaires chargés de sanctionner les manquements à cette norme » (*Généreux*, p. 297). Bien qu’il « porte avant tout sur le maintien de la discipline et de l’intégrité au sein des Forces armées canadiennes », il « joue aussi un rôle de nature publique, du fait qu’il vise à punir une conduite précise qui menace l’ordre et le bien-être publics » (*ibid.*, p. 281). Plusieurs aspects clés valent la peine d’être mentionnés.

#### (1) Personnes assujetties au CDM

[56] L’article 60 de la *LDN* énumère les catégories de personnes qui sont assujetties au CDM. Cette liste comprend entre autres les officiers et militaires du rang de la force régulière ou de la force spéciale, les officiers et militaires du rang de la force de réserve se trouvant en service actif et les personnes qui accompagnent une unité des forces canadiennes en service<sup>3</sup>. Bien que diverses personnes soient visées, elles ont toutes en commun un lien avec le service militaire.

#### (2) Infractions d’ordre militaire

[57] Selon l’art. 2 de la *LDN*, constitue une « infraction d’ordre militaire » une « [i]nfraction — à la

<sup>3</sup> La liste des personnes qui sont assujetties au CDM et qui peuvent donc être accusées en vertu de l’al. 130(1)a) n’est pas contestée devant la Cour, et tous les accusés dans les présents pourvois étaient des militaires au moment où les accusations ont été portées contre eux.

*Code* or any other Act of Parliament, committed by a person while subject to the Code of Service Discipline”. For purposes of these appeals, there are two key categories of offences in the *NDA*: (a) “uniquely military offences” under ss. 73-129; and (b) civil offences committed in Canada that are tried as a service offence under s. 130(1)(a).<sup>4</sup>

(a) “*Uniquely Military Offences*” Under Sections 73-129

[58] Sections 73 to 129 of the *NDA* create what may be called “uniquely military offences” (*CMCR Interim Report*, at p. 43). The types of conduct prohibited by these sections include spying for the enemy, mutiny, and insubordination. The maximum punishments for these offences range from dismissal with disgrace to life imprisonment.

(b) *Ordinary Civil Offences Tried as Service Offences Under Section 130(1)(a)*

[59] Section 130(1)(a) provides that “[a]n act or omission . . . that takes place in Canada and is punishable under Part VII [“Offences Triable by Civil Courts”], the *Criminal Code* or any other Act of Parliament . . . is an offence under this Division [“Service Offences and Punishments”] and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2)”. Stated succinctly, s. 130(1)(a) transforms ordinary civil offences that take place in Canada into service offences,<sup>5</sup> thereby giving service tribunals concurrent jurisdiction over such offences when committed by a person who is subject to the CSD.

<sup>4</sup> There are other categories of offences (see ss. 130(1)(b), 132, and 288 to 307 of the *NDA*).

<sup>5</sup> Except murder, manslaughter, or an offence relating to child abduction under ss. 280 to 283 of the *Criminal Code* (*NDA*, s. 70). Only civilian criminal courts have jurisdiction to try persons accused of those offences.

présente loi, au *Code criminel* ou à une autre loi fédérale — passible de la discipline militaire ». Pour les besoins des présents pourvois, il existe deux grandes catégories d’infractions dans la *LDN* : a) les « infractions exclusivement militaires » prévues aux art. 73 à 129, et b) les infractions civiles commises au Canada qui sont jugées comme des infractions d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a)<sup>4</sup>.

a) « *Infractions exclusivement militaires* » prévues aux art. 73 à 129

[58] Les articles 73 à 129 de la *LDN* créent ce que l’on appelle des « infractions exclusivement militaires » (*rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 38). Les types de conduites interdits par ces dispositions comprennent l’espionnage pour le compte de l’ennemi, la mutinerie et l’insubordination. Les peines maximales applicables à ces infractions vont de la destitution ignominieuse à l’emprisonnement à perpétuité.

b) *Infractions civiles ordinaires jugées comme des infractions d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a)*

[59] L’alinéa 130(1)a) dispose que « [c]onstitue une infraction à la présente section [Infractions d’ordre militaire et peines] tout acte ou omission [. . .] survenu au Canada et punissable sous le régime de la partie VII de la présente loi [Infractions du ressort des tribunaux civils et peines], du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale [. . .] Quiconque en est déclaré coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2). » En bref, l’al. 130(1)a) transforme les infractions civiles ordinaires survenues au Canada en infractions d’ordre militaire<sup>5</sup>, conférant ainsi aux tribunaux militaires une compétence concurrente à l’égard de ces infractions lorsqu’elles sont commises par une personne assujettie au CDM.

<sup>4</sup> Il existe d’autres catégories d’infraction (voir l’al. 130(1)b), et les art. 132 et 288 à 307 de la *LDN*).

<sup>5</sup> Sauf le meurtre, l’homicide involontaire coupable ou les infractions liées à l’enlèvement d’enfants visées aux art. 280 à 283 du *Code criminel* (*LDN*, art. 70). Seuls les tribunaux civils de juridiction criminelle ont compétence pour juger les personnes accusées de ces infractions.

[60] This is hardly novel. This provision has appeared in the *NDA* since its enactment (see s. 119), and similar provisions transforming ordinary civil offences into offences under military law had long existed in the United Kingdom. The *Army Act, 1881* (U.K.), 44 & 45 Vict., c. 58, provided that a “person who, whilst he is subject to military law, shall commit any of the offences in this section mentioned [“Offences punishable by ordinary Law”] shall be deemed to be guilty of an offence against military law” (s. 41). The *Naval Discipline Act, 1866* (U.K.), 29 & 30 Vict., c. 109, included a provision to the same effect (s. 45).

#### D. *Types of Proceedings in the Military Justice System*

[61] As described in Department of National Defence, *Military Justice at the Summary Trial Level*, January 12, 2011 (online) (“*Military Justice*”), there are two types of proceedings in the military justice system: summary trials and court martial proceedings.

##### (1) Summary Trials

[62] A summary trial, which is the predominant form of proceedings for less serious offences, permits as a general rule a service offence to be tried at the unit level by a commanding officer, delegate of a commanding officer, or superior commander. There is no requirement that the presiding officer be legally trained. The procedures are straightforward and the powers of punishment limited in scope.

##### (2) Court Martial Proceedings

[63] A court martial is a formal military court presided over by a legally qualified military judge. Accused persons who appear before a court martial are entitled to a lawyer free of charge, and the procedures followed are similar to those followed by civilian criminal courts. The available forms of punishment are more severe than those available on a summary trial.

[60] Cela n’est guère nouveau. Cette disposition figure dans la *LDN* depuis l’adoption de cette loi (voir art. 119), et des dispositions similaires transformant des infractions civiles ordinaires en infractions au droit militaire existaient alors depuis longtemps au Royaume-Uni. L’*Army Act, 1881* (R.-U.), 44 & 45 Vict., c. 58, prévoyait que [TRADUCTION] « quiconque, alors qu’il est assujéti au droit militaire, commet l’une des infractions énumérées au présent article [Infractions de droit commun] est réputé coupable d’une infraction au droit militaire » (art. 41). La *Naval Discipline Act, 1866* (R.-U.), 29 & 30 Vict., c. 109, comprenait une disposition allant dans le même sens (art. 45).

#### D. *Types de procédures dans le système de justice militaire*

[61] Comme l’indique le ministère de la Défense nationale dans le document intitulé *Justice militaire au procès sommaire*, 12 janvier 2011 (en ligne) (« *Justice militaire* »), le système de justice militaire comporte deux types de procédures : les procès sommaires et les cours martiales.

##### (1) Procès sommaires

[62] Le procès sommaire, qui est la forme prédominante de procédure pour les infractions moins graves, permet en général que l’infraction d’ordre militaire soit jugée au niveau de l’unité, par un commandant, le délégué d’un commandant ou un commandant supérieur. Rien n’exige que l’officier présidant un procès sommaire ait une formation de juriste. La procédure est simple et les pouvoirs de punition sont limités.

##### (2) Cours martiales

[63] Une cour martiale est une cour militaire formelle présidée par un juge militaire ayant une formation juridique. Les accusés qui comparaissent devant une cour martiale ont le droit à un avocat sans frais, et les procédures suivies s’apparentent à celles d’un tribunal civil de juridiction criminelle. Les formes de punition sont plus sévères que celles pouvant être infligées dans le cas d’un procès sommaire.

[64] There are two types of courts martial:

- **Standing Courts Martial** “are presided over by a military judge sitting alone” (*Military Justice*, at p. 3-3). The judge issues a verdict and, if the accused is found guilty, imposes a sentence.
- **General Courts Martial** consist of a military judge and a panel of five members of the military. “The panel is responsible for making a finding on the charges” and the judge “is responsible for making legal rulings and imposing [a] sentence” (*ibid.*). A person accused of an indictable offence under s. 130(1)(a) has the right to elect a trial before a General Court Martial (see *NDA*, s. 165.193(1)).

[65] The General Courts Martial merit particular attention here, given that while the military justice system has never provided for a trial by jury, it has long provided for a trial before a judge and a military panel. Such panels have existed in the United Kingdom for well over a century (see *Army Act*, s. 48(3)). In Canada, the *NDA* has provided for military panels since its enactment in 1950 (see s. 140(1)), although, as we shall explain, their role and composition have changed over time.

[66] The role of a military panel is unique, bringing to bear upon the proceedings the military-specific concerns for discipline, efficiency, and morale. As Lamer C.J. observed in *Généreux*, it “represents to an extent the concerns of those persons who are responsible for the discipline and morale of the military” (p. 295). Similarly, as noted in the *Dickson Report*, panel members “bring military experience and integrity to the military judicial process. They also provide the input of the military community responsible for discipline and military efficiency” (p. 55).

[67] In some respects, a military panel is analogous to a jury, and over the years they have become more and more so. Like a jury, the panel is the trier of fact, while the judge makes rulings on legal questions (see

[64] Il existe deux types de cours martiales :

- **Les cours martiales permanentes** : Elles sont présidées par un « juge militaire siège[ant] seul » (*Justice militaire*, p. 3-4). Celui-ci rend un verdict et, si l'accusé est déclaré coupable, il lui inflige une peine.
- **Les cours martiales générales** : Elles sont constituées d'un juge militaire et d'un comité composé de cinq militaires. « Le comité a la responsabilité de juger de la culpabilité de l'accusé » et le juge « est responsable de statuer sur les questions de droit et de fixer la sentence » (*ibid.*). La personne accusée d'un acte criminel en vertu de l'al. 130(1)a) peut choisir d'être jugée par une cour martiale générale (voir par. 165.193(1) de la *LDN*).

[65] Les cours martiales générales méritent une attention particulière en l'espèce, car si le système de justice militaire n'a jamais prévu de procès avec jury, il prévoit depuis longtemps un procès devant un juge et un comité militaire. Ces comités existent au Royaume-Uni depuis plus d'un siècle (voir *Army Act*, par. 48(3)). Au Canada, la *LDN* prévoit les comités militaires depuis son adoption en 1950 (voir par. 140(1)), bien que, comme nous l'expliquerons, leur rôle et leur composition aient changé au fil du temps.

[66] Le comité militaire joue un rôle spécifique, de sorte que les préoccupations propres au domaine militaire que sont la discipline, l'efficacité et le moral des troupes entrent en jeu dans les procédures. Comme le juge en chef Lamer l'a observé dans l'arrêt *Généreux*, il « traduit [. . .], dans une certaine mesure, les préoccupations des personnes responsables de la discipline et du moral des troupes » (p. 295). De même, comme l'indique le *rapport Dickson*, les membres du comité « offrent expérience militaire et intégrité au processus judiciaire. De plus, ils représentent la communauté militaire responsable de la discipline et [de] l'efficacité militaire » (p. 60).

[67] À certains égards, un comité militaire est semblable à un jury et, au fil des ans, cette ressemblance s'est accentuée. Tout comme le jury, le comité agit comme juge des faits, tandis que le juge tranche les

*NDA*, ss. 191 and 192(1)). Furthermore, as already mentioned, while panels used to reach their verdicts based on a majority vote, they are now required to reach their verdicts unanimously. And as in the civilian criminal justice system, it is now the judge who is tasked with imposing a sentence in the event of a guilty verdict, a role which before 2010 was entrusted to the panel.

[68] That said, a military panel is not a jury (see *Trépanier*, at para. 73, citing *R. v. Lunn* (1993), 5 C.M.A.R. 157; *R. v. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280; and *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7). Important differences distinguish one from the other. For example, while a jury consists of 12 individuals, a panel consists of only 5, thereby lowering the threshold for a finding of guilt. And, while jurors are drawn from the community at large, panel members are drawn from the military community only. Thus, the community embodied by a panel is a particular one. Further, and while juries are not designed to reflect any sort of hierarchy between the accused and the jurors, the composition of panels varies with the rank of the accused, and the system is designed to include a certain number of the accused's superiors (see *NDA*, ss. 167 and 168). In this way, panel members are not all "peers" of the accused in the sense of being of equal rank. Finally, panel members are broadly permitted to take judicial notice of "all matters of general service knowledge" (see *Military Rules of Evidence*, C.R.C., c. 1049, s. 16(2)(a); see also *Trépanier*, at para. 73, citing *Lunn*), whereas jurors enjoy no such broad authorization.

[69] The composition of military panels has changed over time. At one point, only officers could sit on a panel (see *Dickson Report*, at p. 56). However, in 1997, the *Dickson Report* recommended that non-commissioned members of a certain rank be permitted to serve on military panels, as they "could bring an important dimension to court martial panels and reflect better the spectrum of individuals responsible for the maintenance of discipline, efficiency and morale" (*ibid.*). This prompted amendments to the *NDA*, and

questions de droit (voir *LDN*, art. 191 et par. 192(1)). De plus, comme il a déjà été mentionné, si les comités avaient pour habitude de rendre leur verdict à la majorité, ils sont maintenant tenus de le faire à l'unanimité. Et, tout comme dans le système civil de justice pénale, c'est maintenant au juge qu'il incombe d'infliger une peine en cas de verdict de culpabilité, un rôle qui, avant 2010, était confié au comité.

[68] Cela étant dit, un comité militaire n'est pas un jury (voir *Trépanier*, par. 73, citant *R. c. Lunn* (1993), 5 C.A.C.M. 157, *R. c. Brown* (1995), 5 C.A.C.M. 280, et *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7). Des différences importantes les distinguent. Par exemple, alors qu'un jury est composé de 12 membres, un comité militaire n'en comprend que 5, ce qui abaisse le seuil à respecter pour rendre un verdict de culpabilité. De plus, tandis que les jurés proviennent de la collectivité en général, les membres du comité proviennent de la collectivité militaire seulement. Ainsi, la collectivité représentée par un comité est particulière. En outre, bien que les jurys ne soient pas conçus de manière à refléter une quelconque hiérarchie entre l'accusé et les jurés, la composition des comités varie selon le grade de l'accusé et le système est conçu pour qu'un certain nombre des supérieurs de l'accusé en soient membres (voir art. 167 et 168 de la *LDN*). De cette façon, les membres du comité ne sont pas tous des « pairs » de l'accusé, c'est-à-dire de grade égal. Enfin, les membres du comité sont autorisés, de manière générale, à prendre judiciairement connaissance de « toutes les questions comportant des connaissances militaires générales » (voir *Règles militaires de la preuve*, C.R.C., c. 1049, al. 16(2)a); *Trépanier*, par. 73, citant *Lunn*), tandis que les jurés ne jouissent pas d'une telle autorisation générale.

[69] La composition des comités militaires a changé au fil du temps. À un certain moment, seuls les officiers pouvaient être membres d'un tel comité (voir *rapport Dickson*, p. 61). Toutefois, en 1997, le *rapport Dickson* a recommandé que les militaires du rang d'un certain grade soient autorisés à faire partie des comités militaires, car ils pourraient « ajouter une importante dimension aux groupes de personnes qui composent les cours martiales et refléter davantage l'éventail des personnes chargées de maintenir la discipline,



today a panel that tries a non-commissioned member includes three non-commissioned members who are of or above both the rank of the accused person and the rank of sergeant (see *NDA*, s. 167(7)). Further, Parliament has expanded the pool of members eligible to sit on court martial panels and has reduced the required rank of the most senior member of panels (see Bill C-15, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 41st Parl., 2013).

[70] There are sound reasons why the military justice system has opted for a unique military panel model, rather than a jury model. For example, the concept of “members tried by members” fosters morale within the military. As Professor J. Walker points out, this is so even where the underlying offence is an ordinary civil offence contained in the *Criminal Code*:

Esprit de corps depends on the confidence that one’s conduct, alleged to have violated the *Code of Service Discipline* (even in the commission of an offence also found in the *Criminal Code*) will be assessed by those whose familiarity with the challenges and circumstances of military life is the product of personal experience and whose sensitivity to the requirements of the Code is derived from an ongoing commitment to uphold it.

(“A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine” (1993), 2 *N.J.C.L.* 366, at p. 372)

[71] Moreover, where a person subject to the CSD commits an act or omission outside Canada that would, if it had taken place in Canada, constitute an offence under Part VII of the *NDA*, the *Criminal Code*, or any other federal statute, Canadian service tribunals have jurisdiction to try that offence as a service offence under s. 130(1)(b) of the *NDA*. Further, pursuant to s. 68 of the *NDA*, the trial may be held outside Canada. In these circumstances, it would be highly impractical — if not impossible — to cobble together a jury of Canadian civilians and transport them to the place of trial. The military justice system has thus developed an alternative, portable, and

l’efficacité et le moral » (*ibid.*). Cette recommandation a entraîné des modifications à la *LDN* et aujourd’hui, un comité qui est chargé de juger un militaire du rang inclut trois militaires du rang qui détiennent, à la fois, un grade au moins égal au sien et au moins le grade de sergent (voir par. 167(7) de la *LDN*). En outre, le Parlement a élargi le bassin de membres pouvant faire partie de comités de la cour martiale et a abaissé le grade exigé du membre le plus haut gradé des comités (voir projet de loi C-15, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d’autres lois en conséquence*, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 2013).

[70] Des raisons valables justifient le choix d’un modèle spécifique de comité militaire, plutôt qu’un modèle de jury, par le système de justice militaire. Par exemple, le concept de « militaires jugés par des militaires » favorise le moral des troupes. Comme le souligne la professeure J. Walker, c’est le cas même lorsque l’infraction sous-jacente est une infraction civile ordinaire prévue au *Code criminel* :

[TRADUCTION] L’esprit de corps dépend de la confiance que la conduite d’une personne, qui, selon les allégations serait contraire au *Code de discipline militaire* (même s’il s’agit d’une infraction qui est également prévue au *Code criminel*), sera évaluée par ceux qui connaissent bien les difficultés et les circonstances liées à la vie militaire en raison de leur expérience personnelle et dont la sensibilité aux exigences du Code découle d’un engagement continu à le respecter.

(« A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine » (1993), 2 *R.N.D.C.* 366, p. 372)

[71] Par ailleurs, lorsqu’une personne assujettie au CDM commet un acte ou une omission à l’étranger qui constituerait, au Canada, une infraction à la partie VII de la *LDN*, au *Code criminel* ou à toute autre loi fédérale, les tribunaux militaires canadiens ont compétence pour juger cette infraction comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)(b) de la *LDN*. De plus, l’art. 68 de la *LDN* prévoit que le procès peut avoir lieu à l’étranger. Dans ces circonstances, il serait très peu pratique, voire impossible, de rassembler un jury composé de civils canadiens et de le transporter à l’endroit où se déroule le procès. Le système de justice militaire a donc élaboré une

efficient solution that can be implemented whenever and wherever needed. This in turn contributes to discipline, efficiency, and morale in the military. While ss. 68 and 130(1)(b) are not before this Court, the fact that Canada’s military justice system operates extraterritorially, and that service tribunals may have to be convened on short notice in a different part of the world, help to explain why it has opted for a unique military panel model rather than a jury model.

[72] Having set out the salient aspects of the CSD, we return to the military exception in s. 11(f), and in particular the meaning of the words “an offence under military law” which constitutes this exception.

E. *The Meaning of “An Offence Under Military Law” in Section 11(f)*

(1) The Context in Which the Words “An Offence Under Military Law” Were Included in Section 11(f)

[73] When the *NDA* was enacted in 1950, the Minister of National Defence explained his understanding of “military law”:

Parts IV to IX [of the *NDA*] which constitute the code of service discipline, are what is properly called military law. Military law is the law which governs the members of the army and regulates the conduct of officers and soldiers as such, in peace and war, at home and abroad. Its object is to maintain discipline as well as to deal with matters of administration in the army.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Committee on Bill 133: An Act Respecting National Defence*, No. 1, 2nd Sess., 21st Parl., May 23, 1950, at pp. 11-12)

[74] Thus, “military law” was understood as “the law which governs the members of the army and regulates the conduct of officers and soldiers as such, in peace and war, at home and abroad”, and which

solution de rechange mobile et efficace qui peut être mise en œuvre en tout temps et en tout lieu. Cela contribue du même coup au maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes. Bien que la Cour ne soit pas appelée à se prononcer sur l’art. 68 et l’al. 130(1)(b), le fait que le système de justice militaire canadien fonctionne à l’étranger et que des tribunaux militaires pourraient devoir être convoqués à bref délai dans une autre partie du monde aide à comprendre pourquoi ce système a opté pour un modèle spécifique de comité militaire plutôt que pour un modèle de jury.

[72] Après cet énoncé des points saillants du CDM, nous revenons maintenant à l’exception militaire prévue à l’al. 11(f) et, plus particulièrement, au sens de l’expression « *offence under military law* » qui constitue cette exception.

E. *Sens de l’expression « offence under military law » à l’al. 11(f)*

(1) Le contexte dans lequel l’expression « *offence under military law* » a été incluse dans l’al. 11(f)

[73] Lorsque la *LDN* a été adoptée en 1950, le ministre de la Défense nationale a expliqué ce qu’il entendait par « droit militaire » :

Les Parties IV à IX [de la *LDN*], qui constituent le code de discipline militaire, sont ce qu’on appelle communément le droit militaire. Le droit militaire est la loi qui régit les membres de l’armée et règle la conduite des officiers et hommes de troupe à ce titre, en temps de paix et en temps de guerre, au pays et à l’étranger. Elle a pour objet de maintenir la discipline et aussi de régir les questions d’administration dans l’armée.

(Chambre des Communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité spécial chargé d’étudier le Bill 133 intitulé Loi concernant la défense nationale*, n° 1, 2<sup>e</sup> sess., 21<sup>e</sup> lég., 23 mai 1950, p. 11)

[74] Par conséquent, le « droit militaire » était considéré comme « la loi qui régit les membres de l’armée et règle la conduite des officiers et hommes de troupe à ce titre, en temps de paix et en temps de

manifested itself through the service offences set out in the CSD. And, as we have explained, from the time of the *NDA*'s enactment, the CSD contained a provision transforming ordinary civil offences into service offences.

[75] This broad understanding of the type of offences coming under “military law” was echoed by s. 2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which at the time of the *Charter*'s enactment defined (and still defines) “military law” as including “all laws, regulations or orders relating to the Canadian Forces”.<sup>6</sup> Further, it is supported by this Court's jurisprudence. In *MacKay*, the Court found the transformation of ordinary civil offences into service offences to be a valid exercise of Parliament's legislative authority over “Militia, Military and Naval Service, and Defence” conferred by s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. In so finding, Ritchie J. observed that “service offences . . . have always been considered part of military law” (p. 397), such that the legislation was found to be valid “even for those matters which would normally fall under the *Criminal Code*, or the *Narcotic Control Act* [now the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19], but which, through the legislation and the application of military law properly fall into the category of service offences” (*ibid.*).

[76] *MacKay* cemented several key principles bearing on the interpretive issue now before the Court. Parliament has legislative authority under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*, to create services offences under the *NDA*. Service offences are set out in the CSD, which serves as a disciplinary code for military life. Validly enacted offences that contravene this code

<sup>6</sup> When the *Criminal Code* was first enacted in 1892, it defined “military law” as including “*The Militia Act* and any orders, rules and regulations made thereunder, the Queen's Regulations and Orders for the Army; any Act of the United Kingdom or other law applying to Her Majesty's troops in Canada, and all other orders, rules and regulations of whatever nature or kind soever to which Her Majesty's troops in Canada are subject” (S.C. 1892, c. 29, s. 3(o-1)).

guerre, au pays et à l'étranger », et se manifestait par des infractions d'ordre militaire prévues au CDM. Comme nous l'avons expliqué, le CDM prévoit une disposition qui transforme les infractions civiles ordinaires en infractions d'ordre militaire depuis l'adoption de la *LDN*.

[75] Cette interprétation large du type d'infractions relevant du droit militaire est reprise à l'art. 2 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, qui, au moment de l'adoption de la *Charte*, définissait (et définit toujours) la « loi militaire » comme comprenant « toutes lois, tous règlements ou toutes ordonnances sur les Forces canadiennes »<sup>6</sup>. La jurisprudence de la Cour appuie aussi cette interprétation. Dans l'arrêt *MacKay*, la Cour a conclu que la transformation des infractions civiles ordinaires en infractions d'ordre militaire constituait un exercice valide de la compétence législative du Parlement à l'égard de « la milice, [du] service militaire et [du] service naval, et [de] la défense du pays » que lui confère le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En tirant cette conclusion, le juge Ritchie a observé que les « infractions militaires [. . .] [ont] toujours [été] considérées comme faisant partie du droit militaire » (voir p. 397), de sorte que la loi en cause a été jugée valide « même dans les domaines qui relèvent normalement du *Code criminel* ou de la *Loi sur les stupéfiants* [maintenant la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19] mais qui, à cause de la Loi et de l'application du droit militaire, sont à bon droit inclus dans la catégorie des infractions militaires » (*ibid.*).

[76] L'arrêt *MacKay* a cimenté plusieurs principes clés ayant une incidence sur la question d'interprétation dont la Cour est maintenant saisie. Le paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement le pouvoir législatif de créer des infractions d'ordre militaire dans la *LDN*. Ces infractions sont énoncées dans le CDM, lequel sert

<sup>6</sup> Lorsqu'il a été adopté en 1892, le *Code criminel* définissait l'expression « loi militaire » comme comprenant « l'*Acte de la milice* et toutes ordonnances, règles et règlements faits sous son autorité; les Règlements et Ordonnances de la Reine pour l'armée; tout acte du Royaume-Uni ou toute autre loi applicable aux troupes de Sa Majesté en Canada, et tous autres ordres, règles et règlements, de quelque nature ou espèce que ce soit, auxquels sont assujetties les troupes de Sa Majesté en Canada » (S.C. 1892, c. 29, art. 3(t)).

have always been understood as offences under “military law”. Finally, what is now s. 130(1)(a) is validly enacted pursuant to s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. This means that an ordinary civil offence tried as a service offence is no less a part of “military law” than a service offence arising from spying for the enemy, mutiny, insubordination, or any other service offence prohibited by the CSD.

[77] This leads us to the debates on s. 11(f), during which the Honourable Jean Chrétien, then Minister of Justice, explained that “[j]ury trials in cases under military law before a military tribunal have never existed either under Canadian or American law” (Senate and House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 36, 1st Sess., 32nd Parl., January 12, 1981, at p. 12). This observation reveals an important historical fact: the separate system of military justice has never provided for a trial by jury.

[78] In our view, in light of “the historical origins of the concepts enshrined” and “the language chosen to articulate the specific right or freedom” (*Big M*, at p. 344), it is doubtful that s. 11(f) reversed this longstanding state of affairs. Instead, it is far more likely that the purpose of the military exception was to recognize and preserve the *status quo*. And as the CMAC suggested in *Trépanier*, “[i]t may be that the denial, under paragraph 11(f) of the *Charter*, of the right to jury trials for an accused tried before a military court was more easily accepted by Parliament because there was a long tradition of trials by a judge and panel members in the military justice system which afforded equivalent protection” (para. 102).

[79] We agree with *Trépanier* that the s. 11(f) exception contemplates that there be protection, to the extent possible, equivalent to the civilian jury system. As Bell C.J. stated in *Stillman*, a military panel

de code de discipline applicable à la vie militaire. Les infractions valablement adoptées qui contreviennent à ce code ont toujours été considérées comme des infractions au droit militaire. Enfin, ce qui est maintenant l’al. 130(1)a) a été valablement édicté en vertu du par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, une infraction civile ordinaire jugée comme une infraction d’ordre militaire ne fait pas moins partie du droit militaire qu’une infraction d’ordre militaire découlant de l’espionnage pour le compte de l’ennemi, de la mutinerie, de l’insubordination ou toute autre infraction d’ordre militaire prévue dans le CDM.

[77] Cela nous conduit aux débats concernant l’al. 11f), durant lesquels l’honorable Jean Chrétien, alors ministre de la Justice, a expliqué que « [l]es procès devant jury n’ont jamais été prévus pour les causes relevant de la justice militaire, ni au Canada, ni aux États-Unis » (Sénat et Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 36, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 12 janvier 1981, p. 12). Cette observation révèle un fait historique important : le système distinct de justice militaire n’a jamais prévu de procès avec jury.

[78] À notre avis, compte tenu « des origines historiques des concepts enchâssés » et « des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté » (*Big M*, p. 344), il serait étonnant que l’al. 11f) ait modifié cette situation qui existe depuis longtemps. Il est plutôt beaucoup plus probable que l’objectif de l’exception militaire ait été de reconnaître et de préserver le statu quo. En outre, comme la CACM l’a affirmé dans l’arrêt *Trépanier*, « [i]l se peut que la négation, à l’alinéa 11f) de la *Charte*, du droit de l’accusé comparissant devant un tribunal militaire de subir un procès devant jury ait été jugée plus acceptable par le législateur en raison de l’existence, dans le système de justice militaire, d’une longue tradition de procès tenus devant un juge et un comité de membres, qui assurait une protection équivalente » (par. 102).

[79] Nous sommes d’accord avec l’arrêt *Trépanier* pour dire que l’exception prévue à l’al. 11f) prévoit une protection qui est, dans la mesure du possible, équivalente à celle offerte dans système de jury civil.

serves a similar function to a civilian jury (para. 9). The composition and number of panel members may differ from that of a civilian jury, but in accordance with this Court’s criteria in *Généreux* dealing with s. 11(d), the panel system as a whole must remain sufficiently independent and impartial.

[80] This was the state of “military law” at the time the military exception was included in s. 11(f) of the *Charter*. Against this backdrop, we conclude that the purpose of the military exception is to recognize and affirm the existence of a separate military justice system tailored to the unique needs of the military, and to preserve the historical reality that jury trials in cases governed by military law have never existed in Canada. Instead, Canada’s military justice system has opted for a unique panel system designed to foster discipline, efficiency, and morale in the military.

[81] Taking that purpose as a given, we turn to two competing interpretations of the military exception: one urged by the accused persons and adopted by the majority in *Beaudry*, and the other endorsed in *obiter* by the majority in *Stillman*.

(2) Interpretation #1: “Offence[s] Under Military Law” Are Limited to Those Listed in Sections 73 to 129 of the *NDA*

[82] Relying on the majority’s reasoning in *Beaudry*, the accused persons maintain that the only “offence[s] under military law” for the purposes of the military exception in s. 11(f) of the *Charter* are those listed in ss. 73 to 129 of the *NDA*. They distinguish between “special standards of military discipline”<sup>7</sup> (to which only persons covered by the CSD are subject), and ordinary civil offences (to which all Cana-

<sup>7</sup> This language approximates Lamer C.J.’s statement in *Généreux* that “[t]here is . . . a need for separate tribunals to enforce special disciplinary standards in the military” (p. 293 (emphasis added)).

Comme l’a affirmé le juge en chef Bell dans *Stillman*, un comité militaire remplit des fonctions similaires à celles d’un jury civil (par. 9 (CanLII)). La composition et le nombre de membres d’un comité peut différer de la composition et du nombre de membres d’un jury civil, mais, conformément aux critères établis par la Cour dans *Généreux* en ce qui a trait à l’al. 11d), le système de comités dans son ensemble doit demeurer suffisamment indépendant et impartial.

[80] Tel était l’état du droit militaire au moment où l’exception militaire a été incluse dans l’al. 11f) de la *Charte*. Dans ce contexte, nous concluons que l’objectif de cette exception est de reconnaître et de confirmer l’existence d’un système de justice militaire distinct, adapté aux besoins particuliers des forces armées, et de préserver la réalité historique selon laquelle il n’y a jamais eu de procès avec jury dans les affaires régies par le droit militaire au Canada. Le système de justice militaire du Canada a plutôt opté pour un système spécifique de comités visant à favoriser la discipline, l’efficacité et le moral des troupes.

[81] En tenant cet objectif pour acquis, nous examinerons maintenant deux interprétations opposées de l’exception militaire : la première, préconisée par les accusés et adoptée par les juges majoritaires dans *Beaudry*, et la seconde, approuvée dans les remarques incidentes des juges majoritaires dans *Stillman*.

(2) Interprétation n° 1 : Les « *offence[s] under military law* » se limitent à celles énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN*

[82] Se fondant sur le raisonnement des juges majoritaires dans l’arrêt *Beaudry*, les accusés soutiennent que les seules « *offence[s] under military law* » pour l’application de l’exception militaire prévue à l’al. 11f) de la *Charte* sont celles énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN*. Ils établissent une distinction entre les [TRADUCTION] « normes spéciales relatives à la discipline militaire »<sup>7</sup> (auxquelles seules les personnes

<sup>7</sup> Cette expression est semblable à celle utilisée par le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Généreux* : « Il est [. . .] nécessaire d’établir des tribunaux distincts chargés de faire respecter les normes spéciales de la discipline militaire » (p. 293 (nous soulignons)).

dians are subject), and say that it is only the former category of offences that constitutes “military law” within s. 11(f)’s meaning. In support, they point to *An Act for punishing Officers or Soldiers who shall Mutiny or Desert Their Majestyes Service* (Eng.), 1689, 1 Will. 3 & Mar. 2, c. 5 (“*Mutiny Act*”), which granted service members the right to a trial by jury except in cases of sedition, desertion, or mutiny. But respectfully, for three reasons, we are not persuaded.

[83] Firstly, *MacKay* makes clear that an ordinary civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) is no less an offence under “military law” than “purely” military offences in the CSD. That an offence is incorporated by reference (s. 130(1)(a)), rather than by direct enactment (ss. 73 to 129), does not change this. To reason otherwise would be to privilege form over substance, since a referentially incorporated offence is no less an offence by reason of its form. Moreover, while the accused persons insist that “an offence under *military law*” and “an offence under *civil law*” are two mutually exclusive concepts, they offer no principled reason why a particular act or omission cannot constitute an offence under both spheres of law.

[84] Secondly, the accused persons’ proposal is not supported by the text of s. 11(f). Had the scope of the military exception been limited to the offences listed in ss. 73 to 129 of the *NDA*, one would have expected language such as “except for those offences which are exclusively under military jurisdiction” or “except for those offences which apply exclusively to those persons subject to military law”. No such limiting language appears in s. 11(f).

[85] Thirdly, the accused persons’ reliance on the *Mutiny Act* of 1689 is misplaced. The accused persons rightly note that this Act (which has long since been repealed) set out a very narrow exception to the right to a trial by jury, applicable only in respect

justiciables du CDM sont assujetties) et les infractions civiles ordinaires (auxquelles tous les Canadiens sont assujettis), et affirment que seule la première catégorie d’infractions constitue du « *military law* » au sens de l’al. 11f). À l’appui de leur argument, ils invoquent la loi intitulée *An Act for punishing Officers or Soldiers who shall Mutiny or Desert Their Majestyes Service* (Angl.), 1689, 1 Will. 3 & Mar. 2, c. 5 (« *Mutiny Act* »), qui conférait aux militaires le droit à un procès avec jury, sauf dans les cas de sédition, de désertion ou de mutinerie. Soit dit en tout respect, nous ne sommes toutefois pas convaincus, et ce, pour trois raisons.

[83] Premièrement, l’arrêt *MacKay* établit clairement qu’une infraction civile ordinaire jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a) n’est pas moins une infraction au droit militaire que les infractions « purement » militaires prévues au CDM. Le fait qu’une infraction soit incorporée par renvoi (al. 130(1)a)) plutôt que par édicition directe (art. 73 à 129) n’y change rien. Affirmer le contraire reviendrait à faire passer la forme avant le fond, puisqu’une infraction incorporée par renvoi n’est pas moins une infraction en raison de sa forme. De plus, bien qu’ils insistent sur le fait qu’une infraction au droit *militaire* et une infraction *civile* soient deux concepts qui s’excluent mutuellement, les accusés n’avancent aucune raison de principe expliquant pourquoi un acte particulier ou une omission donnée ne peut constituer une infraction dans ces deux sphères du droit.

[84] Deuxièmement, la proposition des accusés n’est pas étayée par le libellé de l’al. 11f). Si la portée de l’exception militaire avait été limitée aux infractions énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN*, on se serait attendu à des termes tels que « sauf s’il s’agit d’une infraction relevant exclusivement de la compétence militaire » ou « sauf s’il s’agit d’une infraction qui s’applique exclusivement aux personnes assujetties au droit militaire ». L’alinéa 11f) ne contient aucun libellé restrictif de ce genre.

[85] Troisièmement, c’est à tort que les accusés se fondent sur la *Mutiny Act* de 1689. Ceux-ci soulignent à bon droit que cette loi (abrogée depuis longtemps) établissait une exception très limitée au droit à un procès avec jury, applicable uniquement en cas de

of sedition, desertion, or mutiny. But military law, and the place of the military in the society in which it operates more generally, have changed a great deal since the 17th century, and there is no reason to believe that the Constitution left the scope of military law frozen as it was in 1689. Indeed, Canada's military justice system, itself a much later creation, has grown and evolved into a sophisticated apparatus capable of handling all manner of offences committed by persons subject to the CSD, not just sedition, desertion, and mutiny. Given the elaborate administrative infrastructure that undergirds the modern military justice system, it would be curious to think that s. 11(f) consigns this system to dealing with such a narrow band of "uniquely military offences".

[86] We underline at this point that we would not foreclose the possibility of challenging certain aspects of the military panel system, particularly in relation to their composition and their independence from the chain of command, under other provisions of the *Charter* — for example, s. 11(d). But this is a different question than that put before us here. The present appeals ask whether s. 130(1)(a) is inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*. This issue turns solely on whether a serious civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) qualifies as "an offence under military law", thereby engaging the military exception in s. 11(f).

[87] In sum, we are respectfully of the view that the words "an offence under military law" in s. 11(f) cannot be read in the manner proposed by the accused persons.

- (3) Interpretation #2: "Offence[s] Under Military Law" Should Be Qualified by a Heightened "Military Nexus" Requirement

[88] An alternative position, endorsed in *obiter* by the majority in *Stillman*, is that the words "an offence

sédition, de désertion ou de mutinerie. Cependant, le droit militaire a beaucoup changé depuis le 17<sup>e</sup> siècle, tout comme la place qu'occupent les forces armées dans la société où elles mènent leurs activités de manière plus générale, et il n'y a aucune raison de croire que la Constitution a figé la portée du droit militaire dans l'état où elle était en 1689. En fait, le système de justice militaire du Canada, qui a lui-même été créé beaucoup plus tard, s'est développé et est devenu un appareil complexe permettant de traiter toutes sortes d'infractions commises par les personnes assujetties au CDM, et pas seulement la sédition, la désertion et la mutinerie. Étant donné l'infrastructure administrative élaborée sur laquelle repose le système moderne de justice militaire, il serait étrange de penser que l'al. 11f) fait en sorte que ce système ne sert à juger qu'un tel ensemble restreint d'« infractions exclusivement militaires ».

[86] Nous soulignons ici que nous n'écartons pas la possibilité que certains aspects du système de comités militaires puissent être contestés — particulièrement en ce qui concerne leur composition et leur indépendance par rapport à la chaîne de commandement — en vertu d'autres dispositions de la *Charte*, par exemple l'al. 11d). Cependant, ce n'est pas la question à laquelle nous devons répondre en l'espèce. Les présents pourvois visent à déterminer si l'al. 130(1)a) est incompatible avec l'al. 11f) de la *Charte*. Il s'agit uniquement de décider si une infraction civile grave jugée comme une infraction d'ordre militaire suivant l'al. 130(1)a) peut être considérée comme une « *offence under military law* » et entraîner par le fait même l'application de l'exception militaire prévue à l'al. 11f).

[87] En somme et, soit dit en tout respect, nous estimons que l'expression « *offence under military law* » figurant à l'al. 11f) ne peut être interprétée de la manière proposée par les accusés.

- (3) Interprétation n° 2 : La portée de l'expression « *offence under military law* » devrait être restreinte par une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire »

[88] Selon une autre position, approuvée dans les remarques incidentes des juges majoritaires dans

under military law” in s. 11(f) should be qualified by a heightened “military nexus” requirement going beyond the accused’s military status.

[89] By way of background, as Bell C.J. summarized in his concurring reasons in *Stillman* (see paras. 11-13), the “military nexus” doctrine (also known as the “service-connection” test) was first articulated by the Supreme Court of the United States in *O’Callahan v. Parker* (1969), 395 U.S. 258, at a time when the United States was in the midst of the Vietnam War, conscription (i.e., forced enlistment) was a feature of the military, and U.S. courts were hearing only judicial review applications from courts martial (there was no appeal mechanism in place). The Supreme Court ruled that in order for a court martial to have jurisdiction over a particular offence, it had to have a connection to service (see p. 272). The decision was based in part on the observation that courts martial were “not yet an independent instrument of justice” (p. 265).

[90] As Bell C.J. also noted, however, the U.S. Supreme Court later overruled *O’Callahan* and jettisoned the “service-connection” test in *Solorio v. United States* (1987), 483 U.S. 435. From that point (by which time the Vietnam War had ended, conscription had ended and judicial review of court martial decisions had been supplemented by the availability of appeals), the jurisdiction of courts martial depended solely on the accused’s status as a member of the Armed Forces, and not on the existence of a “service connection”.

[91] Before *Solorio* dealt a death blow to the “service-connection” test in the United States, however, the doctrine had found its way into Canadian jurisprudence. In his concurring reasons in *MacKay*, McIntyre J. endorsed a form of “military nexus”, stating that a civil offence would “[fall] within the jurisdiction of the courts martial and within the purview of military law when

l’arrêt *Stillman*, la portée de l’expression « *offence under military law* » figurant à l’al. 11f) devrait être restreinte par une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire », lien allant au-delà du statut de militaire de l’accusé.

[89] En guise de toile de fond, comme le juge en chef Bell l’a résumé dans ses motifs concordants dans l’arrêt *Stillman* (voir par. 11-13), la doctrine du « lien de connexité avec le service militaire » (aussi appelée le critère du « lien militaire ») a été formulée pour la première fois par la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *O’Callahan c. Parker* (1969), 395 U.S. 258, à une époque où les États-Unis étaient en pleine guerre du Vietnam, où la conscription (c.-à-d. l’enrôlement forcé) avait cours dans l’armée et où les tribunaux américains n’entendaient que des demandes de contrôle judiciaire des décisions des cours martiales (aucun mécanisme d’appel n’était prévu). Selon la Cour suprême des États-Unis, une cour martiale n’avait compétence à l’égard d’une infraction donnée qu’en présence d’un lien avec le service militaire (voir p. 272). La décision était fondée en partie sur l’observation voulant que les cours martiales n’étaient [TRADUCTION] « pas encore un instrument de justice indépendant » (p. 265).

[90] Comme le juge en chef Bell l’a toutefois également souligné, la Cour suprême des États-Unis a plus tard écarté l’arrêt *O’Callahan* et a abandonné le critère du « lien militaire » dans *Solorio c. United States* (1987), 483 U.S. 435. À partir de ce moment (alors que la guerre du Vietnam était terminée, qu’il avait été mis fin à la conscription et que la possibilité de demander le contrôle judiciaire des décisions des cours martiales avait été complétée par celle d’en interjeter appel), la compétence des cours martiales dépendait seulement du statut de membre des Forces armées de l’accusé, et non de l’existence d’un « lien militaire ».

[91] Avant que l’arrêt *Solorio* ne porte le coup de grâce au critère du « lien militaire » aux États-Unis, la doctrine avait toutefois déjà fait son chemin jusque dans la jurisprudence canadienne. Dans ses motifs concordants dans l’arrêt *MacKay*, le juge McIntyre a approuvé une forme de « lien de connexité avec le service militaire », déclarant qu’une infraction civile



committed by a serviceman if such offence is so connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service” (p. 410). Subsequently, the doctrine found expression in the CMAC’s jurisprudence (see, e.g., *R. v. MacDonald* (1983), 4 C.M.A.R. 277; *Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433; *Ryan v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 563; *Brown*; *R. v. Moriarity*, 2014 CMAC 1, 455 N.R. 59; *R. v. Larouche*, 2014 CMAC 6, 460 N.R. 248).

[92] In 2015, however, this Court in *Moriarity* stemmed this line of jurisprudence by making it clear that the only “military nexus” required to support a rational connection to maintaining discipline, efficiency, and morale in the military is the accused’s military status. In that case, four members of the Canadian Armed Forces were charged with ordinary civil offences tried as service offences under s. 130(1)(a). They argued that because the service offences with which they had been charged were committed in circumstances that had no “direct link” to discipline, efficiency, or morale in the military, s. 130(1)(a) was overbroad under s. 7 of the *Charter*.

[93] This Court rejected that argument, stating that the purpose of s. 130(1)(a), consistent with the purpose of the military justice system as a whole, is “to maintain the discipline, efficiency and morale of the military” (para. 48). “There is no explicit limitation”, the Court observed, “in the text of s. 130(1)(a) to the effect that the offence must have been committed in a military context; it transforms the underlying offence into a service offence ‘irrespective of its nature and the circumstances of its commission’” (para. 8, citing *Trépanier*, at para. 27). Thus, the provision applies even where “the only military connection is the status of the accused” (para. 49).

[94] Even this broad scope of application did not translate into overbreadth. The Court found that “[t]he objective of maintaining ‘discipline, efficiency

« [relève] de la compétence des cours martiales et du droit militaire si elle est commise par un soldat, lorsque cette infraction est, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu’elle serait susceptible d’influer sur le niveau général de discipline et d’efficacité des forces armées » (p. 410). Par la suite, la doctrine a trouvé son expression dans la jurisprudence de la CACM (voir, p. ex., *R. c. MacDonald* (1983), 4 C.A.C.M. 277; *Ionson c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 433; *Ryan c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 563; *Brown*; *R. c. Moriarity*, 2014 CACM 1; *R. c. Larouche*, 2014 CACM 6).

[92] Cependant, en 2015, la Cour dans *Moriarity* a mis fin à ce courant jurisprudentiel en précisant que le seul « lien de connexité avec le service militaire » nécessaire pour étayer l’existence d’un lien rationnel avec le maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes est le statut de militaire de l’accusé. Dans cette affaire, quatre membres des Forces armées canadiennes avaient été accusés d’infractions civiles ordinaires jugées comme des infractions d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a). À leur avis, vu que les infractions d’ordre militaire qui leur étaient reprochées avaient été commises dans des circonstances qui n’avaient pas de « lien direct » avec la discipline, l’efficacité ou le moral des troupes, l’al. 130(1)a) avait une portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*.

[93] La Cour a rejeté cet argument, précisant que l’objet de l’al. 130(1)a), conformément à celui du système de justice militaire dans son ensemble, est de « maintenir la discipline, l’efficacité et le moral des troupes » (par. 48). Elle a observé que « [l]e texte de l’al. 130(1)a) ne contient aucune restriction exigeant explicitement que l’infraction ait été commise dans un contexte militaire; il transforme l’infraction sous-jacente en infraction d’ordre militaire “sans égard à la nature et aux circonstances de perpétration de l’infraction” » (par. 8, citant *Trépanier*, par. 27 (CanLII)). Par conséquent, la disposition s’applique même lorsque « le seul lien de connexité avec le service militaire est le statut de l’accusé » (par. 49).

[94] Même ce large champ d’application ne s’est pas traduit par une conclusion de portée excessive. La Cour a jugé que « l’objectif consistant à maintenir

and morale’ is rationally connected to dealing with criminal actions committed by members of the military even when not occurring in military circumstances” (para. 51). It went on:

Criminal or fraudulent conduct, even when committed in circumstances that are not directly related to military duties, may have an impact on the standard of discipline, efficiency and morale. For instance, the fact that a member of the military has committed an assault in a civil context . . . may call into question that individual’s capacity to show discipline in a military environment and to respect military authorities. The fact that the offence has occurred outside a military context does not make it irrational to conclude that the prosecution of the offence is related to the discipline, efficiency and morale of the military.

Consider, as a further example, an officer who has been involved in drug trafficking. There is a rational connection between the discipline, efficiency and morale of the military and military prosecution for this conduct. There is, at the very least, a risk that loss of respect by subordinates and peers will flow from that criminal activity even if it did not occur in a military context. Similarly, a member of the military who has engaged in fraudulent conduct is less likely to be trusted by his or her peers. Again, this risk provides a rational connection between the military prosecution for that conduct and the discipline, efficiency and morale of the military.

These examples support a broad understanding of the situations in which criminal conduct by members of the military is at least rationally connected to maintaining the discipline, efficiency and morale of the armed forces: the behaviour of members of the military relates to discipline, efficiency and morale even when they are not on duty, in uniform, or on a military base. [Emphasis added; paras. 52-54.]

[95] The Court held that even “where the only military connection is the status of the accused”, the full range of conduct covered by s. 130(1)(a) has a rational connection to the maintenance of discipline, efficiency, and morale in the military. Section 130(1)(a) is not overbroad under s. 7 of the *Charter*.

la “discipline, l’efficacité et le moral” est rationnellement lié au traitement des comportements criminels auxquels se livrent des militaires, même en dehors d’un contexte militaire » (par. 51). Elle a ajouté ce qui suit :

Même commis dans des circonstances non directement liées à des fonctions militaires, un comportement criminel ou frauduleux peut avoir une incidence sur les normes applicables au titre de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes. Par exemple, le fait qu’un militaire ait commis des voies de fait dans un contexte civil [. . .] pourrait soulever des doutes sur sa capacité à faire preuve de discipline en contexte militaire et à respecter les autorités militaires. Ce n’est pas parce que l’infraction est survenue dans un contexte non militaire qu’il est illogique de conclure que les poursuites intentées relativement à cette infraction ont un lien avec la discipline, l’efficacité et le moral des troupes.

Un autre exemple serait le cas d’un officier qui aurait participé à un trafic de drogues. Il existe un lien rationnel entre, d’une part, la discipline, l’efficacité et le moral des troupes et, d’autre part, l’engagement de poursuites militaires visant une telle conduite de l’officier. En effet, il existe à tout le moins un risque que de telles activités criminelles lui fassent perdre le respect de ses subordonnés et de ses pairs, même si elles ne se sont pas déroulées dans un contexte militaire. De même, un militaire qui aurait commis des actes frauduleux est moins susceptible de jouir de la confiance de ses pairs. Ici encore, ce risque permet d’établir un lien rationnel entre les poursuites militaires intentées relativement à cette conduite et la discipline, l’efficacité et le moral des troupes.

Ces exemples appuient une interprétation large des situations où la conduite criminelle des militaires est à tout le moins rationnellement liée au maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des forces armées : le comportement des militaires touche à la discipline, à l’efficacité et au moral, même lorsque ces derniers ne sont pas de service, en uniforme ou dans une base militaire. [Nous soulignons; par. 52-54.]

[95] La Cour a conclu que, même lorsque « le seul lien de connexité avec le service militaire est le statut de l’accusé », l’éventail complet des conduites visées par l’al. 130(1)a présente un lien rationnel avec le maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes. L’alinéa 130(1)a n’a pas une portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*.

[96] Against this backdrop, we are of the view that there are compelling reasons why the “military nexus” doctrine should not be resurrected.

[97] Firstly, and most significantly, is the combined effect of *MacKay* and *Moriarity*. We acknowledge that compliance with the division of powers and *Charter* compliance are, generally speaking, two different things (such that one does not necessarily follow from the other (see *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at paras. 79-83). We also acknowledge that s. 11 of the *Charter* provides protection that is distinct from that provided by s. 7 (see *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843, at p. 854). However, we are of the view that, in the specific instance of s. 11(f), the military exception restricts the right to a trial by jury by referring, at least implicitly, to a particular head of power under the *Constitution Act, 1867* — namely, s. 91(7). In our view, therefore, there must be coherence among the division of powers analysis, the overbreadth analysis, and the meaning of “an offence under military law” in s. 11(f) of the *Charter*. Were s. 130(1)(a) to include offences that are not “an offence under military law”, then the provision would necessarily be either *ultra vires* of Parliament, overbroad, or both. However, the parties accept that s. 130(1)(a) is neither *ultra vires* of Parliament nor overbroad. It follows, in our view, that an offence under that provision is necessarily “an offence under military law”, even without the imposition of a heightened “military nexus” requirement going beyond the accused’s military status. This conclusion stems from the unique wording, context, and purpose of the military exception to s. 11(f).

[98] Secondly, and relatedly, the parties do not contest that the offences listed in ss. 73 to 129 of the *NDA*, each of which was enacted pursuant to Parliament’s power under s. 91(7), are “offence[s] under military law” within the meaning of s. 11(f) of the *Charter*. In fact, the accused persons argued that

[96] Dans ce contexte, nous sommes d’avis que des raisons convaincantes justifient de ne pas faire renaître la doctrine du « lien de connexité avec le service militaire ».

[97] Premièrement, et surtout, il y a l’effet combiné des arrêts *MacKay* et *Moriarity*. Nous reconnaissons que le respect du partage des compétences et le respect de la *Charte* sont, en règle générale, deux choses différentes (de sorte que l’une ne découle pas nécessairement de l’autre (voir *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 79-83). Nous reconnaissons aussi que l’art. 11 de la *Charte* confère une protection qui est distincte de celle que confère l’art. 7 (voir *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843, p. 854). Cependant, nous sommes d’avis que, dans le cas particulier de l’al. 11f), l’exception militaire restreint le droit à un procès avec jury en renvoyant, à tout le moins implicitement, à un chef de compétence particulier de la *Loi constitutionnelle de 1867* — à savoir le par. 91(7). À notre avis, il faut donc une cohérence entre l’analyse du partage des compétences, l’analyse de la portée excessive et le sens de l’expression « *offence under military law* » figurant à l’al. 11f) de la *Charte*. Si l’al. 130(1)a visait des infractions qui ne sont pas des « *offence[s] under military law* », il s’ensuivrait nécessairement que cette disposition outrepasserait les pouvoirs du Parlement, a une portée excessive, ou présente ces deux caractéristiques. Cependant, les parties conviennent que l’al. 130(1)a n’outrepasserait pas les pouvoirs du Parlement et n’a pas non plus une portée excessive. Il s’ensuit, à notre avis, qu’une infraction visée à cette disposition est nécessairement une « *offence under military law* », même sans que soit imposée une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire », lien allant au-delà du statut de militaire de l’accusé. Cette conclusion résulte du libellé, du contexte et de l’objet spécifiques de l’exception militaire prévue à l’al. 11f).

[98] Deuxièmement, et dans le même ordre d’idées, les parties ne contestent pas le fait que les infractions énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN* — chacune ayant été édictée en vertu du pouvoir conféré au Parlement par le par. 91(7) — constituent des « *offence[s] under military law* » au sens de l’al. 11f) de la *Charte*.

these are the *only* “offence[s] under military law”. Yet a number of these offences can be committed in the absence of a heightened “military nexus” going beyond the accused’s military status. “Stealing” under s. 114 offers one example (see *Moriarity*, at para. 38). If no heightened “military nexus” is required to preserve the status of these offences as “offence[s] under military law”, then it would be inconsistent to impose such a requirement in relation to offences under s. 130(1)(a).

[99] Thirdly, the imposition of a heightened “military nexus” requirement would risk causing military courts to engage in an unwieldy and unhelpful threshold inquiry that distracts from the merits. As Professor Hogg writes, the rejection of the “military nexus” requirement in *Moriarity* spares service tribunals from the distraction of having to determine whether there is a “direct link” between the circumstances of the offence and the military in each and every case (pp. 51-30 to 51-32). As we have seen, the “military nexus” doctrine has been tried, tested, and ultimately rejected in the United States, with Rehnquist C.J. declaring in *Solorio* that “the service connection approach . . . has proved confusing and difficult for military courts to apply” (p. 448) and that it “should be abandoned” (p. 441). The Canadian experience has also been an unhappy one. In Canada, the “elusive” military nexus test proved unsatisfactory due to its uncertainty (see J. Walker, “Military Justice: From Oxymoron to Aspiration” (1994), 32:1 *Osgoode Hall L.J.* 1, at pp. 13-14; T. E. K. Fitzgerald, “The Nexus Disconnected: The Demise of the Military Nexus Doctrine” (2018), 65 *Crim. L.Q.* 155). This uncertainty “ultimately cast doubt on the validity of this approach to court martial jurisdiction” (Walker (1994), at p. 14). Furthermore, and as we have recounted, the “military nexus” doctrine in the U.S. was pronounced in a very different context. In this regard, we would endorse the statement of Bell C.J. in *Stillman* that “[p]erhaps the service connection is outdated; perhaps it was never necessary in the Canadian environment. Regardless, the factors which motivated the adoption of the test in the United States . . . are far removed from the

En fait, les accusés ont fait valoir qu’il s’agit là des *seules* « *offence[s] under military law* ». Cependant, un certain nombre de ces infractions peuvent être commises en l’absence d’un « lien de connexité [accru] avec le service militaire » allant au-delà du statut de militaire de l’accusé. L’infraction de « vol » prévue à l’art. 114 en est un exemple (voir *Moriarity*, par. 38). Si aucun « lien de connexité [accru] avec le service militaire » n’est requis pour préserver le statut d’« *offence[s] under military law* » de ces infractions, il est alors illogique d’imposer une telle exigence en lien avec les infractions prévues à l’al. 130(1)a).

[99] Troisièmement, l’imposition d’une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire » risquerait de faire en sorte que les tribunaux militaires se livrent à un examen préliminaire compliqué et inutile qui détourne leur attention du fond de l’affaire. Comme le professeur Hogg l’écrit, le rejet de l’exigence d’un « lien de connexité avec le service militaire » dans *Moriarity* épargne les tribunaux militaires de la distraction consistant à décider dans chaque cas s’il existe un [TRADUCTION] « lien direct » entre les circonstances de l’infraction et les forces armées (p. 51-30 à 51-32). Comme nous l’avons vu, la doctrine du « lien de connexité avec le service militaire » a été mise à l’essai et a finalement été rejetée aux États-Unis, le juge en chef Rehnquist ayant déclaré dans l’arrêt *Solorio* que [TRADUCTION] « l’approche relative au lien militaire [. . .] s’est révélée source de confusion et difficile à appliquer pour les tribunaux militaires » (p. 448) et qu’elle « devrait être abandonnée » (p. 441). L’expérience canadienne a également été une expérience malheureuse. Au Canada, le critère [TRADUCTION] « difficile à cerner » du lien de connexité avec le service militaire s’est révélé insatisfaisant en raison de son caractère incertain (voir J. Walker, « Military Justice : From Oxymoron to Aspiration » (1994), 32:1 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 13-14; T. E. K. Fitzgerald, « The Nexus Disconnected : The Demise of the Military Nexus Doctrine » (2018), 65 *Crim. L.Q.* 155). Ce caractère incertain [TRADUCTION] « met finalement en doute la validité de cette conception de la compétence d’une cour martiale » (Walker (1994), p. 14). De plus, comme nous l’avons mentionné, la doctrine du « lien de connexité avec le service militaire » aux États-Unis a été exposée dans un contexte très différent. À

realities of the modern Canadian military justice system” (para. 13).

[100] Fourthly, were serious civil offences committed by persons subject to the CSD to be streamed into the civilian justice system, sentencing decisions in those cases might not truly account for the seriousness of such offences, seen in light of the purposes of discipline, efficiency, and morale. As Cattanach J. recognized in *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233 (T.D.), “[m]any offences which are punishable under civil law take on a much more serious connotation as a service offence and as such warrant more severe punishment” (p. 236, quoted in *Généreux*, at p. 294). The proper maintenance of military discipline, efficiency, and morale may require a more severe response to misconduct than it would receive in the civilian justice system. Indeed, the fundamental purposes of sentencing in the military justice system differ from those in the civilian criminal justice system. These purposes, set out in s. 203.1(1) of the *NDA*, are (a) “to promote the operational effectiveness of the Canadian Forces by contributing to the maintenance of discipline, efficiency and morale”; and (b) “to contribute to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society”. Furthermore, s. 203.1(2) of the *NDA* stipulates that these purposes “shall be achieved by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives”:

- (a) to promote a habit of obedience to lawful commands and orders;
- (b) to maintain public trust in the Canadian Forces as a disciplined armed force;
- (c) to denounce unlawful conduct;

cet égard, nous souscrivons à la déclaration du juge en chef Bell dans l’arrêt *Stillman* selon laquelle « [l]e lien militaire est peut-être dépassé; peut-être n’a-t-il jamais été nécessaire dans le contexte canadien. Peu importe, les facteurs qui ont motivé l’adoption de ce critère aux États-Unis [. . .] ont peu à voir avec les réalités du système moderne canadien de justice militaire » (par. 13).

[100] Quatrièmement, si les infractions civiles graves commises par des personnes assujetties au CDM devaient être acheminées vers le système de justice civile, les décisions relatives à la détermination de la peine dans ces affaires pourraient ne pas réellement tenir compte de la gravité de ces infractions, à la lumière des objectifs que sont la discipline, l’efficacité et le moral des troupes. Comme le juge Cattanach l’a reconnu dans l’arrêt *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233 (1<sup>re</sup> inst.), « [p]lusieurs infractions de droit commun sont considérées comme beaucoup plus graves lorsqu’elles deviennent des infractions militaires, ce qui autorise l’imposition de sanctions plus sévères » (p. 236, cité dans l’arrêt *Généreux*, p. 294). Le maintien approprié de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes peut exiger de prendre des mesures plus sévères à l’égard de l’inconduite que celles qui seraient prises dans le système de justice civile. En fait, les objectifs essentiels de la détermination de la peine dans le système de justice militaire diffèrent de ceux du système civil de justice pénale. Ces objectifs, qui sont énoncés au par. 203.1(1) de la *LDN*, sont « de favoriser l’efficacité opérationnelle des Forces canadiennes en contribuant au maintien de la discipline, de la bonne organisation et du moral, et de contribuer au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre ». En outre, le par. 203.1(2) de la *LDN* prévoit que l’atteinte de ces objectifs « se fait par l’infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants » :

- a) renforcer le devoir d’obéissance aux ordres légitimes;
- b) maintenir la confiance du public dans les Forces canadiennes en tant que force armée disciplinée;
- c) dénoncer les comportements illégaux;

(d) to deter offenders and other persons from committing offences;

(e) to assist in rehabilitating offenders;

(f) to assist in reintegrating offenders into military service;

(g) to separate offenders, if necessary, from other officers or non-commissioned members or from society generally;

(h) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and

(i) to promote a sense of responsibility in offenders, and an acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

[101] While some of these objectives are reflected in s. 718 of the *Criminal Code* (e.g., rehabilitating offenders), others are not (e.g., promoting a habit of obedience to lawful commands and orders). Thus, sentencing in the military justice system is guided by certain objectives that are unique to the military milieu. Extracting serious civil offences from this system would have the unfortunate consequence of eliminating these unique and important objectives from being considered in the sentencing process in these cases.

[102] Fifthly, while military prosecutors may engage in an inquiry that resembles a “military nexus” test when assessing whether to exercise jurisdiction in a particular case, the *existence* of jurisdiction must be separated from the *exercise* of jurisdiction. The Director of Military Prosecutions has issued a policy directive on the factors to be considered when determining whether charges against a person who is subject to the CSD should proceed in the military justice system or instead in the civilian criminal justice system. According to this directive, the factors include:

a. the degree of military interest in the case, as reflected by factors such as the place where the offence was

d) dissuader les contrevenants et autres personnes de commettre des infractions;

e) favoriser la réinsertion sociale des contrevenants;

f) favoriser la réinsertion des contrevenants dans la vie militaire;

g) isoler, au besoin, les contrevenants des autres officiers et militaires du rang ou de la société en général;

h) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;

i) susciter le sens des responsabilités chez les contrevenants, notamment par la reconnaissance des dommages causés à la victime et à la collectivité.

[101] Quoique certains de ces objectifs soient exprimés à l’art. 718 du *Code criminel* (p. ex., favoriser la réinsertion sociale des contrevenants), d’autres ne le sont pas (p. ex., renforcer le devoir d’obéissance aux ordres légitimes). Par conséquent, la détermination de la peine dans le système de justice militaire est guidée par certains objectifs qui sont propres au milieu militaire. Extraire les infractions civiles graves de ce système ferait malheureusement en sorte qu’il ne serait pas tenu compte de ces objectifs spécifiques et importants dans le cadre du processus de détermination de la peine dans de tels cas.

[102] Cinquièmement, bien que les procureurs militaires puissent effectuer un examen qui ressemble à un examen fondé sur le critère du « lien de connexité avec le service militaire » lorsqu’ils évaluent s’il y a lieu d’exercer leur compétence dans une affaire donnée, l’*existence* de la compétence doit être distinguée de l’*exercice* de celle-ci. Le directeur des poursuites militaires a publié une directive sur les facteurs à prendre en considération au moment de déterminer si des accusations contre une personne assujettie au CDM devraient être portées dans le système de justice militaire ou plutôt dans le système civil de justice pénale. Selon cette directive, ces facteurs sont notamment :

a. l’intérêt militaire présenté par l’affaire, qui est déterminé en fonction de facteurs tels que l’endroit où

- |   |   |
|---|---|
| alleged to occur, or whether the accused was on duty at the time of the alleged offence;  | l'infraction présumée s'est produite, ou de la question de savoir si l'accusé était en service à ce moment-là;  |
| b. the degree of civilian community interest in the case;   | b. l'intérêt de la collectivité civile dans l'affaire;  |
| c. the views of the victim;   | c. la perspective de la victime;  |
| d. whether the accused, the victim, or both are members of the CAF;   | d. la question de savoir si l'accusé, la victime ou les deux sont membres des Forces canadiennes;   |
| e. whether the matter was investigated by military or civilian personnel;   | e. la question de savoir si l'affaire a fait l'objet d'une enquête militaire ou civile;   |
| f. the views of the investigative agency;   | f. l'opinion de l'organisme d'enquête;  |
| g. geographic considerations such as the current location of necessary witnesses;   | g. des questions d'ordre géographique, comme l'endroit où se trouvent les témoins requis;   |
| h. jurisdictional considerations where, for example, the offence was allegedly committed abroad;  | h. des questions relatives au champ de compétence, par exemple si l'infraction présumée a été commise à l'étranger;   |
| i. post-conviction consequences; and  | i. les conséquences d'une condamnation; et  |
| j. the views of the Commanding Officer, as expressed through the unit legal advisor, with respect to unit disciplinary interests. [Footnote omitted.] | j. l'opinion du commandant, telle qu'énoncée par le conseiller juridique de l'unité, en ce qui concerne l'intérêt de l'unité en matière de discipline. [Note en bas de page omise.] |

(Directive No. 002/99, "Pre-Charge Screening", 2000 (online))

(Directive n° 002/99, « Vérification préalable à l'accusation », 2000 (en ligne))

[103] Thus, based on case-specific factors, military prosecutors may decide that it would be more appropriate to stream a particular case into the civilian criminal justice system. Yet the distinction between the *existence* of jurisdiction and the *exercise* of jurisdiction is an important one. While military prosecutors may decline to exercise jurisdiction in any particular instance that falls within the scope of the CSD, this does not change the fact that, as a matter of law, the military justice system nonetheless *has* jurisdiction. In our view, the role of defining the scope of military prosecutors' jurisdiction belongs to the courts, while the role of deciding whether jurisdiction should be exercised in any particular case — and what factors guide that decision — is properly left to military prosecutors. Moreover, it is worth noting that Crown counsel advised the Court during oral

[103] En conséquence, selon les facteurs propres au dossier, les procureurs militaires peuvent décider qu'il serait plus approprié d'acheminer un cas particulier vers le système civil de justice pénale. Cependant, la distinction entre l'*existence* de la compétence et l'*exercice* de celle-ci est importante. Bien que les procureurs militaires puissent refuser d'exercer leur compétence dans une affaire donnée qui relève de la portée du CDM, cela ne change pas le fait qu'en droit, le système de justice militaire *a* néanmoins compétence. À notre avis, il appartient aux tribunaux de définir la portée de la compétence des procureurs militaires, et il vaut mieux laisser aux procureurs militaires le soin de décider s'ils doivent exercer leur compétence dans une affaire donnée et quels facteurs guideront leur décision. De plus, il convient de souligner que l'avocat de la Couronne a informé

argument that, to his knowledge, there has not been a single instance in which military prosecutors and civilian prosecutors could not agree on which system should handle a particular matter. This speaks to the cooperation and mutual respect between prosecutorial authorities in these two systems.

[104] We are fortified in our conclusion by practical considerations, some of which were discussed in *R. v. Ryan*, 2018 CM 2033. Imposing a heightened “military nexus” requirement would go against the objective of responding swiftly to misconduct within the military and thereby enhancing discipline, efficiency, and morale in the military. As indicated, one of the consequences of imposing a heightened “military nexus” requirement would be to stream serious civil offences committed by persons subject to the CSD into the civilian criminal justice system. But arranging a jury trial in the civilian criminal justice system, particularly in areas of the country where the courts are already beset by backlogs, may result in delays that would not be experienced if the matter proceeded within the military justice system. The result may be to fail to sufficiently achieve the objectives of maintaining discipline, efficiency, and morale within the military. In addition, it may send the message that the military justice system is incapable of dealing with misconduct by persons subject to the CSD. The consequences for morale within the military could be serious.

[105] As for the “military connection test” proposed by our colleagues Karakatsanis and Rowe JJ., we are troubled by our colleagues’ approach for several reasons. Firstly, they encourage military courts faced with a jurisdictional challenge to ask: “Has a service member committed an offence in circumstances that are so connected to the military that it would have a direct effect on military discipline, efficiency and morale?” (para. 177 (emphasis added)). Yet the direct/indirect distinction was expressly rejected in *Moriarity*. As we have pointed out, *Moriarity* clarified that “[c]riminal or fraudulent

la Cour en plaidoirie orale qu’à sa connaissance, il n’est jamais arrivé que des procureurs militaires et des procureurs civils n’arrivent pas à s’entendre sur le système dans lequel devrait être traitée une affaire donnée. Cela démontre la coopération et le respect mutuel qui existent entre les autorités chargées des poursuites dans les deux systèmes.

[104] Notre conclusion est renforcée par des considérations d’ordre pratique, dont certaines ont été examinées dans l’arrêt *R. c. Ryan*, 2018 CM 2033. Imposer une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire » irait à l’encontre de l’objectif de répondre rapidement aux inconduites dans les forces armées et, par le fait même, de favoriser la discipline, l’efficacité et le moral des troupes. Comme nous l’avons indiqué, l’une des conséquences de l’imposition d’une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire » serait l’acheminement vers le système civil de justice pénale des infractions civiles graves commises par des personnes assujetties au CDM. Cependant, l’organisation d’un procès avec jury dans le système civil de justice pénale, particulièrement dans les régions du pays où les tribunaux sont déjà aux prises avec un arriéré de cas à traiter, est susceptible d’entraîner des retards, lesquels ne se produiraient pas si l’affaire était traitée dans le système de justice militaire. Il est donc possible que les objectifs de maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes ne soient pas atteints de manière suffisante. Cela peut également envoyer le message que le système de justice militaire est incapable de traiter les inconduites des personnes assujetties au CDM. Les conséquences sur le moral des troupes pourraient être graves.

[105] Pour ce qui est du « critère du lien de connexité avec le service militaire » proposé par nos collègues les juges Karakatsanis et Rowe, l’approche qu’ils adoptent nous trouble pour plusieurs raisons. Premièrement, ils encouragent les tribunaux militaires saisis d’une contestation de compétence à se poser la question suivante : « Le membre des forces armées a-t-il commis une infraction dans des circonstances qui sont à ce point liées au service militaire qu’elle est susceptible d’influencer directement sur la discipline, l’efficacité et le moral des troupes? » (par. 177 (nous soulignons)). La distinction fondée



conduct, even when committed in circumstances that are not directly related to military duties, may have an impact on the standard of discipline, efficiency and morale” (para. 52). Accordingly, relying on the concept of “directness” is unhelpful and inconsistent with *Moriarity*.

[106] Secondly, our colleagues suggest that where an offence was committed “in the course of military duty, on military property, or using military property . . . it can generally be inferred that there will be a direct effect on military discipline, efficiency and morale” (para. 178 (emphasis added)). Yet our colleagues fail to explain when, if ever, a service tribunal might decline to draw this “general” inference. Similarly, our colleagues state that “[w]hen an offence is committed in a theatre of war, it is presumed that the circumstances will meet the military connection test” (para. 179 (emphasis added)). It is unclear when, if ever, this “presumption” might be rebutted.

[107] Thirdly, our colleagues maintain that “[t]he fact that an offence was committed by a service member, on its own, is unlikely to be sufficient to ground a military connection on the basis that its mere commission undermines discipline” (para. 178). Respectfully, their position is incompatible with *Moriarity*, which adopted a broad understanding of the connection between criminal conduct by service members and discipline within the military. The Court endorsed the notion that discipline in the military requires “an instilled pattern of obedience . . . and respect for and compliance with lawful authority”, emphasizing that “the behaviour of members of the military relates to discipline, efficiency and morale even when they are not on duty, in uniform, or on a military base” (para. 54). These statements make clear that military discipline suffers when service members engage in criminal conduct, even in a civilian setting, and therefore our colleagues’ narrow understanding of

sur le caractère direct ou indirect a toutefois été expressément rejetée dans *Moriarity*. Comme nous l’avons souligné, il a été précisé dans cet arrêt que « [m]ême commis dans des circonstances non directement liées à des fonctions militaires, un comportement criminel ou frauduleux peut avoir une incidence sur les normes applicables au titre de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes » (par. 52). En conséquence, le fait de se fonder sur le concept du « caractère direct » n’est d’aucune utilité et est incompatible avec l’arrêt *Moriarity*.

[106] Deuxièmement, nos collègues suggèrent que, lorsqu’une infraction a été commise « dans l’exécution de[s] fonctions [d’un militaire], sur une propriété militaire ou en utilisant une propriété militaire[.] [. . .] on peut généralement en inférer qu’elle influera directement sur la discipline, l’efficacité et le moral des troupes » (par. 178 (nous soulignons)). Cependant, ils n’expliquent pas à quel moment, le cas échéant, un tribunal militaire peut refuser de tirer cette inférence « générale ». De même, ils affirment que « [l]orsqu’une infraction est commise en théâtre de guerre, on présume que les circonstances respecteront le critère du lien de connexité avec le service militaire » (par. 179 (nous soulignons)). Il est difficile de dire à quel moment, le cas échéant, cette « présomption » peut être réfutée.

[107] Troisièmement, nos collègues soutiennent qu’« [à] lui seul, le fait que l’infraction ait été commise par un membre des forces armées ne serait probablement pas suffisant pour justifier l’existence d’un lien avec le service militaire au motif que la simple perpétration de cette infraction mine la discipline » (par. 178). Soit dit en tout respect, leur position est incompatible avec l’arrêt *Moriarity*, dans lequel une interprétation large du lien entre la conduite criminelle de militaires et la discipline au sein de l’armée a été adoptée. La Cour a confirmé l’idée que la discipline dans l’armée requiert « une attitude inculquée d’obéissance, [. . .] de respect de l’autorité légitime et de subordination à celle-ci », et a souligné que « le comportement des militaires touche à la discipline, à l’efficacité et au moral, même lorsque ces derniers ne sont pas de service, en uniforme ou dans une base militaire » (par. 54). Ces déclarations indiquent clairement qu’il y a

the circumstances in which a “military connection” is present cannot be sustained.

[108] Fourthly, we question our colleagues’ proposed remedy, which is to read the following language into s. 130(1)(a) where an accused is charged with an offence carrying a maximum punishment of at least five years’ imprisonment: “An act or omission committed by a service member that is military in nature or is committed in circumstances directly connected to the military . . .” (para. 193). Respectfully, this extensive rewrite of s. 130(1)(a) exceeds the proper role of the courts.

[109] In sum, we see no basis for resurrecting the “military nexus” doctrine. And, in any event, this Court has spoken: *Moriarity* identified the “military nexus” required to ground a rational connection to discipline, efficiency, and morale in the military — the accused’s military status. Nothing more is needed. We turn, therefore, to our own conclusion on the ultimate question before the Court: whether a serious civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) qualifies as “an offence under military law”, thereby engaging the military exception in s. 11(f) of the *Charter*.

- (4) “An Offence Under Military Law” Is One That Is Validly Enacted Under Section 91(7) of the *Constitution Act, 1867*

[110] In our view, the text “an offence under military law” in s. 11(f) refers to an offence that is validly enacted pursuant to Parliament’s power over the “Militia, Military and Naval Service, and Defence” under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. This interpretation aligns with the analysis of

atteinte à la discipline militaire lorsque des militaires adoptent un comportement criminel, même dans un contexte civil, de sorte que l’interprétation étroite que proposent nos collègues des circonstances dans lesquelles il existe un « lien de connexité avec le service militaire » ne peut être retenue.

[108] Quatrièmement, nous mettons en doute la réparation que proposent nos collègues, laquelle consiste à inclure, par voie d’interprétation extensive, les termes suivants à l’al. 130(1)a dans le cas où un militaire est accusé d’une infraction punissable d’une peine maximale d’au moins cinq ans d’emprisonnement : « tout acte ou omission commis par un militaire qui est de nature militaire ou qui est commis dans des circonstances directement liées au service militaire . . . » (par. 193). Soit dit en tout respect, cette réécriture importante de l’al. 130(1)a outrepassa le rôle que doivent jouer les tribunaux.

[109] En somme, nous ne voyons aucune raison de faire renaître la doctrine du « lien de connexité avec le service militaire ». Et, de toute façon, la Cour s’est prononcée : dans l’arrêt *Moriarity*, elle a établi le « lien de connexité avec le service militaire » qui est nécessaire pour établir un lien rationnel avec la discipline, l’efficacité et le moral des troupes, à savoir le statut de militaire de l’accusé. Rien de plus n’est requis. Nous passons donc à notre propre conclusion quant à la question ultime à laquelle doit répondre la Cour, soit celle de savoir si une infraction civile grave jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a peut être considérée comme une « *offence under military law* » et entraîner par le fait même l’application de l’exception militaire prévue à l’al. 11(f) de la *Charte*.

- (4) Une « *offence under military law* » est une infraction validement adoptée en vertu du par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*

[110] À notre avis, l’expression « *offence under military law* » à l’al. 11(f) renvoie à une infraction validement adoptée conformément au pouvoir que le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement sur « la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays ». Cette

Strayer C.J. in *R. v. Reddick* (1996), 112 C.C.C. (3d) 491 (C.M.A.C.):

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. . . . [p. 505]

[111] The accused persons and the majority in *Stillman* raised concerns over the notion that Parliament might have a hand in shaping what constitutes “an offence under military law” — and, consequently, influence the application of the military exception in s. 11(f) — through the exercise of its legislative authority under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. But we do not share this concern. It is of course well within Parliament’s constitutional authority under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, to define what is and is not a *criminal* offence in Canada. Its authority to define what is and is not a *military* offence under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867* is no different in principle. That is not to say that Parliament has *carte blanche*. In our constitutional democracy, courts — not the legislatures — are the arbiters of whether a given enactment falls within a particular head of power set out in the *Constitution Act, 1867*, and they may invalidate legislation that falls outside Parliament’s legislative competence. Further, how Parliament exercises its legislative authority is confined by the *Charter* itself, and is judicially reviewable as such. For example, a service offence may be challenged as being overbroad under s. 7 of the *Charter*, just as s. 130(1)(a) was in *Moriarity*. There are, then, meaningful limits on Parliament’s authority to decide what is “an offence under military law”. But since this Court has already established that s. 130(1)(a) *does* fall within Parliament’s legislative competence under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*, and is not overbroad under s. 7 of the *Charter*, this provision validly creates “an offence

interprétation est compatible avec l’analyse du juge en chef Strayer dans l’arrêt *R. c. Reddick*, [1996] A.C.A.C. n° 9 (QL) (C.A.C.M.) :

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 » validement prévue par le Parlement en vertu du paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Dans l’affirmative, l’exception prévue à la *Charte* s’applique. . . . [par. 25]

[111] Les accusés et les juges majoritaires dans l’arrêt *Stillman* ont soulevé des préoccupations concernant l’idée selon laquelle le Parlement pourrait, dans l’exercice du pouvoir législatif que lui confère le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, jouer un rôle dans la définition d’une « *offence under military law* » et, par conséquent, influencer sur l’application de l’exception militaire prévue à l’al. 11f). Nous ne partageons cependant pas cette préoccupation. Il est bien sûr dans les limites du pouvoir constitutionnel conféré au Parlement par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de définir ce qui constitue et ce qui ne constitue pas une infraction *criminelle* au Canada. Le pouvoir de définir ce qui constitue et ce qui ne constitue pas une infraction *militaire* que lui confère le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n’est pas différent en principe. Cela ne veut pas dire que le Parlement a carte blanche. Dans notre démocratie constitutionnelle, c’est aux tribunaux — et non au législateur — qu’il appartient de décider si une loi donnée relève d’un chef de compétence particulier énoncé dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ils peuvent invalider une loi qui ne relève pas de la compétence législative du Parlement. De plus, la façon dont le Parlement exerce son pouvoir législatif est limitée par la *Charte* elle-même et peut donc faire l’objet d’un contrôle judiciaire. Par exemple, une infraction d’ordre militaire peut être contestée au motif qu’elle a une portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*, tout comme l’al. 130(1)a) l’a été dans l’arrêt *Moriarity*. Il existe donc des limites importantes au pouvoir du Parlement de décider ce qui constitue une

under military law” for the purposes of s. 11(f) of the *Charter*.

[112] To be clear, we reject our colleagues’ characterization of our approach as permitting Parliament to “define the scope of [a] *Charter* right” through ordinary legislation (para. 121). That is not our suggestion. Rather, our approach simply recognizes that the content of certain pre-existing concepts enshrined in the *Charter* — in this case, “an offence under military law” — can be shaped by Parliament through the proper exercise of its constitutional authority. While this may incidentally influence other *Charter* concepts such as the military exception under s. 11(f), it does not permit Parliament to define a *Charter* right or exception through ordinary legislation.

[113] Our conclusion can be stated succinctly. Our jurisprudence establishes that Parliament has validly enacted s. 130(1)(a) of the *NDA* under the authority granted by s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867* (see *MacKay*, at p. 397). It also establishes that s. 130(1)(a) is not overbroad under s. 7 of the *Charter*, even absent a “military nexus” going beyond the accused’s military status (see *Moriarity*). It follows, therefore, that a serious civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) — whether or not there is a heightened “military nexus” — qualifies as “an offence under military law” for the purposes of s. 11(f) of the *Charter*. Accordingly, where such an offence is tried before a military tribunal — as was the case for each of the accused persons in this instance — the military exception in s. 11(f) of the *Charter* is engaged. It follows that s. 130(1)(a) of the *NDA* is not inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*, as it does not deprive a person who is lawfully entitled to a trial by jury of that right.

« *offence under military law* ». Toutefois, comme la Cour a déjà établi que l’al. 130(1)a) relève du pouvoir législatif du Parlement en vertu du par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu’il n’a pas de portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*, cette disposition crée valablement une « *offence under military law* » pour l’application de l’al. 11f) de la *Charte*.

[112] En termes clairs, nous rejetons la façon dont nos collègues qualifient notre approche, laquelle permettrait au Parlement de « définir [. . .] la portée d[’un] droit » garanti par la *Charte* au moyen d’une loi ordinaire (par. 121). Ce n’est pas ce que nous suggérons. Notre approche consiste plutôt à simplement reconnaître que le contenu de certains concepts préexistants consacrés par la *Charte* — en l’espèce, une « *offence under military law* » — peut être déterminé par le Parlement dans l’exercice approprié de son pouvoir constitutionnel. Bien que ce fait puisse accessoirement influencer sur d’autres concepts visés par la *Charte* comme l’exception militaire prévue à l’al. 11f), il ne permet pas au Parlement de définir un droit ou une exception prévus par la *Charte* au moyen d’une loi ordinaire.

[113] Notre conclusion peut être énoncée de façon succincte. La jurisprudence de notre Cour établit que le Parlement a validement édicté l’al. 130(1)a) de la *LDN* en vertu du pouvoir que lui confère le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir *MacKay*, p. 397). Elle établit également que cet alinéa n’a pas de portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*, même en l’absence d’un « lien de connexité avec le service militaire » allant au-delà du statut de militaire de l’accusé (voir *Moriarity*). Il s’ensuit donc qu’une infraction civile grave qui est jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a) — qu’il existe ou non un « lien de connexité [accru] avec le service militaire » — peut être considérée comme une « *offence under military law* » pour l’application de l’al. 11f) de la *Charte*. Par conséquent, lorsqu’une telle infraction est jugée devant un tribunal militaire — comme cela a été le cas pour chacun des accusés en l’espèce —, l’exception militaire prévue à l’al. 11f) de la *Charte* s’applique. L’alinéa 130(1)a) de la *LDN* n’est donc pas incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte*, car il ne prive personne de son droit légitime à un procès avec jury.

## VI. Conclusion

[114] We would dismiss the appeals in *Stillman* and allow the appeal in *Beaudry*. The order of the CMAC in *Beaudry* declaring s. 130(1)(a) of the *NDA* to be of no force or effect in its application to any serious civil offence is set aside, and the conviction is restored. As requested, the parties will bear their own costs.

The following are the reasons delivered by

KARAKATSANIS AND ROWE JJ. (dissenting) —

### I. Introduction

[115] Section 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees every accused charged with an offence punishable by five years of imprisonment (or a more severe punishment) the fundamental and historic right to a jury trial. It carves out an exception to this right in “the case of an offence under military law tried before a military tribunal” (in French, “*sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire*”).

[116] The scope of the military exception is at issue in these appeals. Specifically, we have been asked whether s. 130(1)(a) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, violates s. 11(f) of the *Charter*. To answer this question, we must determine whether s. 130(1)(a) creates “an offence under military law tried before a military tribunal”. Section 130(1)(a) incorporates almost every civilian criminal offence into military jurisdiction. In effect, s. 130(1)(a) can take the trial of such offences outside the civilian courts, where an accused would be entitled to trial by jury.

[117] This Court has addressed the constitutionality of this provision by reference to s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*, and s. 11(d) of the *Charter* (Majority Reasons, at para. 4; see, in particular *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, and *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259). Most recently, in *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, this

## VI. Conclusion

[114] Nous sommes d’avis de rejeter les pourvois dans *Stillman* et d’accueillir celui dans *Beaudry*. L’ordonnance rendue par la CACM dans *Beaudry*, déclarant que l’al. 130(1)a de la *LDN* est inopérant dans son application à toute infraction civile grave, est annulée, et la déclaration de culpabilité est rétablie. À leur demande, les parties assumeront leurs propres dépens.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES KARAKATSANIS ET ROWE (dissidents) —

### I. Introduction

[115] L’alinéa 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à tout inculpé accusé d’une infraction punissable d’un emprisonnement de cinq ans ou d’une peine plus grave le droit fondamental et historique à un procès avec jury. Il prévoit une exception dans le cas où « il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire » (aux termes de la version anglaise, « *in the case of an offence under military law tried before a military tribunal* »).

[116] La portée de cette exception est en cause dans les présents pourvois. Plus particulièrement, nous sommes appelés à décider si l’al. 130(1)a de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5, viole l’al. 11f) de la *Charte*. Pour répondre à cette question, nous devons établir si l’al. 130(1)a crée « une infraction relevant de la justice militaire ». L’alinéa 130(1)a incorpore à la compétence des tribunaux militaires pratiquement toutes les infractions criminelles civiles. De fait, l’al. 130(1)a peut faire en sorte qu’un procès pour de telles infractions n’ait pas lieu devant les tribunaux civils, devant lesquels l’accusé aurait le droit à un procès avec jury.

[117] La Cour s’est penchée sur la constitutionnalité de cette disposition au regard du par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l’al. 11d) de la *Charte* (motifs des juges majoritaires, par. 4; voir plus particulièrement *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370 et *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259). Plus récemment, dans *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015]

Court held that s. 130(1)(a) of the *NDA* did not infringe s. 7 of the *Charter* on the basis of overbreadth, as the Court found there was a rational connection between the effect of s. 130(1)(a) and its objective of maintaining military discipline, efficiency and morale, without the need to demonstrate a direct link between the offence and the military.

[118] Our colleagues state that as long as s. 130(1)(a) is within the federal government's legislative competence and not overbroad under s. 7 of the *Charter*, the offences incorporated by s. 130(1)(a) need not be committed in circumstances directly connected to the military for s. 130(1)(a) to be constitutional. In our view, finding a provision is constitutional in certain respects — either with regard to whether it was validly enacted or to whether that enactment infringes a certain *Charter* right — does not answer whether it is constitutional in every respect. To this end, the Court in *Moriarity* specifically stated that its decision did not address s. 11(f) (para. 30).

[119] The question now before this Court is whether s. 130(1)(a) of the *NDA* infringes s. 11(f) of the *Charter*. The majority concludes that s. 130(1)(a) does not infringe s. 11(f), as s. 130(1)(a) falls within the exception in s. 11(f). We disagree. In our view, s. 130(1)(a) only falls within the scope of the exception to the extent that there is a direct connection between the circumstances of the offence and the military.

[120] We part company with the majority in three fundamental respects. First, while the majority sets out a purposive approach to the *Charter* right and exception, they do not give sufficient effect to either the individual or societal interest in the right to a jury trial. We cannot agree that a trial before a military panel “largely mirrors the civilian justice system” when the broader society does not participate in trial by military panel (Majority Reasons, at para. 53). Nor do we think that the *Charter* right to a jury

3 R.C.S. 485, la Cour a statué que l'al. 130(1)a de la *LDN* ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte* pour cause de portée excessive, car selon la Cour, il y a un lien rationnel entre l'effet de l'al. 130(1)a et son objectif consistant à assurer la discipline, l'efficacité et le moral des troupes, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un lien direct entre l'infraction et le service militaire.

[118] Nos collègues affirment que tant que l'al. 130(1)a respecte la compétence législative fédérale et qu'il n'a pas une portée excessive au regard de l'art. 7 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire que les infractions incorporées par l'al. 130(1)a soient commises dans des circonstances directement liées au service militaire pour que l'al. 130(1)a soit constitutionnel. À notre avis, juger qu'une disposition est constitutionnelle à certains égards — que ce soit quant à la question de savoir si elle a été validement adoptée ou si elle contrevient à un droit garanti par la *Charte* — ne répond pas à la question de savoir si elle est constitutionnelle à tous les égards. À cette fin, la Cour dans *Moriarity* a expressément indiqué que sa décision ne portait pas sur l'al. 11(f) (par. 30).

[119] La question que notre Cour doit maintenant trancher est celle de savoir si l'al. 130(1)a de la *LDN* contrevient à l'al. 11(f) de la *Charte*. Les juges majoritaires concluent que l'al. 130(1)a ne contrevient pas à l'al. 11(f), car l'al. 130(1)a entre dans le champ d'application de l'exception prévue à l'al. 11(f). Nous ne sommes pas de cet avis. Selon nous, l'alinéa 130(1)a n'entre dans le champ d'application de l'exception que dans la mesure où il y a un lien direct entre les circonstances de l'infraction et le service militaire.

[120] Notre désaccord avec les juges majoritaires porte sur trois aspects fondamentaux. Premièrement, bien que les juges majoritaires proposent une approche téléologique à l'égard du droit et de l'exception prévus par la *Charte*, ils ne tiennent pas suffisamment compte de l'intérêt des individus ou de la société à l'égard du droit à un procès avec jury. Nous ne pouvons accepter qu'un procès devant un comité militaire « s'apparent[e] beaucoup au système de justice civil » alors que la société en général ne participe pas à un tel

trial should be denied for service members charged with offences that have no direct connection to the military.

[121] Second, it is the role of the courts to interpret the words expressing the military exception in s. 11(f) to define the range of offences that Parliament can exclude from the right to a trial by jury. The majority says that as long as Parliament is acting under its constitutional authority in relation to military law, and has not enacted an overbroad law, it can define what constitutes “an offence under military law” and consequently the scope of the military exception in s. 11(f) (Majority Reasons, at para. 110). Though a legislative provision can be helpful in an inquiry into the meaning of a *Charter* right, it does not define the scope of the *Charter* right. Overbreadth and legislative competence are not the only guides to defining the meaning of s. 11(f) — the right contained in that section must be considered.

[122] Third, military court jurisdiction has historically been subject to important limits. Initially, the types of offences that could be tried by military courts were limited to offences that were specific to the military, such as desertion, mutiny and sedition. As the jurisdiction of military courts expanded to include civilian offences, civilian courts maintained primary jurisdiction where offences were triable in either court (as acknowledged in s. 71 of the *NDA*). Over the past four decades, the development of a military connection test in Canada has limited military court jurisdiction to offences that are military in nature or take place in military circumstances.

[123] We join the majority in rejecting the position put forward by the accused persons that the only offences under military law considered for the purposes of s. 11(f) of the *Charter* are those military offences enumerated in ss. 73 to 129 of the *NDA*.

procès (motifs des juges majoritaires, par. 53). Nous ne croyons pas non plus que les militaires accusés d’infractions n’ayant aucun lien direct avec le service militaire devraient être privés du droit à un procès avec jury garanti par la *Charte*.

[121] Deuxièmement, il incombe aux tribunaux d’interpréter les mots exprimant l’exception militaire à l’al. 11f) afin d’établir l’éventail des infractions que le Parlement peut exclure du droit à un procès avec jury. Les juges majoritaires affirment que tant que le Parlement agit conformément à son pouvoir constitutionnel relativement au droit militaire, et qu’il n’a pas édicté une loi ayant une portée excessive, il peut définir ce qui constitue une « *offence under military law* » (infraction au droit militaire) et, par conséquent, la portée de l’exception militaire prévue à l’al. 11f) (motifs des juges majoritaires, par. 110). Bien qu’une disposition législative puisse être utile pour établir le sens d’un droit garanti par la *Charte*, elle ne définit pas la portée de ce droit. La portée excessive et la compétence législative ne sont pas les seuls éléments qui servent de guides pour établir le sens de l’al. 11f) — le droit que prévoit cette disposition doit être pris en compte.

[122] Troisièmement, la compétence des tribunaux militaires a longtemps été assujettie à d’importantes limites. Au départ, le type d’infractions qui pouvaient faire l’objet d’un procès devant les tribunaux militaires se limitaient aux infractions propres au service militaire, comme la désertion, la mutinerie et la sédition. Lorsque la compétence des tribunaux militaires s’est élargie pour comprendre les infractions civiles, les tribunaux civils sont demeurés la juridiction principale dans le cas où les infractions peuvent être jugées devant l’un ou l’autre des tribunaux (comme le reconnaît l’art. 71 de la *LDN*). Au cours des quatre dernières décennies, l’élaboration du critère du lien de connexité avec le service militaire au Canada a restreint la compétence des tribunaux militaires aux infractions qui sont de nature militaire ou qui ont lieu dans un contexte militaire.

[123] Nous sommes d’accord avec les juges majoritaires pour rejeter la position que soutiennent les accusés voulant que les seules infractions au droit militaire au sens de l’al. 11f) de la *Charte* soient les infractions militaires énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN*.

[124] However, we conclude, based on the nature and purpose, language, and history of the jury trial right and its exception, that s. 130(1)(a) of the *NDA* does not comply with s. 11(f) of the *Charter* to the extent that it denies service members the right to a jury trial for serious offences that do not have a military connection. Because striking down the legislative provision (as the accused persons request) would limit the trial of offences by military courts more than the *Charter* exception demands, we would read in a military connection requirement to s. 130(1)(a) to respect s. 11(f) of the *Charter*.

## II. The Right to a Jury Trial and Its Exception

[125] Section 11(f) reads: “Any person charged with an offence has the right . . . except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment”. This *Charter* provision guarantees the fundamental right to a jury trial. It protects the interests of the accused in being tried by a jury, and the interests of society in participating in the prosecution of serious criminal offences (*R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384).

[126] The meaning of a *Charter* right is to be understood by analyzing the purpose of the guarantee and the interests it is meant to protect. The purpose of the right is ascertained by reference to the character and larger objectives of the *Charter*, the language of the right, the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, the meaning and purpose of the other specific rights with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be generous and aimed at fulfilling the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter* protection without “overshoot[ing]” the purpose of the right (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145).

[124] Cependant, nous concluons, en fonction de la nature, de l’objet, du libellé et de l’historique du droit à un procès avec jury, ainsi que de l’exception dont est assorti ce droit, que l’al. 130(1)a) de la *LDN* n’est pas conforme à l’al. 11f) de la *Charte* dans la mesure où il prive les militaires du droit à un procès avec jury pour des infractions graves qui n’ont pas de lien de connexité avec le service militaire. Étant donné que l’invalidation de la disposition législative (comme le demandent les accusés) limiterait les infractions pouvant faire l’objet d’un procès devant les tribunaux militaires plus que ne l’exige l’exception prévue dans la *Charte*, nous inclurons à l’al. 130(1)a), par voie d’interprétation extensive, une exigence selon laquelle l’infraction doit avoir un lien de connexité avec le service militaire pour que celui-ci soit conforme à l’al. 11f) de la *Charte*.

## II. Le droit à un procès avec jury et son exception

[125] L’alinéa 11f) dispose que tout inculpé a le droit « sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d’un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l’infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave ». Cette disposition de la *Charte* garantit le droit fondamental à un procès avec jury. Elle protège l’intérêt de l’accusé à être jugé par un jury, et l’intérêt de la société à participer aux poursuites relatives aux infractions criminelles graves (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384).

[126] Il faut comprendre le sens d’un droit garanti par la *Charte* en fonction de l’analyse de l’objet de la garantie et des intérêts que le droit vise à protéger. L’objet du droit est établi à la lumière de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte*, du libellé de la disposition prévoyant le droit, des origines historiques des concepts enchâssés et, s’il y a lieu, du sens et de l’objet des autres droits particuliers qui s’y rattachent selon le texte de la *Charte*. L’interprétation doit être libérale et viser à réaliser l’objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* sans « aller au-delà » de l’objet du droit (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145).



[127] Exceptions “should not be construed more widely than is necessary to fulfil the values which support [them]” (*Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at p. 1207, per La Forest J.). R. Sullivan has expanded on this point: “In keeping with the current emphasis on purposive analysis, modern courts are particularly concerned that exceptions and exemptions be interpreted in light of their underlying rationale and not be used to undermine the broad purpose of the legislation” (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 506). In order to determine whether an exception is undermining the broad purpose of the right beyond the intended scope of the exception, it is essential to consider the rationales underlying the right and the exception together. It is inappropriate to focus on the purpose of the military exception at the expense of the purpose of the right to a jury trial (Majority Reasons, at paras. 78-80). The proper approach is to interpret the right, along with the exception, in order to give the full benefit of the *Charter* protection without overshooting its purpose.

[128] With regard to the specific question before us, we agree with Professor A. Morel, who describes how this interpretive approach directs the court to read the words of the military exception narrowly:

One must not lose sight of the fact that we are in the presence of an exception to a provision which, in other respects, guarantees any accused the right to the benefit of trial by jury. This provision is itself part of a *Charter* whose first section “guarantees the rights and freedoms set out in it”. It is sufficient to say that the exception must receive a restrictive interpretation and that it is proper to ascribe to the expression “an offence under military law” the strict meaning of these words, which is the result of a secular historical tradition. [Footnote omitted.]

(“Certain Guarantees of Criminal Procedure” in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), 367, at p. 376)

[127] Les exceptions ne devraient pas « s’interpréter d’une façon plus large que ce qui est nécessaire pour assurer le respect des valeurs sur lesquelles elle[s] repose[nt] » (*Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, p. 1207, le juge La Forest). R. Sullivan a développé ce point : [TRADUCTION] « Conformément à l’accent mis de nos jours sur l’analyse téléologique, les tribunaux modernes se soucient particulièrement d’interpréter les exceptions et les exemptions à la lumière de leur raison d’être et d’en écarter toute utilisation qui minerait l’objet général de la Loi » (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 506). Afin d’établir si une exception mine l’objectif général du droit d’une façon qui outre-passe la portée voulue de celle-ci, il est essentiel de considérer ensemble la raison d’être du droit et celle de l’exception. Il n’y a pas lieu de mettre l’accent sur l’objectif de l’exception militaire au détriment de l’objectif du droit à un procès avec jury (motifs des juges majoritaires, par. 78-80). L’approche qu’il convient d’adopter consiste à interpréter le droit, ainsi que l’exception, afin que les citoyens bénéficient pleinement de la protection garantie par la *Charte*, sans aller au-delà de son objectif.

[128] En ce qui a trait à la question précise dont nous sommes saisis, nous sommes d’accord avec le professeur A. Morel, qui décrit la façon dont cette approche exige que les tribunaux interprètent d’une manière restrictive les termes de l’exception militaire :

Il ne faut en effet pas perdre de vue qu’on est ici en présence d’une dérogation à une disposition qui, par ailleurs, garantit à tout inculpé un droit, celui de bénéficier d’un procès avec jury. Cette disposition est elle-même partie d’une *Charte* dont l’article premier nous dit qu’elle « garantit les droits et libertés qui y sont énoncés ». C’est assez dire que cette exception doit recevoir une interprétation restrictive et qu’il convient donc de donner à l’expression « an offence under military law » le sens strict que ces mots ont dans la langue juridique et qui est le résultat d’une tradition historique séculaire. [Note en bas de page omise.]

(« Garanties en matière de procédure et de peines » dans W. S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 459, p. 473)

[129] In our view, the purpose of the military exception in s. 11(f) cannot be divorced from the purpose of the right to a jury trial. In *Turpin*, this Court interpreted the word “benefit” in s. 11(f) in a “broad and generous manner . . . to ensure that those protected receive the full benefit of the protection” (p. 1314). Similarly, we take an interpretive approach that ensures those protected receive the full benefit of the protection, subject to the specific limitation in s. 11(f).

#### A. *The Nature and Purpose of Section 11(f)*

##### (1) Section 11(f) in the Context of the Charter

[130] We begin by situating s. 11(f) in the *Charter*. We explain the nature and purpose of s. 11(f), including how s. 11(f) differs from s. 7.

[131] The nature of the protection in s. 11(f) can be discerned by reference to other *Charter* provisions. Sections 7 to 14 of the *Charter* enshrine fundamental legal rights. Section 7 broadly protects the fundamental rights of “[e]veryone” to “life, liberty and security of the person”. Those rights are balanced by the requirement that any deprivation of those rights be “in accordance with the principles of fundamental justice.” Sections 8 to 14 are specific enumerations of legal rights. Section 11 lists nine fundamental rights in paras. (a) to (i) that are granted to “[a]ny person charged with an offence”. The more general purpose of s. 11 is to protect the liberty and security interests of persons accused of crime in the circumstances stated in each paragraph (*R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594, at p. 1609).

[132] As noted by Lamer J. (as he then was), ss. 8 to 14 “address specific deprivations of the ‘right’ to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7” (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 502). These sections draw attention to particular fundamental rights that are to be protected. La Forest J. explained in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, that s. 11 “serves to

[129] À notre avis, l’objet de l’exception militaire prévue à l’al. 11f) ne peut être dissocié de l’objet du droit à un procès avec jury. Dans *Turpin*, la Cour a interprété le mot « bénéficiaire » figurant à l’al. 11f) « largement et généreusement [...] de manière à ce qu[e ce droit garanti] protég[e] pleinement ceux à qui [il est] destiné » (p. 1314). De la même façon, nous adoptons une interprétation qui fait en sorte que les personnes jouissant de ces protections bénéficient pleinement de la protection garantie, sous réserve de la limite expresse énoncée à l’al. 11f).

#### A. *La nature et l’objet de l’al. 11f)*

##### (1) L’alinéa 11f) dans le contexte de la Charte

[130] Situons d’abord l’al. 11f) dans le contexte de la *Charte*. Nous expliquons la nature et l’objet de l’al. 11f), notamment de quelle façon il diffère de l’art. 7.

[131] On peut saisir la nature de la protection prévue à l’al. 11f) à la lumière des autres dispositions de la *Charte*. Les articles 7 à 14 consacrent les garanties juridiques fondamentales. L’article 7 protège de façon générale les droits fondamentaux de « [c]hacun » « à la vie, à la liberté, à la sécurité de sa personne ». Ces droits sont pondérés par l’exigence voulant qu’il ne puisse être porté atteinte à ces droits qu’« en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Les articles 8 à 14 énoncent des garanties juridiques précises. L’article 11 indique neuf droits fondamentaux aux al. a) à i), qui sont garantis à « [t]out inculpé ». L’objet plus général de l’art. 11 est de protéger les droits à la liberté et à la sécurité de la personne accusée d’un crime dans les circonstances énoncées à chaque alinéa (*R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594, p. 1609).

[132] Comme l’a souligné le juge Lamer (plus tard juge en chef), les art. 8 à 14 « visent des atteintes spécifiques au “droit” à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui violent les principes de justice fondamentale et qui, à ce titre, constituent des violations de l’art. 7 » (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 502). Ces articles attirent l’attention sur des droits fondamentaux particuliers qui doivent être protégés. Le juge La Forest a

illustrate and, perhaps, amplify” the application of s. 7 (p. 354).

[133] The purpose of s. 11(f) is to protect the right to a jury trial. Section 11(f) is, in effect, an illustration of a fundamental right to life, liberty and security of the person guaranteed in s. 7. Section 11(f) also offers a specific protection that s. 7 does not. In *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843, the Court rejected the argument put forward by the respondent that the scope of the legal rights in ss. 8 to 14 could be no greater than what was protected in s. 7: “Section 7 does not define the scope of the rights contained in the provisions that follow it. . . . In my opinion . . . s. 11(b) can encompass interests in addition to those that have been recognized as falling within s. 7” (p. 854; see also *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1062). This reasoning demonstrates that legislation found constitutional with respect to s. 7 is not necessarily constitutional under s. 11, or vice versa. These two different constitutional protections do not compel the same result.

[134] Thus, the finding in *Moriarity* that s. 130(1)(a) of the *NDA* did not violate s. 7 for overbreadth does not answer the question of whether the provision violates s. 11(f), in part because of the different protections offered by the two *Charter* provisions. A provision may pass constitutional muster under the overbreadth prong of s. 7, but still violate other legal rights in the *Charter*. In *Moriarity*, the Court did not purport to define “offence under military law tried before a military tribunal”, as s. 11(f) was not at issue. Indeed, the Court in *Moriarity* expressly noted that nothing it said spoke to the scope of the military exception in s. 11(f):

The overbreadth analysis does not evaluate the appropriateness of the objective. Rather, it assumes a legislative objective that is appropriate and lawful. I underline this point here because the question of the scope of Parliament’s authority to legislate in relation to “Militia, Military and Naval Service, and Defence” under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867* and the scope of the exemption of military

expliqué dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, que l’art. 11 « sert simplement à illustrer et peut-être à préciser » l’application de l’art. 7 (p. 354).

[133] L’alinéa 11f) a pour objet de protéger le droit à un procès avec jury. Il est en fait une illustration du droit fondamental à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que garantit l’art. 7. L’alinéa 11f) offre aussi une protection particulière que l’art. 7 n’offre pas. Dans *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843, la Cour a rejeté l’argument avancé par l’intimée selon lequel la portée des droits prévus aux art. 8 à 14 ne pouvait être plus large que celle des garanties que prévoit l’art. 7 : « L’article 7 ne précise pas la portée des droits énoncés dans les dispositions qui le suivent. [...] J’estime donc [...] que l’al. 11b) peut englober d’autres intérêts que ceux qui ont été reconnus comme relevant de l’art. 7 » (p. 854; voir aussi *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1062). Ce raisonnement démontre que la disposition déclarée constitutionnelle au regard de l’art. 7 n’est pas nécessairement constitutionnelle au regard de l’art. 11, et vice versa. Ces deux protections constitutionnelles distinctes n’exigent pas d’en arriver au même résultat.

[134] Par conséquent, la conclusion dans *Moriarity* selon laquelle l’al. 130(1)a) de la *LDN* ne viole pas l’art. 7 pour cause de portée excessive ne répond pas à la question de savoir si la disposition viole l’al. 11f), en partie parce que les deux dispositions de la *Charte* garantissent des protections différentes. Une disposition peut résister au contrôle de sa constitutionnalité au regard du volet de la portée excessive de l’art. 7, mais violer quand même d’autres droits garantis par la *Charte*. Dans *Moriarity*, la Cour n’entendait pas définir l’expression « infraction relevant de la justice militaire », car l’al. 11f) n’était pas en cause. Aussi, la Cour dans *Moriarity* a expressément souligné qu’aucune de ses affirmations ne portait sur la portée de l’exception militaire prévue à l’al. 11f) :

L’analyse de la portée excessive ne s’intéresse pas au caractère approprié de l’objectif. Elle suppose plutôt que l’objectif d’une règle de droit est approprié et légitime. J’insiste sur ce point ici parce que la question de l’étendue de la compétence fédérale sur « [l]a milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays » prévue au par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

law from the right to a jury trial guaranteed by s. 11(f) of the *Charter* are not before us in these appeals. We are concerned here with articulating the purpose of two challenged provisions in order to assess the rationality of some of their effects. We are not asked to determine the scope of federal legislative power in relation to military justice or to consider other types of *Charter* challenges. We take the legislative objective at face value and as valid and nothing in my reasons should be taken as addressing any of those other matters. [Emphasis added; para. 30.]

[135] With a challenge based on s. 11(f) now squarely before us, we turn to determining the nature and scope of s. 11(f) to address whether s. 130(1)(a) of the *NDA* violates it.

(2) Individual and Community Interests in Jury Trials

[136] Section 11(f) protects both an individual and societal interest in trials by jury. In *Turpin*, this Court described s. 11(f) as granting individuals charged with an offence the right to the benefit of a trial by jury. The Court stated that s. 11(f) is concerned both with protecting the interests of the accused and placing corresponding duties on the state to respect those interests (p. 1310). The Court emphasized that a jury trial serves not only the interests of the accused but also those of society, as the jury plays a role in educating society and “lending the weight of community standards to trial verdicts” (pp. 1309-10). The nineteenth century English judge James Stephen explained the value of the jury trial as follows:

. . . trial by jury interests large numbers of people in the administration of justice and makes them responsible for it. It is difficult to over-estimate the importance of this. It gives a degree of power and of popularity to the administration of justice which could hardly be derived from any other source.

(J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, at p. 573, cited at p. 1310 of *Turpin*.)

ainsi que la question de la portée de l'exemption d'application du droit à un procès avec jury garanti à l'al. 11f) de la *Charte* en droit militaire ne se soulèvent pas dans les présents pourvois. En l'espèce, nous devons formuler l'objet des deux dispositions contestées afin de pouvoir apprécier la rationalité de certains de leurs effets. Nous ne sommes pas appelés à déterminer l'étendue du pouvoir du gouvernement fédéral de légiférer à l'égard de la justice militaire, ni à examiner d'autres types de contestations fondées sur la *Charte*. Je considère comme valide l'objectif du législateur, et mes motifs ne traitent d'aucune de ces autres questions. [Nous soulignons; par. 30.]

[135] Nous sommes maintenant directement saisis d'une contestation fondée sur l'al. 11f); nous devons donc déterminer la nature et la portée de cet alinéa afin de trancher la question de savoir si l'al. 130(1)a) de la *LDN* viole l'al. 11f).

(2) Intérêts des individus et de la collectivité dans la tenue de procès avec jury

[136] L'alinéa 11f) protège autant l'intérêt des individus que celui de la société dans la tenue de procès avec jury. Dans *Turpin*, la Cour a décrit l'al. 11f) comme accordant aux personnes accusées d'une infraction le droit de bénéficier d'un procès avec jury. La Cour a statué que l'al. 11f) vise autant à protéger les intérêts de l'accusé qu'à imposer des obligations correspondantes à l'État afin qu'il respecte ces intérêts (p. 1310). La Cour a insisté sur le fait qu'un procès avec jury ne sert pas seulement les intérêts de l'accusé mais aussi ceux de la société, car le jury joue le rôle d'éduquer la société et d'« incorpor[er] les normes de la société aux verdicts des procès » (p. 1309-1310). Le juge anglais du 19<sup>e</sup> siècle James Stephen a expliqué la valeur des procès avec jury de la façon suivante :

[TRADUCTION] . . . le procès avec jury intéresse un grand nombre de personnes à l'administration de la justice et leur en fait porter la responsabilité. On ne saurait accorder trop d'importance à cet aspect. Il confère un degré de puissance et de popularité à l'administration de la justice qui pourrait difficilement provenir d'une autre source.

(J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, p. 573, cité aux p. 1309-1310 dans *Turpin*.)

[137] The collective dimension of the right to a jury trial has been important both historically and more recently in Canada. Historically, the local community's interest in adjudicating alleged crimes committed against it and the importance of a public example were considered key parts of the criminal jury trial right. W. Blackstone, in his *Commentaries on the Law of England* (1769), Book IV, stated:

[A]lthough a private citizen may dispense with satisfaction for his private injury, he cannot remove the necessity of public example. The right of punishing belongs not to any one individual in particular, but to the society in general, or the sovereign who represents that society: and a man may renounce his own portion of this right, but he cannot give up that of others. [p. 357]

[138] This collective interest in the jury trial continues to be recognized today. Indeed, a crime is understood to be a wrong against society; hence, it is the state that prosecutes. As noted in *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, the community has a stake in the prosecution of serious criminal offences:

The jury, through its collective decision making, is an excellent fact finder; due to its representative character, it acts as the conscience of the community; the jury can act as the final bulwark against oppressive laws or their enforcement; it provides a means whereby the public increases its knowledge of the criminal justice system and it increases, through the involvement of the public, societal trust in the system as a whole. [pp. 523-24]

[139] Both the collective and individual aspects of the jury trial right are important, and we must give effect to both aspects of the right. The accused persons in this case seek to exercise the right to the benefit of a jury trial. The community also has an interest in participating in the prosecution of serious offences.

[140] Indeed, it is critical in this analysis to determine how military jurisdiction over offences not

[137] La dimension collective du droit à un procès avec jury a été importante autant historiquement que plus récemment au Canada. Sur le plan historique, l'intérêt de la collectivité locale à juger les crimes qui auraient été commis contre elle et l'importance des peines exemplaires étaient considérés comme des éléments essentiels du droit à un procès criminel avec jury. W. Blackstone, dans son ouvrage intitulé *Commentaries on the Law of England* (1769), Livre IV, a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] [B]ien qu'un citoyen puisse renoncer à demander compensation pour le préjudice qu'il a subi, il ne peut éliminer la nécessité qu'une peine exemplaire soit infligée. Le droit de punir n'appartient pas à une personne en particulier, mais à la société en général, ou au souverain qui représente la société : un homme peut renoncer à sa partie de ce droit, mais il ne peut pas renoncer à celle des autres. [p. 357]

[138] Cet intérêt collectif dans la tenue de procès avec jury est toujours reconnu aujourd'hui. En effet, un crime est considéré comme une faute contre la société; par conséquent, c'est l'État qui intente la poursuite. Comme il a été noté dans *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, la collectivité a un intérêt à ce que les infractions criminelles graves fassent l'objet de poursuites :

Le jury, en raison du caractère collectif de ses décisions, s'avère un excellent juge des faits. Sa représentativité en fait la conscience de la collectivité. De plus, le jury peut servir de dernier rempart contre les lois oppressives ou leur application. Il constitue un moyen par lequel le public acquiert une meilleure connaissance du système de justice criminelle et, grâce à la participation du public, le jury accroît la confiance de la société dans l'ensemble du système. [p. 523-524]

[139] L'aspect collectif et l'aspect individuel du droit à un procès avec jury sont tous les deux importants, et nous devons donner effet à ces deux aspects du droit. Les personnes accusées en l'espèce cherchent à exercer leur droit de bénéficier d'un procès avec jury. La collectivité a elle aussi un intérêt à participer aux poursuites relatives à des infractions graves.

[140] D'ailleurs, il est essentiel dans la présente analyse d'établir quelle est l'incidence sur la société

sufficiently related to the military impacts society. Trying an offence in the military justice system deprives the community of the chance to participate in the prosecution of serious criminal offences. While appropriate in some cases, serious offences should generally go before a jury composed of, “as far as is possible and appropriate in the circumstances, the larger community” (*Sherratt*, at p. 525). Determining whether it is “possible and appropriate in the circumstances” to have a jury trial composed of the larger community requires this court to interpret the words in the s. 11(f) exception. What, then, is an “offence under military law before a military tribunal” that defines the boundaries of the exception to the right to a jury trial?

(3) Conclusion Regarding the Nature and Purpose of Section 11(f)

[141] Section 11(f) encompasses the interests of the accused and of society in holding a jury trial when prosecuting serious criminal offences. To give effect to this purpose, while respecting the limit imposed by the military exception, we next turn to interpreting the proper scope of the exception.

B. *Scope of the Exception Based on the Language of Section 11(f) and the Role of the Courts*

[142] The exception to the *Charter* right to a jury trial is described in the following terms: “except in the case of an offence under military law before a military tribunal”. The French version reads: “*sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire*”.

[143] As the English version of the provision makes clear, the exception is defined by two aspects: the offence must be (1) an offence under military law, and (2) tried before a military tribunal. As Morel states, “[b]y referring instead to ‘an offence *under military law* tried before a military tribunal’, the text adds a

du fait que des infractions n’ayant aucun lien suffisant avec le service militaire relèvent de la compétence des tribunaux militaires. Le fait qu’une infraction soit jugée par le système de justice militaire enlève à la collectivité la chance de participer aux poursuites relatives à des infractions criminelles graves. Bien qu’il puisse être approprié dans certains cas de procéder de cette façon, les infractions graves devraient généralement faire l’objet d’un procès devant un jury composé « dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, [de] l’ensemble de la collectivité » (*Sherratt*, p. 525). Décider s’il est « possible et indiqué dans les circonstances » que le jury soit composé de l’ensemble de la collectivité exige que notre Cour interprète les mots formant l’exception de l’al. 11f). En quoi consiste donc une « infraction relevant de la justice militaire » qui définit les limites de l’exception au droit à un procès avec jury?

(3) Conclusion concernant la nature et l’objet de l’al. 11f)

[141] L’article 11f) englobe les intérêts de l’accusé et ceux de la société dans la tenue d’un procès avec jury dans le cadre de poursuites relatives à des infractions criminelles graves. Pour donner effet à cet objet, tout en respectant la limite qu’impose l’exception militaire, nous procédons maintenant à l’interprétation de la portée que doit avoir cette exception.

B. *Portée de l’exception fondée sur le libellé de l’al. 11f) et le rôle des tribunaux*

[142] L’exception au droit à un procès avec jury que garantit la *Charte* est formulée de la façon suivante en français : « sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire ». La version anglaise est rédigée ainsi : « *except in the case of an offence under military law before a military tribunal* ».

[143] Comme l’indique clairement la version anglaise de la disposition, l’exception comporte deux aspects : l’infraction en cause doit être (1) une « *offence under military law* » (infraction au droit militaire), (2) « *tried before a military tribunal* » (jugée devant un tribunal militaire). Comme l’affirme le

qualification which could be construed as restrictive” (p. 375 (emphasis in original)). In our view, the term “offence under military law” must be interpreted to determine the circumstances in which the exception applies.

[144] The French wording of the exception (“*sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire*”) can be read harmoniously with the English version. Read in light of the English version, the French version encompasses both the forum (“military tribunal”) and the substantive law (“military law”). In other words, “*justice militaire*” can be read as a composite of both “military law” and “military tribunal”.

[145] The Crown argues that “offence under military law” is defined by Parliament, and that the limits on military jurisdiction are best understood as a “triangle”—that is, military jurisdiction is bounded by (1) overbreadth under s. 7 of the *Charter* and (2) Parliament’s legislative competence under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*, to legislate in relation to “Militia, Military and Naval Service, and Defence”. We fail to see how meeting these two constitutional requirements means that the legislation is constitutional in all respects. Legislative competence and overbreadth are not the only limits on Parliament’s power. The “triangle” is simply faulty reasoning.

[146] First, there are ways in which s. 130(1)(a) could be unconstitutional apart from overbreadth under s. 7. Section 130(1)(a) could infringe s. 7 in another way, such as if the effects of the provision were grossly disproportionate to its goals. Further, the provision could be unconstitutional under another *Charter* provision.

[147] Second, Parliament’s legislative competence to enact under a certain head of power does not preclude

professeur Morel, « [e]n parlant plutôt de : “an offence *under military law* tried before a military tribunal”, le texte ajoute à l’infraction une qualification qui invite à se demander si elle est restrictive » (p. 471 (en italique dans l’original)). À notre avis, nous devons interpréter l’expression « *offence under military law* » pour établir les circonstances dans lesquelles l’exception s’applique.

[144] Il est possible d’interpréter harmonieusement le libellé français de l’exception (« sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire ») et son libellé anglais. Lue en regard de la version anglaise, la version française englobe à la fois la notion de forum (« *military tribunal* ») et la notion de droit substantiel (« *military law* »). Autrement dit, l’expression « justice militaire » peut être considérée comme étant constituée de ces deux éléments, « *military law* » et « *military tribunal* ».

[145] La Couronne soutient que le Parlement a défini l’expression « *offence under military law* », et que les limites de la compétence militaire doivent être vues comme un « triangle » — c’est-à-dire que la compétence militaire est circonscrite par (1) la portée excessive sur la base de l’art. 7 de la *Charte* et (2) la compétence législative fédérale prévue au par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur « la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays ». Nous ne voyons pas en quoi le respect de ces deux exigences constitutionnelles fait en sorte que la loi est constitutionnelle à tous les égards. La compétence législative et la portée excessive ne sont pas les seules limites au pouvoir du Parlement. Le « triangle » démontre tout simplement un raisonnement erroné.

[146] Premièrement, l’al. 130(1)a pourrait être inconstitutionnel autrement qu’en ayant une portée excessive sur la base de l’art. 7. Il pourrait contrevenir à l’art. 7 d’une autre façon; par exemple, les effets de la disposition pourraient être totalement disproportionnés par rapport à ses objectifs. De plus, la disposition peut être inconstitutionnelle au regard d’autres dispositions de la *Charte*.

[147] Deuxièmement, le pouvoir du Parlement de légiférer dans un domaine qui relève d’un chef de

those enactments from review by courts for *Charter* compliance. The division of powers in the *Constitution Act, 1867*, gives the federal and provincial legislatures authority to enact laws under the different heads of power. The *Constitution Act, 1982*, including the *Charter*, limits the exercise of authority conferred under the *Constitution Act, 1867*. Thus, while Parliament may have authority to enact legislation under any given head of power, it does not follow that this authority immunizes its legislative enactments from *Charter* review (see, by analogy to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at paras. 102-3 and 142-43). Jurisdictional competence does not imply *Charter* compliance. As this Court stated in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 82: “There is no conflict between saying a federal law is validly adopted under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, and asserting that the same law, in purpose or effect, deprives individuals of rights guaranteed by the *Charter*”.

[148] Courts are empowered to determine whether a law enacted by the legislature in accordance with the *Constitution Act, 1867*, also conforms to the requirements of the *Constitution Act, 1982*. As Dickson J. (as he then was) stated, “it is the high duty of this Court to insure that the Legislatures do not transgress the limits of their constitutional mandate and engage in the illegal exercise of power” (*Amax Potash Ltd. v. Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, at p. 590, with respect to the *Constitution Act, 1867*; see also *Re Motor Vehicle*, at p. 498, with respect to the *Constitution Act, 1982*). Section 52 of the *Constitution Act, 1982*, provides that the Constitution (i.e. both the 1867 and 1982 instruments) is supreme and any inconsistent provision is of no force and effect. As this Court has stated, “[t]he existence of an impartial and authoritative judicial arbiter is a necessary corollary of the enactment of the supremacy clause” (*Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014]

compétence précis n’empêche pas que ces textes législatifs puissent faire l’objet d’un contrôle de leur conformité à la *Charte* par les tribunaux. Le partage des compétences prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux législateurs fédéral et provinciaux le pouvoir d’adopter des lois dans des domaines qui relèvent des différents chefs de compétence. La *Loi constitutionnelle de 1982*, qui comprend la *Charte*, limite l’exercice du pouvoir que confère la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, bien que le Parlement ait compétence pour adopter des lois au titre de tout chef de compétence donné, ce pouvoir ne met pas pour autant les textes législatifs qu’il adopte à l’abri de tout contrôle d’un examen fondé sur la *Charte* (voir, par analogie à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 102-103 et 142-143). La compétence législative ne suppose pas la conformité à la *Charte*. Comme l’a énoncé notre Cour dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 82 : « Il n’y a aucune contradiction entre affirmer qu’une loi fédérale a été validement adoptée en vertu de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et prétendre que cette même loi, par son objet ou ses effets, prive des personnes de leurs droits garantis par la *Charte*. »

[148] Les tribunaux ont le pouvoir de décider si une loi adoptée par un législateur conformément à la *Loi constitutionnelle de 1867* est aussi conforme aux exigences de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme l’a affirmé le juge Dickson (plus tard juge en chef), « une des hautes fonctions de cette Cour est de s’assurer que les législatures n’outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n’exercent pas illégalement certains pouvoirs » (*Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, p. 590, concernant la *Loi constitutionnelle de 1867*; voir aussi *Motor Vehicle Reference*, p. 498, concernant la *Loi constitutionnelle de 1982*). L’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que la Constitution (c.-à-d. les instruments de 1867 ainsi que ceux de 1982) est la loi suprême et que toute disposition incompatible est inopérante. Comme l’a affirmé notre Cour, « [l]a nécessité de l’existence d’un arbitre judiciaire impartial et dont



1 S.C.R. 433, at para. 89; see also *Big M*, at p. 313). It is the courts, not legislatures, that ultimately interpret the Constitution and define constitutional minimums.

[149] The judiciary’s role in relation to the legislature is important in the context of the military court system: “Undue deference by the courts to the military leads the judiciary to abstain from its proper role of constitutional oversight over all organs of government” (P. T. Collins, “The Civil Courts’ Challenge to Military Justice and its impact on the Civil Military Relationship”, in A. Duxbury and M. Groves, eds., *Military Justice in the Modern Age* (2016), 57, at p. 58). We agree with the majority judges of the Court Martial Appeal Court in *R. v. Déry*, 2017 CMAC 2, 391 C.R.R. (2d) 156 (“*Stillman*”), Cournoyer and Gleason JJ.A., that “Parliament ought not be the arbiter of constitutional rights by defining what ‘under military law’ means” (para. 79). It is the role of the courts to ascertain the constitutional meaning of the words an “offence under military law tried before a military tribunal”, as they do with respect to any other *Charter* provision.

[150] Having considered the scope of the exception and the role of the courts in determining that scope, we next interpret the exception by reference to the history of military jurisdiction.

### C. *The History of Military Jurisdiction*

[151] A separate system of military courts has existed since 1689; there is no dispute that a separate system is required (*Généreux*, at p. 293). However, the history of military courts’ jurisdiction demonstrates that their jurisdiction has always been limited. Under *An Act for punishing Officers or Soldiers who shall Mutiny or Desert Their Majestyes Service* (Eng.), 1689, 1 Will. 3 & Mar. 2, c. 5 (“*Mutiny Act*”), only three offences — sedition, desertion and

les décisions font autorité est le corollaire de cette disposition » (voir *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 89; voir aussi *Big M*, p. 313). Ultimement, ce sont les tribunaux, et non les législateurs, qui interprètent la Constitution et qui définissent les minimums constitutionnels.

[149] Le rôle des tribunaux à l’égard du législateur est important dans le contexte du système de justice militaire : [TRADUCTION] « La déférence trop grande qu’accordent les tribunaux à la justice militaire fait en sorte que ceux-ci s’abstiennent d’exercer leur propre rôle de supervision constitutionnelle sur tous les organes du gouvernement » (P. T. Collins, « The Civil Courts’ Challenge to Military Justice and its Impact on the Civil Military Relationship », dans A. Duxbury et M. Groves, dir., *Military Justice in the Modern Age* (2016), 57, p. 58). Nous souscrivons à l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel de la cour martiale dans *R. c. Déry*, 2017 CACM 2 (« *Stillman* ») (les juges Cournoyer et Gleason), selon laquelle « le législateur n’a pas à jouer l’arbitre des droits constitutionnels en définissant l’expression “relevant de la justice militaire” » (par. 79 (CanLII)). Il incombe aux tribunaux de déterminer le sens au regard de la Constitution de l’expression « infraction relevant de la justice militaire », comme ils le font à l’égard de toute autre disposition de la *Charte*.

[150] Après avoir examiné la portée de l’exception et le rôle des tribunaux dans la détermination de cette portée, nous passons maintenant à l’interprétation de l’exception en fonction de l’historique de la compétence des tribunaux militaires.

### C. *L’historique de la compétence des tribunaux militaires*

[151] Un système distinct de tribunaux militaires existe depuis 1689; nul ne conteste qu’un tel système est nécessaire (*Généreux*, p. 293). Cependant, l’historique de la compétence des tribunaux militaires démontre que celle-ci a toujours été limitée. Aux termes de la loi intitulée *An Act for punishing Officers or Soldiers who shall Mutiny or Desert Their Majestyes Service* (Angl.), 1689, 1 Will. 3 & Mar. 2, c. 5 (« *Mutiny Act* »), seules trois infractions — la

mutiny — were subject to the jurisdiction of military courts, as discussed below. Over time, military court jurisdiction expanded to include military-related offences like insubordination. In 1879, legislation was enacted to bring civilian offences under military court jurisdiction. This concurrent jurisdiction was limited, however, as civilian courts maintained primary jurisdiction over civilian offences. Prior to the *Charter*, in 1980, a concurring judgment from this Court in *MacKay* recognized the military connection test, which sought to limit the cases heard by military courts to those cases where there was a necessary connection between the offence and the military. This military nexus doctrine became part of the “‘pith and marrow’ of Canadian military law” (*R. v. Larouche*, 2014 CMAC 6, 460 N.R. 248, at para. 23).

[152] Thus, recognizing the limits on military court jurisdiction is essential to understanding the proper scope of military jurisdiction and the legal context when s. 11(f) was drafted and enacted.

[153] The majority emphasizes that the military justice system has evolved in recent decades, in particular by strengthening the independence and impartiality of military panels (paras. 44-51). Yet, the majority also acknowledges that s. 11(d), which guarantees the right to an independent and impartial trial, is not at issue before us. Nor is there evidence before us to determine whether a trial before a military panel “largely mirrors the civilian system” (Majority Reasons, at para. 53). Therefore, we do not purport to rule on the adequacy of military panels. Rather, we focus on determining the appropriate limits of military court jurisdiction, turning now to historical evidence of the scope of civilian and military court jurisdiction.

sédition, la désertion et la mutinerie — relevaient de la compétence des tribunaux militaires, comme nous le verrons plus loin. Au fil du temps, la compétence des tribunaux militaires s’est élargie aux infractions relatives au service militaire, comme l’insubordination. En 1879, une loi a été édictée pour faire en sorte que les infractions civiles relèvent de la compétence des tribunaux militaires. Cette compétence concurrente était toutefois limitée, car les tribunaux civils demeuraient le ressort principal pour les infractions civiles. Avant l’entrée en vigueur de la *Charte*, en 1980, une opinion concordante de notre Cour dans l’arrêt *MacKay* reconnaissait le critère du lien de connexité avec le service militaire, qui visait à limiter les affaires instruites par les tribunaux militaires à celles où il y avait un lien nécessaire entre l’infraction et le service militaire. Cette doctrine du lien de connexité avec le service militaire a été intégrée à la « ‘substantifique moelle’ du droit militaire canadien » (*R. c. Larouche*, 2014 CACM 6, 460 N.R. 248, par. 23).

[152] Par conséquent, il est essentiel de reconnaître les limites de la compétence des tribunaux militaires pour comprendre la véritable portée de la compétence militaire et le contexte juridique à l’époque où l’al. 11(f) a été rédigé et adopté.

[153] Les juges majoritaires mettent l’accent sur le fait que le système de justice militaire a évolué au cours des dernières décennies, particulièrement grâce au renforcement de l’indépendance et de l’impartialité des comités militaires (par. 44-51). Toutefois, ils reconnaissent aussi que l’al. 11(d), qui garantit le droit à un procès devant un tribunal indépendant et impartial, n’est pas en cause devant nous, et qu’aucune preuve ne nous a été soumise pour que nous établissions si un procès devant un comité militaire « s’apparent[e] beaucoup au système de justice civil » (motifs des juges majoritaires, par. 53). Par conséquent, nous n’entendons pas nous prononcer sur le caractère adéquat des comités militaires. Nous nous attachons plutôt à définir les limites appropriées de la compétence des tribunaux militaires, et nous nous penchons maintenant sur la preuve historique relative à la portée de la compétence des tribunaux civils et militaires.

(1) Limits on the Types of Offences Triable by Military Courts and the Primacy of Civilian Courts

[154] In 1689, the English Parliament enacted the *Mutiny Act*. The *Mutiny Act* attempted to counter the threat to loyalty of soldiers upset with the ascension of a new king and queen to the throne. The *Mutiny Act* allowed military courts to try and sentence to death officers or soldiers who had committed mutiny, sedition or desertion during peacetime: “Soldiers who shall Mutiny or Stirr up Sedition, or shall Desert Their Majestyes Service be brought to a more exemplary and speedy Punishment than the usuall Forms of Law will allow” (M. L. Friedland, *Double Jeopardy* (1969), at p. 343). In other words, the *Mutiny Act* provided that any limit on an individual’s rights under the ordinary laws of the realm, including the right to a jury trial, was only for mutiny, sedition and desertion; such rights were not limited for “mere offences against discipline” (C. Clode, *The Administration of Justice Under Military and Martial Law* (1872), at p. 44). Common law courts maintained jurisdiction over ordinary offences (*Grant v. Gould* (1792), 2 H. Bl. 69, 126 E.R. 434, cited in Morel, at p. 376).

[155] Two centuries later, in 1879, jurisdiction of military law expanded to include criminal offences punishable by ordinary law, with the merging of the *Articles of War* and the *Mutiny Act*. At this time, civilian criminal offences became triable by courts martial (S. T. Pitzul and J. C. Maguire, “A Perspective on Canada’s Code of Service Discipline” (2002), 52 *A.F.L. Rev.* 1, at pp. 2-3).

[156] This was the legislative framework that Canada inherited at the time of Confederation in 1867, when the *British North America Act* “gave the new Dominion of Canada responsibility for defence and maintenance of its own military forces

(1) Limites quant aux types d’infractions pouvant faire l’objet de procès devant des tribunaux militaires et la primauté des tribunaux civils

[154] En 1689, le Parlement anglais a adopté la *Mutiny Act*. Cette loi visait à contrer le risque que les soldats mécontents de l’accession au trône d’un nouveau roi et d’une nouvelle reine manquent à leur devoir de loyauté. La *Mutiny Act* permettait aux tribunaux militaires de juger et de condamner à mort les officiers et les soldats qui avaient commis un crime de mutinerie, de sédition ou de désertion en temps de paix : [TRADUCTION] « Que les soldats qui se mutinent, fomentent une sédition ou désertent le service de Ses Majestés soient soumis à un châtement plus exemplaire et expéditif que le permettent les formes de droit usuelles » (M. L. Friedland, *Double Jeopardy* (1969), p. 343). Autrement dit, les seules limites que prévoyait la *Mutiny Act* quant aux droits de toute personne sous le régime de droit commun du royaume, y compris le droit à un procès avec jury, étaient celles visant la mutinerie, la sédition et la désertion; de tels droits n’étaient pas restreints pour de [TRADUCTION] « simples infractions à la discipline » (C. Clode, *The Administration of Justice Under Military and Martial Law* (1872), p. 44). Les tribunaux de common law conservaient leur compétence sur les infractions ordinaires (*Grant c. Gould* (1792), 2 H. Bl. 69, 126 E.R. 434, cité dans Morel, p. 376).

[155] Deux siècles plus tard, en 1879, la compétence des tribunaux militaires a été élargie pour comprendre les infractions criminelles punissables sous le régime de droit commun, grâce à la fusion des *Articles of War* et de la *Mutiny Act*. À cette époque, les infractions civiles criminelles sont devenues susceptibles de faire l’objet de procès devant des cours martiales (S. T. Pitzul et J. C. Maguire, « A Perspective on Canada’s Code of Service Discipline » (2002), 52 *A.F.L. Rev.* 1, p. 2-3).

[156] Tel était le cadre législatif dont le Canada a hérité lors de la Confédération en 1867, lorsque l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* a [TRADUCTION] « donné au nouveau Dominion du Canada la responsabilité de la défense et du maintien

during peacetime” (C. Madsen, *Another Kind of Justice: Canadian Military Law from Confederation to Somalia* (1999), at p. 5). The next year, Parliament passed the *Act respecting the Militia and Defence of the Dominion of Canada*, S.C. 1868, c. 40 (*Militia Act*) which created the Canadian Armed Forces, distinct from those of Britain. The *Militia Act* was replaced by a succession of *Army Acts*, all of which “emphasized the importance of discipline within an armed force and the need for informal procedures under which offenders could be tried swiftly” (Pitzul and Maguire, at p. 3). The core concern in each of the series of legislative enactments was ensuring efficiency and discipline.

[157] From 1868 to the early 1900s, the historical evidence relates mostly to military court trials of offences committed during active service, such as desertion and absence without leave, or minor infractions against service discipline, such as “in-subordination [and] negligent performance of duties” (Madsen, at p. 23). There is some indication, however, that civilian courts would take over jurisdiction from the military to try criminal offences. In the First World War, for example, when Canadians were still British subjects, British civilian courts would frequently claim jurisdiction in cases of Canadian soldiers committing criminal offences, such as assault, murder or rape (Madsen, at p. 45).

[158] In 1950, the *NDA* was enacted to consolidate legislation relating to the armed forces into one statute. The *NDA* retained the incorporation of civilian offences in s. 119(1)(a) (now s. 130). During the consideration of the *NDA*, Brooke Claxton, then Minister of National Defence, was asked about the potential for overly broad jurisdiction of military courts in peacetime. In response, he stated that military court jurisdiction was meant for cases where civilian courts did not or could not act, either in times of war where there were no civilian courts, in

de ses propres forces militaires en temps de paix » (C. Madsen, *Another Kind of Justice : Canadian Military Law from Confederation to Somalia* (1999), p. 5). L’année suivante, le Parlement a adopté l’*Acte concernant la milice et la Défense de la Puissance du Canada*, S.C. 1868, c. 40 (« *Loi sur la milice* »), qui créait les Forces armées canadiennes, distinctes de celles de la Grande-Bretagne. Cette loi a été remplacée par plusieurs lois sur l’armée, qui mettaient toutes l’accent sur [TRADUCTION] « l’importance de la discipline au sein d’une armée et la nécessité qu’il y ait des procédures informelles au titre desquelles les contrevenants pourraient être jugés rapidement » (Pitzul et Maguire, p. 3). L’adoption de chacune de ces séries de mesures législatives était principalement motivée par un souci d’efficacité et de discipline.

[157] De 1868 au début des années 1900, la preuve historique se rapporte surtout aux procès devant des tribunaux militaires concernant des infractions commises durant le service actif, comme la désertion et l’absence sans permission, ou des infractions mineures contre la discipline militaire, comme [TRADUCTION] « l’insubordination [et] la négligence dans l’accomplissement des fonctions » (Madsen, p. 23). Cependant, il semble que les tribunaux civils aient pris la relève des tribunaux militaires pour juger les infractions criminelles. Par exemple, lors de la Première Guerre mondiale, alors que les Canadiens étaient toujours des sujets britanniques, les tribunaux civils britanniques se déclaraient fréquemment compétents dans des affaires portant sur des infractions criminelles commises par des soldats canadiens, comme les voies de fait, le meurtre ou le viol (Madsen, p. 45).

[158] En 1950, la *LDN* a été adoptée afin que les dispositions législatives portant sur les forces armées soient rassemblées en une seule loi. La *LDN* a conservé la disposition d’incorporation des infractions civiles à l’al. 119(1)a) (maintenant l’art. 130). Au cours de l’examen de la *LDN*, Brooke Claxton, le ministre de la Défense nationale à l’époque, a été interrogé au sujet de la possibilité que la portée de la compétence des tribunaux militaires soit excessive en temps de paix. Il a répondu en affirmant que la compétence des tribunaux militaires visait des affaires où

peacetime where no civilian courts were operating, or where civilian authorities deferred to military authorities, such as for offences committed on base or against another soldier:

Service courts have no exclusive jurisdiction in respect of civil offences. In fact, they do not try civil offences where the civil courts try civil offences, because if a civil offence is tried by a civil court then the service court has not jurisdiction. . . .

...

The reason, therefore, for providing that a number of civil offences shall also be service offences is to take care of the case where the civil court does not act or cannot act. . . .

The reasons for that, I think, are threefold. In the first place, in the event of war, service personnel may be serving overseas where no civil court is set up. . . . In the second place, even in peacetime service establishments are set up at places where there are no organized civil courts, and if a man commits an act of assault against a fellow soldier there is no civil court operating there to deal with the case . . . . Then there is a third reason, and that is that the civil authorities themselves, in a considerable number of cases, prefer to have the matter dealt with by the military authorities. . . . If within the confines of a camp a soldier commits an act of assault against another soldier, ordinarily the civil authorities prefer that we deal with it. . . . But if the civil authorities deal with it, then we cannot deal with it and we have no means of indicating to them our preference. The civil authority is always supreme. [Emphasis added.]

(House of Commons, *Official Report of Debates of the House of Commons*, vol. IV, 2nd Sess., 21st Parl., 1950, at p. 3320)

[159] Claxton's comments illustrate that, at the time of the enactment of s. 130's predecessor, trying service members for civilian offences was meant to be limited to situations where it was necessary for efficiency concerns or desirable because there was a sufficient military connection such that civilian courts preferred to defer to military jurisdiction.

les tribunaux civils n'agissaient pas ou ne pouvaient intervenir, que ce soit en temps de guerre où il n'y avait pas de tribunaux civils, en temps de paix où aucun tribunal civil n'était en fonction, ou lorsque les autorités civiles s'en remettaient aux autorités militaires, comme pour les infractions commises sur une base militaire ou contre un autre soldat :

Les tribunaux militaires n'ont donc pas compétence exclusive à l'égard des délits civils. De fait, ils ne jugent pas les délits civils comme les tribunaux civils le font, car, si un tribunal civil connaît d'un délit civil, le tribunal militaire n'a pas compétence . . .

...

La raison de stipuler qu'un certain nombre d'infractions à la loi civile seront aussi des infractions à la loi militaire est afin de prévoir les cas où les tribunaux civils n'agissent pas ou ne peuvent intervenir . . .

Il y a, je crois, trois raisons à cela. D'abord, en temps de guerre nous pouvons avoir des troupes outre-mer à des endroits où il n'existe aucun tribunal civil. [ . . . ] Ensuite, même en temps de paix nous avons des établissements militaires dans des endroits où il n'y a pas de cours civiles. Si un soldat se livre à des voies de fait sur un autre soldat, il n'existe pas de tribunal civil, là-bas, qui puisse s'occuper du cas. [ . . . ] Il y a une troisième raison. Les autorités civiles elles-mêmes, dans nombre de cas, préfèrent que ce soient les autorités militaires qui règlent ces questions. [ . . . ] Si, dans les limites du camp, un soldat se livre à des voies de fait sur un autre soldat, les autorités civiles, d'ordinaire, préfèrent que ce soit nous qui nous occupions du cas. [ . . . ] Mais si ce sont les autorités civiles qui s'en occupent, — et nous n'avons pas les moyens de leur faire connaître notre préférence, — nous ne pouvons pas nous en occuper. L'autorité civile est toujours suprême. [Nous soulignons.]

(Chambre des communes, *Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 2<sup>e</sup> sess., 21<sup>e</sup> lég., 1950, p. 3429)

[159] Les commentaires de M. Claxton illustrent le fait que, au moment de l'adoption de la disposition antérieure à l'art. 130, l'instruction de procès devant des tribunaux militaires pour des infractions civiles commises par des militaires devait se limiter aux situations où cela était nécessaire sur le plan de l'efficacité ou souhaitable parce qu'il y avait un lien

However, Claxton was clear: “Civil authority is always supreme”. The practice in the decades following the enactment of the *NDA* was that military authorities deferred to civilian authorities where offences took place in non-military circumstances (see, e.g., J. H. Hollies, “Canadian Military Law” (1961), 1 *Mil. L. Rev.* 69, at p. 72; Department of National Defence, *Canadian Forces Administrative Order 19-16 — Civil Prosecution* (December 19, 1975)).

(2) Development of a Military Connection Requirement

[160] In the decades following the enactment of the *NDA*, courts developed the military connection test to determine when it was appropriate to depart from the primacy of civilian court jurisdiction.

[161] The military connection test was first articulated in Canada in the 1980 case *MacKay*. In a widely-cited concurrence, McIntyre J. held, and Dickson J. agreed, that if courts martial were to try service members in Canada for criminal offences otherwise triable by civilian courts, the commission and nature of those offences must be connected to military service in some way. Justices McIntyre and Dickson disagreed with the majority that all prosecutions of armed forces members under any penal statute should be tried in military courts, as it was “not necessary for the attainment of any socially desirable objective connected with the military service to extend the reach of the military courts to that extent” (p. 408). They stated:

The serviceman charged with a criminal offence is deprived of the benefit of a preliminary hearing or the right to a jury trial. He is subject to a military code which differs in some particulars from the civil law. . . . While such differences may be acceptable on the basis of military need in some cases, they cannot be permitted universal effect in

de connexité suffisant avec le service militaire, de sorte que les tribunaux civils préféraient s’en remettre aux tribunaux militaires. Cependant, M. Claxton l’a énoncé clairement : « L’autorité civile est toujours suprême ». Au cours des décennies qui ont suivi l’adoption de la *LDN*, la pratique voulait que les autorités militaires s’en remettent aux autorités civiles lorsque les infractions étaient commises dans un contexte non-militaire (voir, p. ex., J. H. Hollies, « Canadian Military Law » (1961), 1 *Mil. L. Rev.* 69, p. 72; ministère de la Défense nationale, *Ordonnance administrative des Forces canadiennes 19-16 — Poursuite devant un tribunal civil* (19 décembre 1975)).

(2) Élaboration de l’exigence relative au lien de connexité avec le service militaire

[160] Au cours des décennies qui ont suivi l’adoption de la *LDN*, les tribunaux ont élaboré le critère du lien de connexité avec le service militaire permettant d’établir les situations où il est approprié de déroger à la primauté de la compétence des tribunaux civils.

[161] Le critère du lien de connexité avec le service militaire a été formulé pour la première fois au Canada dans l’arrêt *MacKay*, rendu en 1980. Dans une opinion concordante abondamment citée, le juge McIntyre a conclu, avec l’accord du juge Dickson, que si les cours martiales devaient juger les militaires au Canada pour des infractions criminelles qui relèveraient par ailleurs des tribunaux civils, la perpétration et la nature de ces infractions devraient être reliées au service militaire de quelque manière. Les juges McIntyre et Dickson ne souscrivaient pas à l’opinion des juges majoritaires, selon laquelle toutes les poursuites concernant des membres des forces armées sous le régime de toute loi pénale relèvent des tribunaux militaires, car « [p]our atteindre un objectif socialement souhaitable relié à la vie militaire, il n’[était] pas nécessaire d’étendre autant la compétence des tribunaux militaires » (p. 408). Selon eux :

Le soldat inculpé d’une infraction criminelle est privé du bénéfice d’une enquête préliminaire ou du droit à un procès devant jury. Il est soumis à un code militaire qui diffère à certains égards du droit commun. [...] Bien que ces différences puissent être acceptables, compte tenu des besoins militaires, dans certains cas, on ne peut leur donner d’effet

respect of the criminal law of Canada as far as it relates to members of the armed services serving in Canada.

...

The question then arises: how is a line to be drawn separating the service-related or military offence from the offence which has no necessary connection with the service? In my view, an offence which would be an offence at civil law, when committed by a civilian, is as well an offence falling within the jurisdiction of the courts martial and within the purview of military law when committed by a serviceman if such offence is so connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service. [pp. 409-10]

[162] Justice McIntyre’s concurrence had a significant impact on subsequent jurisprudence. As noted by R. A. Macdonald:

Despite this seemingly strong support by the majority, the decision that was to have a greater future impact was the concurring opinion of Justice (later Chief Justice) Dickson and Justice McIntyre. . . .

...

. . . The McIntyre formula with respect to the jurisdiction of military tribunals over offences was the one most frequently cited by the lower courts in the years to follow.

(*Canada’s Military Lawyers* (2002), at p. 120)

Indeed, in 1982, Professor Hogg agreed that s. 130(1)(a) needed to be read down in light of McIntyre J.’s reasons (Hogg, *Canada Act 1982 Annotated* (1982), at p. 42, cited in *Larouche*, at para. 53).

[163] This was the background against which the *Charter* was drafted and enacted. The *Charter* protected and entrenched a number of rights, including the right to a jury trial. Then Attorney General Jean Chrétien referred to the exception in s. 11(f) in a Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada, stating: “Jury trials in cases under military law before

universel dans l’application du droit pénal canadien aux membres des forces armées en poste au Canada.

...

La question se pose donc ainsi : comment tracer la ligne de démarcation entre les infractions militaires ou reliées aux forces armées et celles qui n’y sont pas nécessairement reliées. À mon avis, une infraction qui constitue une infraction de droit commun, si elle est commise par un civil, est également une infraction relevant de la compétence des cours martiales et du droit militaire si elle est commise par un soldat, lorsque cette infraction est, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu’elle serait susceptible d’influer sur le niveau général de discipline et d’efficacité des forces armées. [p. 409-410]

[162] L’opinion concordante du juge McIntyre a eu une incidence importante sur la jurisprudence subséquente. Comme l’a noté R. A. Macdonald :

En dépit de ce soutien apparemment fort de la majorité, le jugement qui devait avoir le plus d’influence dans l’avenir était l’opinion concordante des juges Dickson (par la suite juge en chef) et McIntyre . . .

...

. . . La proposition McIntyre touchant la juridiction des tribunaux militaires sur les infractions est la proposition qui a été la plus fréquemment citée par les cours inférieures dans les années qui allaient suivre.

(*Les avocats militaires du Canada* (2002), p. 136)

De fait, en 1982, le professeur Hogg a reconnu que l’al. 130(1)a) devait recevoir une interprétation atténuée à la lumière des motifs du juge McIntyre (Hogg, *Canada Act 1982 Annotated* (1982), p. 42, cité dans *Larouche*, par. 53).

[163] Tel était le contexte dans lequel la *Charte* a été rédigée et adoptée. Celle-ci protégeait et consacrait un certain nombre de droits, y compris le droit à un procès avec jury. Le procureur général de l’époque, Jean Chrétien, a mentionné l’exception prévue à l’al. 11f) lors d’un Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, en affirmant ce qui suit : « Les procès devant

a service tribunal have never existed either under Canadian or American law” (Senate and House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 36, 1st Sess., 32nd Parl., January 12, 1981, at p. 12). It is not surprising that military tribunals have never provided for a jury, given the historical evidence of the limits on military jurisdiction; nor is this statement compelling evidence that a military accused can be denied the right to a jury trial absent a direct military connection (Majority Reasons, at paras. 77-79).

[164] The military nexus test was adopted by the Court Martial Appeal Court in *R. v. MacDonald* (1983), 4 C.M.A.R. 277, one year after the *Charter*, and has been applied with some regularity over the past thirty years to determine whether military courts have jurisdiction to try a civilian offence under s. 130(1)(a). See, for example, *R. v. MacEachern* (1985), 4 C.M.A.R. 447; *Ryan v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 563; *Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433, aff’d [1989] 2 S.C.R. 1073. See also *R. v. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280, which acknowledged the settled state of the law at the time: “The exception to the guarantee of the right to a jury trial in paragraph 11(f) is triggered by the existence of a military nexus with the crime charged” (p. 287).

### (3) Conclusions Drawn From the Historical Evidence

[165] The historical background to s. 11(f) illustrates that there have consistently been limits on military jurisdiction. While we agree with the majority that the exception to the right was included to affirm a separate military system and to preserve the tradition that military law has never had jury trials (Majority Reasons, at para. 80), these two points do not paint the full picture. The background to s. 11(f) has always been concerned with appropriate limits on military jurisdiction. A limited approach to military jurisdiction is also supported by contemporary

jury n’ont jamais été prévus pour les causes relevant de la justice militaire, ni au Canada, ni aux États-Unis » (Sénat et Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 36, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 12 janvier 1981, p. 12). Il n’est pas surprenant que les tribunaux militaires n’aient jamais prévu de situations où l’accusé pourrait bénéficier d’un procès avec jury, compte tenu de la preuve historique concernant les limites à la compétence militaire; cet énoncé ne constitue pas non plus une preuve convaincante que les militaires accusés peuvent se voir privés du droit à un procès avec jury si l’infraction dont ils sont accusés n’a aucun lien direct avec le service militaire (motifs des juges majoritaires, par. 77-79).

[164] Le critère du lien de connexité avec le service militaire a été adopté par la Cour d’appel de la cour martiale dans *R. c. MacDonald* (1983), 4 C.A.C.M. 277, un an seulement après l’entrée en vigueur de la *Charte*, et les tribunaux l’ont appliqué assez régulièrement au cours des trente dernières années afin d’établir si les tribunaux militaires ont compétence pour juger une infraction civile aux termes de l’al. 130(1)a. Voir, par exemple, *R. c. MacEachern* (1985), 4 C.A.C.M. 447; *Ryan c. The Queen* (1987), 4 C.A.C.M. 563; *Ionson c. The Queen* (1987), 4 C.A.C.M. 433, conf. par [1989] 2 R.C.S. 1073. Voir aussi *R. c. Brown* (1995), 5 C.A.C.M. 280, où le juge reconnaissait l’état du droit de l’époque : « L’exception à la garantie d’un procès devant jury de l’alinéa 11f) est déclenchée par le caractère militaire, le cas échéant, du crime imputé » (p. 287).

### (3) Conclusions tirées de la preuve historique

[165] Le contexte historique de l’al. 11f) montre qu’il y a toujours eu des limites à la compétence des tribunaux militaires. Bien que nous convenons avec les juges majoritaires que l’exception au droit visait à confirmer l’existence d’un système de justice militaire distinct et à préserver la tradition voulant que le droit militaire n’ait jamais permis les procès avec jury (motifs des juges majoritaires, par. 80), ces deux points ne dressent pas un tableau complet de la situation. Le contexte de l’al. 11f) révèle que les limites qu’il convient d’imposer à la compétence des tribunaux



academic sources (see, for example, R. Ho, “A World That Has Walls: A *Charter* Analysis of Military Tribunals” (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149, at p. 163; G. Létourneau, *Introduction to Military Justice: An Overview of the Military Penal Justice System and its Evolution in Canada* (2012), at p. 19).

[166] This historical overview also highlights when military courts *should* have jurisdiction. The historical evidence points to the fact that it was appropriate for offences to be heard by military courts rather than civilian courts where quick and efficient justice was necessary to uphold discipline, such as when offences were committed during wartime or abroad. This has been illustrated time and again, from the words of the *Mutiny Act* — created to provide a “more exemplary and speedy Punishment than the usual Forms of Law will allow” — to Claxton’s comments during consideration by Parliament of the *NDA*. With these concerns as our guide, we turn next to discussing the military connection test.

### III. Defining the Military Connection Test

#### A. *Background on the Military Connection Test*

[167] The military connection test articulated by McIntyre J. in *MacKay* asked: Has a service member committed an offence connected to the military, having regard to the nature of the offence, the circumstances of its commission and whether the offence would tend to affect military discipline and efficiency? As McIntyre J. stated:

The question then arises: how is a line to be drawn separating the service-related or military offence from

militaires eu égard à cet alinéa ont toujours été source de préoccupations. De nombreuses sources universitaires plus récentes appuient elles aussi l’adoption d’une approche restrictive à l’égard de la compétence des tribunaux militaires (voir, par exemple, R. Ho, « A World That Has Walls : A *Charter* Analysis of Military Tribunals » (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149, p. 163; G. Létourneau, *Initiation à la justice militaire un tour d’horizon du système de justice pénale militaire et de son évolution au Canada* (2012), p. 19).

[166] Cet aperçu historique met également en relief les situations où les tribunaux militaires *devraient* avoir compétence. La preuve historique montre qu’il était indiqué que les tribunaux militaires, plutôt que les tribunaux civils, jugent les militaires accusés d’infractions lorsque justice devait être rendue rapidement et efficacement pour le maintien de la discipline, comme lorsque les infractions avaient été commises en temps de guerre ou à l’étranger. Cette idée a été exprimée à maintes reprises, que ce soit par les termes de la *Mutiny Act* — créée afin de faire en sorte que les accusés soient soumis à [TRADUCTION] « un châtiment plus exemplaire et expéditif que le permettent les formes de droit usuelles » — ou par les commentaires de M. Claxton lorsque le Parlement a examiné la *LDN*. Ces considérations nous guidant, nous passons maintenant à l’analyse du critère du lien de connexité avec le service militaire.

### III. Définition du critère du lien de connexité avec le service militaire

#### A. *Historique du critère du lien de connexité avec le service militaire*

[167] Le critère du lien de connexité avec le service militaire que le juge McIntyre a formulé dans *MacKay* posait la question suivante : le militaire a-t-il commis une infraction liée au service militaire, compte tenu de la nature de l’infraction, des circonstances de sa perpétration et de la question de savoir si l’infraction serait susceptible d’influer sur la discipline et l’efficacité des forces armées? Comme l’a affirmé le juge McIntyre :

La question se pose donc ainsi : comment tracer la ligne de démarcation entre les infractions militaires ou reliées

the offence which has no necessary connection with the service? In my view, an offence which would be an offence at civil law, when committed by a civilian, is as well an offence falling within the jurisdiction of the courts martial and within the purview of military law when committed by a serviceman if such offence is so connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service. [Emphasis added; at p. 410.]

[168] McIntyre J. observed that a similar approach had been taken in the American context, developed in *O'Callahan v. Parker* (1969), 395 U.S. 258, and refined in *Relford v. Commandant* (1971), 401 U.S. 355, at p. 356, fn. 1. *Relford* directed courts to consider twelve factors in determining whether a particular offence by a service member was “service-connected”, including whether the place of commission was under military control, whether there was a connection between the accused’s military duties and the crime, and whether the victim was engaged in the performance of duties related to the military.

[169] Canadian courts martial have regularly applied the military connection test since *MacKay*. For example, in *R. v. Catudal* (1985), 4 C.M.A.R. 338, the Court Martial Appeal Court found that one charge of arson among several arson charges against Mr. Catudal had no military connection because it had been committed in circumstances where the accused was travelling across Canada to his next posting in his own vehicle (for all the other charges Mr. Catudal was on base). In *Brown*, the accused was charged with manslaughter and torture while on peacekeeping duties in Somalia; the Court Martial Appeal Court accepted the accused’s concession that there was “ample military nexus” on the facts of that case (p. 290).

[170] The Crown argues — and the majority accepts — that *Moriarity* foreclosed the possibility of

aux forces armées et celles qui n’y sont pas nécessairement reliées. À mon avis, une infraction qui constitue une infraction de droit commun, si elle est commise par un civil, est également une infraction relevant de la compétence des cours martiales et du droit militaire si elle est commise par un soldat, lorsque cette infraction est, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu’elle serait susceptible d’influer sur le niveau général de discipline et d’efficacité des forces armées. [Nous soulignons; p. 410.]

[168] Le juge McIntyre a fait remarquer que les tribunaux américains avaient adopté une approche similaire, élaborée dans *O'Callahan c. Parker* (1969), 395 U.S. 258, et peaufinée dans *Relford c. Commandant* (1971), 401 U.S. 355, p. 356, note 1. L’arrêt *Relford* commandait aux tribunaux de prendre en considération 12 facteurs pour établir si une infraction donnée commise par un militaire était « liée au service militaire », notamment les questions de savoir si l’endroit où l’infraction avait été commise était sous contrôle militaire, s’il y avait un lien entre les fonctions militaires de l’accusé et le crime commis, et si la victime prenait part à l’exercice de fonctions relatives au service militaire.

[169] Les cours martiales canadiennes ont régulièrement appliqué le critère du lien de connexité avec le service militaire depuis l’arrêt *MacKay*. Par exemple, dans *R. c. Catudal* (1985), 4 C.A.C.M. 338, la Cour d’appel de la cour martiale a conclu qu’une accusation d’incendie criminel parmi plusieurs portées contre M. Catudal n’avait aucun lien avec le service militaire car l’infraction avait été commise alors que l’accusé était en déplacement au Canada vers sa prochaine affectation dans sa propre voiture (dans le cas de toutes les autres accusations, M. Catudal se trouvait sur une base militaire). Dans *Brown*, l’accusé a été accusé d’homicide involontaire et de torture alors qu’il exerçait des fonctions de maintien de la paix en Somalie; la Cour d’appel de la cour martiale a accepté la concession de l’accusé selon laquelle il y avait « amplement caractère militaire » au vu des faits de cette affaire (p. 290).

[170] La Couronne soutient — et les juges majoritaires souscrivent à cet argument — que l’arrêt

the military connection test (paras. 92-95). We do not agree. As described earlier, *Moriarity* involved a challenge to s. 130(1)(a) based on s. 7 of the *Charter*. This Court held that s. 130(1)(a) was not overbroad because it was rationally connected to its objective of maintaining discipline, efficiency, and morale, without need to resort to a military connection. We accept those as valid objectives of s. 130(1)(a), and of the military justice system more broadly. However, *Moriarity* does not answer the question as to whether the objectives of s. 130(1)(a) and of the military justice system — morale, discipline and efficiency — are met when depriving an accused of the right to a jury trial guaranteed under s. 11(f).

[171] Finally, the majority notes that the military connection test has been abandoned in the U.S. and has no place in the Canadian legal context (Majority Reasons, at para. 99). While the U.S. Supreme Court, in a split decision, left behind the “service-connection” test, the test continues to be applied in Canada in practice. The Director of Military Prosecution (DMP) currently looks to factors concerned with whether there is a military connection when determining whether the offence should proceed in the military justice system (see para. 102 of the majority’s reasons for a list of these factors). While it is often easier to draw a bright line, we do not agree that the military connection test forces courts to engage in “an unwieldy and unhelpful threshold inquiry that distracts from the merits” (para. 99).

[172] Determining whether there is a military connection may involve careful consideration and difficult judgment calls, but we agree with the dissenting judges of the U.S. Supreme Court in *Solorio*

*Moriarity* a écarté toute possibilité d’application du critère du lien de connexité avec le service militaire (par. 92-95). Nous ne sommes pas de cet avis. Comme nous l’avons déjà mentionné, dans l’arrêt *Moriarity*, il était question d’une contestation de l’al. 130(1)a fondée sur l’art. 7 de la *Charte*. Notre Cour a conclu que l’al. 130(1)a n’avait pas une portée excessive car il avait un lien rationnel avec son objectif de maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes, et qu’il n’était pas nécessaire d’avoir recours au lien de connexité avec le service militaire. Nous reconnaissons qu’il s’agit d’objectifs valides de l’al. 130(1)a, et du système de justice militaire de façon plus générale. Cependant, l’arrêt *Moriarity* ne répond pas à la question de savoir si les objectifs de l’al. 130(1)a et du système de justice militaire — soit le moral, la discipline et l’efficacité des troupes — sont atteints lorsqu’un accusé est privé de son droit à un procès avec jury que garantit l’al. 11f).

[171] Enfin, les juges majoritaires soulignent que le critère du lien de connexité avec le service militaire a été abandonné aux États-Unis et qu’il n’a pas sa place dans le contexte juridique canadien (motifs des juges majoritaires, par. 99). Bien que la Cour suprême des États-Unis, dans une décision partagée, ait renoncé au critère du « lien avec le service militaire », ce critère continue d’être appliqué en pratique au Canada. Le directeur des poursuites militaires (DPM) examine actuellement les facteurs qui doivent être pris en considération lorsqu’il s’agit de déterminer s’il existe un lien militaire permettant d’établir si l’infraction devrait être instruite dans le système de justice militaire (voir le par. 102 des motifs des juges majoritaires pour la liste de ces facteurs). Même s’il est souvent plus facile de tracer une ligne de démarcation nette, nous ne sommes pas d’avis que le critère du lien de connexité avec le service militaire oblige les tribunaux à « se livre[r] à un examen préliminaire compliqué et inutile qui détourne leur attention du fond de l’affaire » (par. 99).

[172] Pour établir s’il existe un lien de connexité avec le service militaire, les tribunaux peuvent être appelés à procéder à des examens minutieux et à prendre des décisions exigeant une réflexion ardue,

*v. United States* (1987), 483 U.S. 435, at p. 466, who reinforced the need for this exercise:

It should not be surprising that such determinations may at times be difficult or time consuming or require the drawing of narrow distinctions. The trial of any person before a court-martial encompasses a deliberate decision to withhold preodural protections guaranteed by the Constitution. Denial of these protections is a very serious matter . . . This requirement must not be discarded simply because it may be less expeditious than the majority deems appropriate.

[173] Moreover, if there is a difficult determination to be made about whether there is a military connection, courts are better placed to make such determinations rather than leaving it to the discretion of the prosecutor. As stated in *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, we cannot be certain that discretion will always be exercised properly, nor should the constitutionality of a legislative provision depend on the confidence that the public prosecutor will act properly (para. 95). The DMP does not share the same guarantees of independence as the Attorney General or the Director of Public Prosecutions, nor is the DMP accountable to Parliament (G. Létourneau and M. W. Drapeau, *Military Justice in Action: Annotated National Defence Legislation* (2nd ed. 2015), at p. 12).

[174] Should a *Charter* right be left to the discretion of the prosecution or should it be determined, in the end, by the courts? The answer must be the latter. The military wishes to retain its discretion and, thereby, to deny to some accused who are members of the armed forces the proper exercise of their rights. The response to this needs to be unequivocal: *Charter* rights are not subject to prosecutorial discretion; rather, they are subject to determination by the courts.

mais nous sommes d'accord avec les juges dissidents de la Cour suprême des États-Unis dans *Solorio v. United States* (1987), 483 U.S. 435, p. 466, qui ont confirmé que cette démarche était nécessaire :

[TRADUCTION] Il ne devrait pas être surprenant que de telles décisions soient parfois difficiles ou accaparantes ou qu'elles exigent l'établissement de fines distinctions. Le procès de quiconque devant une cour martiale comprend la décision délibérée de priver cette personne des protections procédurales que garantit la Constitution. Priver quiconque de ces protections constitue une affaire très sérieuse [. . .] On ne peut écarter simplement cette exigence parce que le processus serait moins rapide que ce que les juges majoritaires estiment approprié.

[173] De plus, dans le cas où il faut prendre la décision difficile d'établir s'il existe un lien de connexité avec le service militaire, il vaut mieux que ce soit les tribunaux qui prennent cette décision puisqu'ils sont mieux placés pour le faire, plutôt que ce soit le poursuivant qui tranche la question en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Comme il est indiqué dans *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, nous ne pouvons être certains que le pouvoir discrétionnaire sera toujours exercé convenablement, et la constitutionnalité d'une disposition législative ne saurait dépendre de la confiance qu'on peut avoir que le ministère public agira comme il se doit (par. 95). Le DPM ne bénéficie pas des mêmes garanties d'indépendance que le procureur général ou le directeur des poursuites pénales, et il n'est pas non plus responsable devant le Parlement (G. Létourneau et M. W. Drapeau, *Military Justice in Action : Annotated National Defence Legislation* (2<sup>e</sup> éd. 2015), p. 12).

[174] L'application d'un droit garanti par la *Charte* devrait-elle être laissée à la discrétion du poursuivant ou est-ce que ce sont les tribunaux qui devraient ultimement décider si ce droit s'applique? La réponse est que ce sont les tribunaux qui devraient prendre cette décision. Les forces armées veulent conserver leur pouvoir discrétionnaire et, de ce fait, priver certains accusés qui sont membres des forces armées de l'exercice légitime de leurs droits. La réponse doit être sans équivoque : les droits garantis par la *Charte* ne peuvent être assujettis au pouvoir discrétionnaire du poursuivant; ils sont plutôt soumis à la décision des tribunaux.

[175] Furthermore, given that the DMP currently uses a test similar to the military connection test to determine whether a case should proceed in the military justice system, requiring a military connection test as part of a s. 11(f) analysis is unlikely to significantly affect the number of cases heard by civilian courts, such that it would result in further backlogs in civilian courts (Majority Reasons, at para. 104). Such a suggestion is pure speculation. In fact, there may be delays when service members are tried in military courts. A recent audit by the Auditor General of Canada found that “Canadian Armed Forces took too long to resolve many of its military justice cases, with significant impacts in some cases” (*Spring 2018 Reports of the Auditor General of Canada to the Parliament of Canada: Report 3 — Administration of Justice in the Canadian Armed Forces* (2018), at para. 3.10). There is no evidence before us that the military justice system suffers from fewer delays than the civilian system. Even if there were, the possibility of delay is not a proper basis to deny an accused their right to a jury trial.

[176] For these reasons, we conclude that s. 130(1)(a) of the *NDA* infringes s. 11(f) of the *Charter* to the extent that it deprives an accused of the right to trial by jury for serious offences where there is no military connection. We reach this conclusion based on a purposive interpretation of the *Charter* provision: by looking to the purpose of the right, the character and larger objectives of the *Charter*, the wording chosen to articulate the right, and the historical origins of the concepts enshrined. To give effect to the purpose of the jury trial right — both in terms of the accused’s interest in a trial by jury and the community’s interest in participating in the prosecution of serious offences — the offence or the circumstances in which it was committed must have a military connection. We thus interpret “offence under military law” as referring to an offence that is connected to the military in its nature or committed in circumstances sufficiently connected to the military that would directly affect

[175] En outre, étant donné que le DPM utilise actuellement un critère semblable à celui du lien de connexité avec le service militaire pour établir si une affaire devrait être instruite dans le système de justice militaire, le fait d’imposer un tel critère dans le cadre d’une analyse fondée sur l’al. 11f) n’est pas susceptible d’avoir une incidence importante sur le nombre d’affaires instruites par des tribunaux civils, de sorte que cela donnerait lieu à un engorgement supplémentaire des tribunaux civils (motifs des juges majoritaires, par. 104). Une telle proposition n’est que pure conjecture. En fait, il peut y avoir des retards lorsque des membres de l’armée sont jugés par des tribunaux militaires. Selon une vérification récente menée par le vérificateur général du Canada, « les Forces armées canadiennes [ont] mis trop de temps à régler bon nombre des causes relevant de la justice militaire, ce qui a eu des répercussions considérables dans certains cas » (*Printemps 2018 — Rapports du vérificateur général du Canada au Parlement du Canada : Rapport 3 — L’administration de la justice dans les Forces armées canadiennes* (2018), par. 3.10). Nous ne disposons d’aucune preuve que le système de justice militaire souffre de moins de retards que le système civil. Même si tel était le cas, la possibilité qu’il y ait des retards n’est pas un fondement approprié justifiant que l’accusé soit privé de son droit à un procès avec jury.

[176] Pour ces raisons, nous concluons que l’al. 130(1)a) de la *LDN* contrevient à l’al. 11f) de la *Charte* dans la mesure où il prive l’accusé du droit à un procès avec jury relativement à des infractions graves lorsque celles-ci n’ont pas de lien avec le service militaire. Cette conclusion s’appuie sur une interprétation téléologique de la disposition de la *Charte* : elle découle d’un examen de l’objet du droit, de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte*, des termes choisis pour énoncer ce droit et des origines historiques des concepts enchâssés. Pour mettre en œuvre l’objet du droit à un procès avec jury — autant en ce qui a trait à l’intérêt de l’accusé dans la tenue d’un procès avec jury qu’à l’intérêt de la collectivité à participer aux poursuites relatives à des infractions graves — l’infraction ou les circonstances de sa perpétration doivent avoir un lien avec le service militaire. Par conséquent, nous estimons que l’expression « *offence under military*

discipline, efficiency and morale. In our view, absent this military connection, s. 130(1)(a) of the *NDA* violates the right to a jury trial.

*B. Guidance on the Military Connection Test*

[177] Where an accused is charged with an offence that falls under s. 130(1)(a) of the *NDA* and the accused challenges the military court's jurisdiction on the basis that it would deny their right to a jury trial guaranteed in s. 11(f), the court should ask whether there is a military connection. Has a service member committed an offence in circumstances that are so connected to the military that it would have a direct effect on military discipline, efficiency and morale?

[178] Circumstances sufficiently connected to the military include when an offence is committed in the course of military duty, on military property, or using military property. If an offence is committed in such circumstances, it can generally be inferred that there will be a direct effect on military discipline, efficiency and morale. If the offence is committed when a member is off duty and the offence is not committed on or using military property, it remains open to the prosecution to prove that the offence had a direct effect on military discipline, efficiency and morale, and can therefore be tried by military panel. This may be the case, for example, if the offence involved the flouting of military authority or the contravention of direct orders. The fact that an offence was committed by a service member, on its own, is unlikely to be sufficient to ground a military connection on the basis that its mere commission undermines discipline.

*law* » s'entend d'une infraction qui, par sa nature, comporte un lien avec le service militaire ou qui a été commise dans des circonstances ayant un lien suffisant avec le service militaire pour influencer directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes. À notre avis, s'il n'y a aucun lien entre l'infraction et le service militaire, l'al. 130(1)a) de la *LDN* viole le droit à un procès avec jury.

*B. Indications concernant le critère du lien de connexité avec le service militaire*

[177] Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction qui entre dans le champ d'application de l'al. 130(1)a) de la *LDN* et que cet accusé conteste la compétence du tribunal militaire au motif qu'il serait privé de son droit à un procès avec jury que lui garantit l'al. 11f), le tribunal devrait se demander s'il y a un lien entre l'infraction et le service militaire. Le membre des forces armées a-t-il commis une infraction dans des circonstances qui sont à ce point liées au service militaire qu'elle est susceptible d'influer directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes?

[178] De telles circonstances suffisamment reliées au service militaire comprennent la situation où le militaire a commis l'infraction dans l'exécution de ses fonctions, sur une propriété militaire ou en utilisant une propriété militaire. Lorsqu'une infraction est commise dans de telles circonstances, on peut généralement en inférer qu'elle influera directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes. Si le militaire commet l'infraction alors qu'il n'est pas en fonction, et qu'il ne la commet pas sur la propriété militaire ou en utilisant une propriété militaire, il demeure loisible à la poursuite de prouver que l'infraction a influé directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes, et qu'elle devrait donc être jugée par un comité militaire. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque l'infraction comprend un manquement à l'autorité militaire ou à des ordres directs. À lui seul, le fait que l'infraction ait été commise par un membre des forces armées ne serait probablement pas suffisant pour justifier l'existence d'un lien avec le service militaire au motif que la simple perpétration de cette infraction mine la discipline.

[179] When an offence is committed in a theatre of war, it is presumed that the circumstances will meet the military connection test, as the circumstances require justice to be promptly rendered and civilian courts are unlikely to be available. Offences committed abroad, meanwhile, are dealt with under s. 130(1)(b) of the *NDA*,<sup>8</sup> as military exigency would require those offences be tried before military courts.

[180] It should be noted that while s. 130 incorporates civilian offences under military jurisdiction, service members can also be charged with offences under ss. 73 to 129 of the *NDA*. Many of the offences under ss. 73 to 129 do not have an analogue in the civilian context, and are specific to the military (*R. v. Hannah*, 2013 CM 2011). Where the offence is specific to the military, such as desertion and insubordination, there is obviously a military connection. However, for offences that are not specific to the military (for example, stealing, under s. 114 of the *NDA*), the military connection test provides guidance on whether there is a sufficient link to the military to proceed before a military court. Thus, where an accused is charged under ss. 73-129, and the accused raises a challenge under s. 11(f) of the *Charter*, a court should consider whether the offence is military in nature, and, if not, whether it occurred in circumstances that are so connected to the military that it would have a direct effect on military discipline, efficiency and morale.

[181] As described above, the community's interest in prosecuting serious offences in civilian courts is protected by the right to a jury trial. This consideration mitigates in favour of interpreting the s. 11(f) exception narrowly. It is not, however, assessed in determining whether there is a military connection

<sup>8</sup> "An act or omission . . . that takes place outside Canada and would, if it had taken place in Canada, be punishable under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament, is an offence under this Division and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2)."

[179] Lorsqu'une infraction est commise en théâtre de guerre, on présume que les circonstances respecteront le critère du lien de connexité avec le service militaire car elles exigent que justice soit rendue rapidement, et il est peu probable que les tribunaux civils aient le temps d'instruire un procès relatif à de telles infractions. Les infractions commises à l'étranger, quant à elles, sont prévues à l'al. 130(1)b de la *LDN*<sup>8</sup>; l'urgence militaire exigerait que ces infractions soient jugées devant des tribunaux militaires.

[180] Il convient de noter que même si l'art. 130 incorpore les infractions civiles à la compétence militaire, les militaires peuvent aussi être accusés d'infractions prévues aux art. 73 à 129 de la *LDN*. Bon nombre de ces infractions n'ont aucun pendant dans le contexte civil, et sont propres au service militaire (*R. c. Hannah*, 2013 CM 2011). Lorsque l'infraction est propre au service militaire, comme la désertion et l'insubordination, le lien avec le service militaire est évident. Cependant, pour ce qui est des infractions qui ne sont pas propres au service militaire (par exemple, le vol, prévu à l'art. 114 de la *LDN*), le critère du lien avec le service militaire donne des indications quant à savoir si l'affaire comporte un lien suffisant avec le service militaire pour être jugée devant un tribunal militaire. Par conséquent, lorsque le militaire est accusé d'une infraction prévue aux art. 73 à 129, et qu'il soulève une contestation fondée sur l'al. 11(f) de la *Charte*, le tribunal doit se demander si l'infraction est de nature militaire et, si elle ne l'est pas, si elle a été commise dans des circonstances qui sont à ce point liées au service militaire qu'elle influencerait directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes.

[181] Comme nous l'avons décrit plus tôt, l'intérêt de la collectivité à l'égard des poursuites relatives aux infractions graves devant des tribunaux civils est protégé par le droit à un procès avec jury. Cette considération milite en faveur d'une interprétation restrictive de l'al. 11(f). Cependant, le tribunal ne tient

<sup>8</sup> « Constitue une infraction à la présente section tout acte ou omission [...] survenu à l'étranger mais qui serait punissable, au Canada, sous le régime de la partie VII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale. Quiconque en est déclaré coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2). »

for the purposes of s. 11(f), as the s. 11(f) right is exercised by the accused. Where there is a military connection, and there is therefore concurrent jurisdiction, these considerations may inform the choice about which forum is the more appropriate. In practice, the DMP does consider the degree of civilian community interest in the case and the views of the victim in assessing whether the offence should be tried by military tribunal, as it is relevant to determine whether a civilian court is better suited to hear a case. For example, there may be community interest in seeing sexual assault offences tried before civilian courts, given the recent investigation into deficiencies in sexual assault prosecutions in the military justice system. (For a summary of these concerns, see: M. W. Drapeau, *Sexual Assaults in the Canadian Military: Is the Military Making Headway?*, April 30, 2018 (online), submitted to the National Security and Defence Committee, Senate of Canada; see also M. Deschamps, *External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces*, March 27, 2015 (online).)

[182] In sum, when an accused is charged under s. 130(1)(a) of the *NDA*, courts must determine whether there is a sufficiently direct connection between the circumstances of the offence and the military. To determine whether there is a sufficiently direct connection, a court should consider whether the offence was committed while the accused was on duty, on military property or using military property. If so, a court may infer that the circumstances of the offence have a direct impact on military efficiency, discipline and morale. The prosecution may point to other circumstances of the offence to show that the circumstances of the offence would have a direct impact on military efficiency, discipline and morale.

### C. Section 1 Analysis

[183] Without a military connection, subsuming civilian offences under military jurisdiction through

pas compte de cette considération lorsqu'il établit s'il existe un lien de connexité avec le service militaire au titre de l'al. 11f), car le droit prévu à l'al. 11f) est exercé par l'accusé. Lorsqu'il existe un lien de connexité avec le service militaire, et qu'il y a donc compétence concurrente, ces considérations peuvent guider le choix du ressort qui est le plus approprié. En pratique, le DPM prend effectivement en considération le degré d'intérêt de la collectivité civile dans l'affaire dont il est saisi ainsi que l'avis de la victime lorsqu'il évalue si l'infraction devrait être jugée par un tribunal militaire, puisque ces éléments sont pertinents pour établir si un tribunal civil est mieux placé pour instruire l'affaire. Par exemple, la collectivité peut avoir un intérêt à ce que les infractions d'agressions sexuelles soient jugées par des tribunaux civils, étant donné l'enquête récente sur les lacunes dans les poursuites pour agressions sexuelles devant les tribunaux militaires. (Pour un résumé de ces considérations, voir : M. W. Drapeau, *Sexual Assaults in the Canadian Military : Is the Military Making Headway?*, 30 avril 2018 (en ligne), présenté au Comité sur la sécurité nationale et la défense, Sénat du Canada; voir aussi M. Deschamps, *Examen externe sur l'inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes*, 27 mars 2015 (en ligne).)

[182] En résumé, lorsqu'un militaire est accusé en vertu de l'al. 130(1)a) de la *LDN*, les tribunaux doivent établir s'il existe un lien suffisamment direct entre les circonstances de l'infraction et le service militaire. Pour ce faire, le tribunal doit se demander si le militaire a commis l'infraction dans l'exécution de ses fonctions, sur une propriété militaire ou en utilisant une propriété militaire. Dans l'affirmative, le tribunal peut en inférer que les circonstances de l'infraction influent directement sur l'efficacité, la discipline et le moral des troupes. La poursuite peut indiquer d'autres circonstances de l'infraction pour montrer que celles-ci influeraient directement sur l'efficacité, la discipline et le moral des troupes.

### C. Analyse fondée sur l'article premier

[183] Le fait d'inclure à la compétence militaire des infractions civiles qui n'ont pas de lien de connexité



s. 130(1)(a) infringes s. 11(f) of the *Charter*. The burden is on the Crown to show that the infringement is saved by s. 1 of the *Charter*. Here, the Crown concedes that if s. 130(1)(a) is found to breach s. 11(f), it cannot be saved by s. 1 (Crown Factum, at para. 67).

[184] Indeed, it is difficult to contemplate that such an infringement could be justified under s. 1.

[185] The objective of s. 130(1)(a) — to maintain discipline, efficiency and morale in the armed forces — is sufficiently important to pass the “pressing and substantial” objective prong of the test laid out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Further, as noted by this Court in *Moriarity*, s. 130(1)(a) is rationally connected to this objective. However, incorporating civilian offences under military jurisdiction without permitting a jury trial for serious offences cannot pass the minimal impairment prong of the *Oakes* analysis for the reasons articulated by McIntyre J. in *MacKay*: “It is not necessary for the attainment of any socially desirable objective connected with the military service to extend the reach of the military courts to that extent” (p. 408). Maintaining discipline, efficiency and morale by incorporating penal offences without a military connection does not impair the right to a trial by jury as little as possible.

[186] The historical account shows that concern for military efficiency and the related matter of discipline was a thread in the development of military court jurisdiction. However, trying civilian offences in military courts that are unrelated to the military may have the *opposite* effect on discipline and on morale when the right to a jury trial is removed. Common sense dictates that denying rights can undermine, not enhance morale. In *Re Colonel Aird*, [2004] HCA 44, 209 A.L.R. 311, Justices Callinan and Heydon, in dissent, noted that discipline is not

avec le service militaire au moyen de l’al. 130(1)a porte atteinte au droit garanti par l’al. 11f) de la *Charte*. Il incombe à la Couronne de prouver que l’atteinte est justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. En l’espèce, la Couronne admet que s’il est conclu que l’al. 130(1)a contrevient à l’al. 11f), il ne peut être justifié au regard de l’article premier (mémoire de la Couronne, par. 67).

[184] De fait, il est difficile de concevoir qu’une telle atteinte puisse être justifiée au regard de l’article premier.

[185] L’objectif de l’al. 130(1)a — soit de maintenir la discipline, l’efficacité et le moral des troupes — est suffisamment important pour satisfaire au volet de l’objectif « réel et urgent » du critère énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. De plus, comme notre Cour l’a noté dans *Moriarity*, l’al. 130(1)a a un lien rationnel avec cet objectif. Cependant, l’incorporation des infractions civiles à la compétence des tribunaux militaires sans permettre que l’accusé bénéficie d’un procès avec jury pour des infractions graves ne peut satisfaire au volet de l’atteinte minimale de l’analyse établie dans *Oakes* pour les raisons qu’a énoncées le juge McIntyre dans *MacKay* : « Pour atteindre un objectif socialement souhaitable relié à la vie militaire, il n’est pas nécessaire d’étendre autant la compétence des tribunaux militaires » (p. 408). Le maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes au moyen de l’incorporation des infractions pénales sans qu’elles aient un lien de connexité avec le service militaire ne constitue pas une atteinte minimale au droit à un procès avec jury.

[186] Le compte rendu historique montre que la préoccupation relative à l’efficacité militaire et à la question connexe de la discipline a été l’un des éléments qui a influencé l’évolution de la compétence des tribunaux militaires. Cependant, le fait que ce soit des tribunaux militaires qui jugent des infractions civiles n’ayant aucun lien avec le service militaire peut avoir l’effet *opposé* sur la discipline et le moral des troupes lorsque le droit à un procès avec jury est retiré. Il va de soi que la négation de droits peut miner le moral des troupes, et non le

advanced by the removal of fundamental procedural rights without good reason:

But it may be assumed that the importance of morale in a defence force is no doubt very great. It is likely to be put at serious risk however if charges against soldiers in respect of criminal misconduct committed on leave in a foreign country in circumstances totally unrelated to their military activities and duties, are to be heard and determined by court martial in Australia without a jury. Indeed, the knowledge that the military authorities have the right to intrude into the private life of soldiers, and to discipline them in military proceedings for conduct far removed from their military service, and that in such proceedings there is no right to a committal and a jury, is likely to prove a disincentive to enlistment itself, let alone to morale. [Emphasis added; para. 167.]

[187] It is not obvious that trying ordinary offences in military courts will improve military discipline, efficiency and morale. In fact, doing so may have the opposite effect. The independence of civilian courts can enhance the confidence of military members in how criminal matters are treated. Further, research suggests that in the military, discipline that is seen to be applied inequitably as between service members and civilians can lead to increased offending (P. T. Collins, “Civil-Military ‘Legal’ Relations: Where to from Here? — The Civilian Courts and the Military in the United Kingdom, United States and Australia”, in *International Humanitarian Law Series* (2018), vol. 51, at p. 279; see also J. Crowe and S. Ratnapala, “Military Justice and Chapter III: The Constitutional Basis of Courts Martial” (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 161, at p. 177). Service members who do not get certain procedural safeguards guaranteed to civilians, including a right to a jury trial, may see this as an inequity.

renforcer. Dans *Re Colonel Aird*, [2004] HCA 44, 209 A.L.R. 311, les juges Callinan et Heydon, dissidents, ont noté que le retrait de droits procéduraux fondamentaux sans raison valable ne favorise pas la discipline :

[TRADUCTION] Mais on peut supposer que l’importance du moral au sein d’une force de défense est sans aucun doute très grande. Cependant, il est susceptible d’être gravement compromis si des accusations contre des soldats concernant des actes criminels commis pendant qu’ils étaient en congé dans un pays étranger dans des circonstances sans aucun lien avec leurs activités et fonctions militaires devaient être instruites et tranchées par une cour martiale en Australie sans jury. Effectivement, le fait de savoir que les autorités militaires ont le droit de s’introduire dans la vie privée des soldats, et de leur faire subir une instance militaire pour un comportement très éloigné du service militaire, et que dans une telle instance ils n’auraient pas le droit à un procès avec jury, est susceptible de dissuader les gens de s’enrôler, en plus de miner le moral des troupes. [Nous soulignons; par. 167.]

[187] Il ne nous apparaît pas évident que le fait que les infractions ordinaires soient jugées devant des tribunaux militaires améliorera la discipline, l’efficacité et le moral des troupes. En fait, cela pourrait avoir l’effet contraire. L’indépendance des tribunaux civils peut faire en sorte que les militaires aient une plus grande confiance dans la façon dont les affaires criminelles sont traitées. En outre, la recherche suggère que, au sein des forces armées, la perception selon laquelle la discipline est appliquée inégalement entre les membres du service et les civils peut donner lieu à un plus grand nombre d’infractions (P. T. Collins, « Civil-Military “Legal” Relations : Where to from Here? — The Civilian Courts and the Military in the United Kingdom, United States and Australia », dans *International Humanitarian Law Series* (2018), vol. 51, p. 279; voir aussi J. Crowe et S. Ratnapala, « Military Justice and Chapter III : The Constitutional Basis of Courts Martial » (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 161, p. 177). Les militaires qui ne jouissent pas de certaines garanties procédurales dont bénéficient les civils, notamment le droit à un procès avec jury, pourraient y voir une iniquité.

[188] The above highlights that s. 130(1)(a) is not carefully tailored to its objectives — it impairs the right to a jury trial more than is reasonably necessary. A minimally impairing alternative would have been to try penal offences by military panel only where the circumstances in which it was committed are directly connected to the military. Such a connection would be more properly tailored to the goals of maintaining discipline, efficiency and morale.

#### D. *Reading In Is the Appropriate Remedy*

[189] The appropriate remedy is to read a military connection requirement into s. 130(1)(a). We note that neither party has put forward this position. The accused persons' request that s. 130(1)(a) of the *NDA* be declared inoperative does not follow as the appropriate remedy given the exception in s. 11(f). Consistent with the reasoning in *Stillman*, we share the view that reading in a military connection requirement is the appropriate remedy.

[190] The remedy of reading in is appropriate where it would further respect for the role of the legislature and the purposes of the *Charter* (*Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at p. 56).

[191] In our opinion, reading in a military connection requirement is faithful to the legislative objective of s. 130(1)(a). Granting military courts jurisdiction where appropriate, while respecting the right to a jury trial, recognizes the objective of s. 130(1)(a) of maintaining discipline, efficiency and morale. Respecting an individual's *Charter* rights better supports discipline and morale, as discussed above.

[188] Les énoncés qui précèdent font ressortir que l'al. 130(1)a n'est pas soigneusement adapté à ses objectifs — il porte atteinte au droit à un procès avec jury plus que ce qui est raisonnablement nécessaire. Une autre solution, qui n'aurait emporté qu'une atteinte minimale, aurait été que les infractions pénales soient jugées par un comité militaire seulement lorsqu'il y a un lien direct entre les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise et le service militaire. Un tel lien serait plus adapté aux objectifs de maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes.

#### D. *La réparation qui convient est l'interprétation extensive*

[189] La réparation qui convient est l'inclusion, par voie d'interprétation extensive, d'une exigence relative au lien de connexité avec le service militaire à l'al. 130(1)a). Nous signalons qu'aucune partie n'a énoncé cette position. Il s'ensuit que la demande qu'ont formulée les accusés voulant que l'al. 130(1)a) de la *LDN* soit déclarée inapplicable n'est pas la réparation qui convient compte tenu de l'exception prévue à l'al. 11f). Conformément au raisonnement adopté dans *Stillman*, nous croyons que l'inclusion, par voie d'interprétation extensive, d'une exigence relative au lien de connexité avec le service militaire est la réparation qu'il convient d'appliquer.

[190] L'interprétation extensive est une réparation appropriée lorsqu'elle contribuerait au respect du rôle du législateur et des objets de la *Charte* (*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, p. 56).

[191] À notre avis, l'inclusion, par voie d'interprétation extensive, d'une exigence relative au lien de connexité avec le service militaire est fidèle à l'objectif de l'al. 130(1)a). L'attribution de compétence aux tribunaux militaires lorsque cela est approprié, dans le respect du droit à un procès avec jury, est conforme à l'objectif de l'al. 130(1)a), soit le maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes. Le respect des droits que garantit la *Charte* à toute personne est la façon la plus efficace d'assurer la discipline et le moral des troupes, comme nous l'avons déjà expliqué.

[192] Reading in is preferable as a remedy to striking down s. 130(1)(a), as it “immediately reconciles the legislation in question with the requirements of the *Charter*” (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 716). As s. 130(1)(a) deals with a large number of service offences, striking down the provision would create a void. Given the nature of the *Charter* breach, reading in a military connection avoids unnecessarily limiting those proceedings that may be held before military courts; it is also not an undue intrusion into the legislative sphere.

[193] When an accused is charged with an offence where the maximum punishment is imprisonment for five years or a more severe punishment, a military court must read s. 130(1)(a) as follows to determine whether it can try the offence alleged:

**130 (1)** An act or omission committed by a service member that is military in nature or is committed in circumstances directly connected to the military

(a) that takes place in Canada and is punishable under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament,

...

is an offence under this Division and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsections (2).

#### IV. Conclusion

[194] Section 130(1)(a) is constitutional with respect to s. 11(f) of the *Charter* if we read in a military connection test. To give effect to the purpose of the jury trial right — both in terms of the accused’s interest in a trial by jury and the community’s interest in participating in the prosecution of serious offences — the offence must have a military connection. Accordingly, we interpret “offence under military law” as referring to an offence that is military in nature or committed in circumstances connected

[192] L’interprétation extensive est une réparation préférable à l’invalidation de l’al. 130(1)a), car elle « permet d’harmoniser immédiatement la loi en question avec les exigences de la *Charte* » (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 716). Étant donné que l’al. 130(1)a) vise un grand nombre d’infractions d’ordre militaire, l’invalidation de la disposition créerait un vide. En raison de la nature de l’atteinte au droit garanti par la *Charte*, l’inclusion par voie d’interprétation extensive d’un lien de connexité avec le service militaire évite que soient limitées, sans que cela soit nécessaire, les instances qui peuvent être tenues devant les tribunaux militaires; il ne s’agit pas non plus d’un empiètement injustifié dans la sphère législative.

[193] Lorsqu’un militaire est accusé d’une infraction pour laquelle la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans ou plus, le tribunal militaire devrait lire l’al. 130(1)a) de la façon suivante afin d’établir s’il peut juger l’infraction reprochée :

**130 (1)** Constitue une infraction à la présente section tout acte ou omission commis par un militaire qui est de nature militaire ou qui est commis dans des circonstances directement liées au service militaire :

a) survenu au Canada et punissable sous le régime de la partie VII de la présente loi, du Code criminel ou de toute autre loi fédérale;

...

Quiconque en est déclaré coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2).

#### IV. Conclusion

[194] L’alinéa 130(1)a) est constitutionnel au regard de l’al. 11f) de la *Charte* si nous incluons, par interprétation extensive, une exigence relative au lien de connexité avec le service militaire. Pour donner effet à l’objet du droit à un procès avec jury — à la fois pour ce qui est de l’intérêt de l’accusé à avoir un procès avec jury et de l’intérêt de la collectivité à participer aux poursuites relatives à des infractions graves — l’infraction doit avoir un lien avec le service militaire. En conséquence, selon notre

to the military. In our view, absent this military connection, s. 130(1)(a) of the *NDA* violates the s. 11(f) *Charter* right to a jury trial.

[195] We would allow the appeals in *Stillman*, allow the appeal in *Beaudry* in part, and replace the Court Martial Appeal Court's order in *Beaudry* of a declaration of invalidity with an order to read in a military connection requirement to s. 130(1)(a).

*Appeals in Stillman dismissed, KARAKATSANIS and ROWE JJ. dissenting.*

*Appeal in Beaudry allowed, KARAKATSANIS and ROWE JJ. dissenting in part.*

*Solicitor for the appellants (37701) and respondent (38308): Defence Counsel Services, Gatineau.*

*Solicitor for the respondents (37701) and the appellant (38308): Canadian Military Prosecution Service, Ottawa.*

*Solicitors for the intervenor Advocates for the Rule of Law (37701 and 38308): McCarthy Tétrault, Toronto.*

interprétation, les termes « *offence under military law* » s'entendent d'une infraction de nature militaire ou commise dans des circonstances liées au service militaire. À notre avis, s'il n'y a aucun lien entre l'infraction et le service militaire, l'al. 130(1)a) de la *LDN* viole le droit à un procès avec jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte*.

[195] Nous sommes d'avis d'accueillir les pourvois dans *Stillman*, d'accueillir en partie le pourvoi dans *Beaudry* et de remplacer l'ordonnance relative à la déclaration d'invalidité que la Cour d'appel de la cour martiale a prononcée dans *Beaudry* par une ordonnance d'inclusion, par voie d'interprétation extensive, d'une exigence relative au lien de connexité avec le service militaire à l'al. 130(1)a).

*Pourvois dans Stillman rejetés, les juges KARAKATSANIS et ROWE sont dissidents.*

*Pourvoi dans Beaudry accueilli, les juges KARAKATSANIS et ROWE sont dissidents en partie.*

*Procureur des appelants (37701) et de l'intimé (38308) : Services d'avocats de la défense, Gatineau.*

*Procureur des intimés (37701) et de l'appelante (38308) : Service canadien des poursuites militaires, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant Advocates for the Rule of Law (37701 et 38308) : McCarthy Tétrault, Toronto.*