

T-1151-19
2020 FC 330

T-1151-19
2020 CF 330

The Director of Military Prosecutions (*applicant*)

Le directeur des poursuites militaires (*demandeur*)

v.

c.

Deputy Chief Military Judge (in his capacity as deputy judge of duties and functions set out in section 165.25 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5) and Colonel Mario Dutil (*respondents*)

Juge militaire en chef adjoint (en sa qualité de juge délégué du pouvoir d'attribution prévu à l'article 165.25 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5) et le colonel Mario Dutil (*défendeurs*)

INDEXED AS: CANADA (DIRECTOR OF MILITARY PROSECUTIONS) v. CANADA (OFFICE OF THE CHIEF MILITARY JUDGE)

RÉPERTORIÉ : CANADA (DIRECTEUR DES POURSUITES MILITAIRES) c. CANADA (CABINET DU JUGE MILITAIRE EN CHEF)

Federal Court, Justice Martineau—Ottawa, October 15, November 27–29, 2019, and March 3, 2020.

Cour fédérale, juge Martineau—Ottawa, 15 octobre, 27 au 29 novembre 2019 et 3 mars 2020.

Armed Forces — Judicial review of decision adjourning trial of respondent Colonel Dutil (respondent), Chief Military Judge, following Deputy Chief Military Judge's recusal without military judge being appointed by Deputy Chief Military Judge — Applicant seeking writ of mandamus forcing Deputy Chief Military Judge, with jurisdiction to allocate set out in National Defence Act (NDA), s. 165.25 to assign military judge from among other eligible military judges to preside at Court Martial — Alternatively, applicant seeking writ of certiorari for purposes of setting aside non-assignment decision — Respondent cited for Standing Court Martial (Court Martial) — Having to defend himself against fraud, false statement charges in official document, as well as behaviour prejudicial to good order or discipline because allegedly had personal relationship with non-commissioned officer, a court reporter who was apparently under his command — While respondent entitled to be tried within reasonable time in fair, public hearing by independent, impartial tribunal under Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), ss. 11(b),(d), issue arising as to whether there was a military judge who could be assigned by Deputy Chief Military Judge to preside at Court Martial without reasonable apprehension of bias arising — In addition, respondent had opted for proceedings to be in French — Three potential candidates from current contingent of military judges — Applicant adopting clear, frank, unequivocal position allowing federal board, commission or other tribunal no discretion whatsoever: Deputy Chief Military Judge had legal obligation, under NDA, s. 165.25, to appoint replacement from other military judges, regardless of whether there were recusal reasons or insufficient language skills for each of them — Respondents challenging application for judicial review, submitting that impugned decision not reviewable, that Federal Court having no jurisdiction

Forces armées — Contrôle judiciaire d'une décision ajournant le procès du défendeur le colonel Dutil (défendeur), juge militaire en chef, à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint sans toutefois qu'un juge militaire ait été désigné par le juge militaire en chef adjoint — Le demandeur recherchait l'émission d'un bref de mandamus pour forcer le juge militaire en chef adjoint, investi du pouvoir d'attribution prévu à l'art. 165.25 de la Loi sur la défense nationale (LDN), de désigner un juge militaire parmi les autres juges militaires éligibles pour présider la Cour martiale — Subsidièrement, le demandeur recherchait l'émission d'un bref de certiorari aux fins de casser la décision de non-désignation — Le défendeur a été cité à une cour martiale permanente (la Cour martiale) — Il doit se défendre d'accusations de fraude et de fausse déclaration dans un document officiel, et également, de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline parce qu'il aurait eu une relation personnelle avec un sous-officier, en l'occurrence une sténographe judiciaire qui aurait été sous son commandement — Quoique le défendeur avait le droit d'être jugé dans un délai raisonnable devant un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès juste et équitable en vertu des art. 11b) et d) de la Charte canadienne des droits et libertés (Charte), la problématique était de déterminer s'il y avait un juge militaire qui pouvait être désigné par le juge militaire en chef adjoint pour présider la Cour martiale sans que ne se soulève une crainte raisonnable de partialité — De plus, le défendeur avait opté pour un procès en français — Il y avait trois candidats potentiels parmi le contingent actuel de juges militaires — Le demandeur a adopté une position claire, franche et sans équivoque, qui n'accordait aucune discrétion, quelle qu'elle soit, à l'office fédéral : le juge militaire en chef adjoint avait l'obligation légale en vertu de l'art. 165.25 de la LDN de nommer un remplaçant

pursuant to Federal Courts Act, s. 18.5 — Main issues: whether Federal Court having jurisdiction under Federal Courts Act, s. 18.5; whether impugned decision reviewable; what was correct interpretation of NDA, s. 165.25; whether impugned decision reasonable; whether Court having to exercise its judicial discretion with respect to issuance of writ of mandamus, remedial action — Under Federal Courts Act, ss. 18, 18.1, Federal Court having exclusive original jurisdiction to issue, among other things, certiorari, mandamus orders against any federal board, commission or other tribunal, which applicant seeking in present case — Although military judge having same immunity from liability as judge of superior court of criminal jurisdiction (NDA, s. 165.231), not persons appointed under Constitution Act, 1867, s. 96 — Since decision to assign military judge to preside at court martial constituting presumed exercise of jurisdiction set out in NDA, s. 165.25, Deputy Chief Military Judge's decision not to assign another military judge on June 17, 2019, reviewable by Federal Court — As for recusal decision, not falling under one of reasons listed in NDA, s. 230.1 providing for Minister's right to appeal to Court Martial Appeal Court — Since Federal Courts Act, s. 18.5 mentioning that it is "if an Act of Parliament expressly provides for an appeal", would be contrary to wording of Act, to interest of administration of justice for Federal Court not to exercise its jurisdiction under Federal Courts Act, ss. 18, 18.1 — It was therefore necessary to dismiss any declinatory exception to jurisdiction based on Federal Courts Act, s. 18.5 — Applicant's narrow, restrictive interpretation of power under NDA, s. 165.25, namely, that s. 165.25 not granting any discretion, that assignment of military judge automatic not agreed with — Constitutional interpretation of NDA, s. 165.25 had to implicitly include legal limitation that exercise of power to assign must be consistent with Canadian Charter of Rights and Freedoms, not result in miscarriage of justice for accused — Impugned decision reasonable in all respects; not otherwise containing reviewable error of law or fact affecting ultimate result, justifying Court's intervention — Evidence in record amply supported apprehension of bias or injustice raised by Deputy Chief Military Judge — With respect to doctrine of necessity, could not apply in context of criminal or military justice where fundamental rights of accused may have been irreparably compromised — Concerning rule of law, if Deputy Chief Military Judge made concrete decision to adjourn matter before Court Martial, to not assign replacement judge, such decision was first, foremost to ensure rule of law, to preserve accused's right to fair trial before impartial, independent tribunal — In short, no excess of jurisdiction or usurpation of power committed by Deputy Chief Military Judge; challenged decision reasonable in all respects — Consequently, no need to grant writ of certiorari or writ of mandamus — All remedies sought by applicant disallowed in order to ensure rule of law, to avoid committing flagrant injustice, to protect respondent as accused from irreparable damage — Application dismissed.

parmi les autres juges militaires, et ce, peu importe qu'il pût exister des motifs de récusation ou d'incapacité linguistique visant chacun de ceux-ci — Les défendeurs contestaient la demande de contrôle judiciaire soumettant que la décision contestée n'était pas révisable et que la Cour fédérale n'avait pas autrement compétence en vertu de l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales — Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales et si la décision contestée était révisable; quelle était l'interprétation correcte de l'art. 165.25 de la LDN; si la décision contestée était raisonnable; et si la Cour devait exercer sa discrétion judiciaire en matière d'émission de bref de mandamus et de réparation judiciaire — En vertu des art. 18 et 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales, la Cour fédérale a compétence exclusive en première instance pour notamment rendre des ordonnances de certiorari et de mandamus contre un office fédéral, ce qui était recherché en l'espèce par le demandeur — Bien que les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une cour supérieure de juridiction criminelle (art. 165.231 de la LDN), il ne s'agit pas de personnes nommées aux termes de l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Puisque la décision de désigner un juge militaire pour présider une cour martiale constitue un exercice présumé d'une compétence prévue à l'art. 165.25 de la LDN, partant, la décision du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner le 17 juin 2019 un autre juge militaire était révisable par la Cour fédérale — Quant à la décision de récusation, elle ne paraissait pas s'inscrire dans un des motifs mentionnés à l'art. 230.1 de la LDN prévoyant le droit du ministre d'en appeler à la Cour d'appel de la cour martiale — Puisque l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales mentionne que c'est lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, il serait contraire au texte de loi et à la meilleure administration de la justice que la Cour fédérale n'exerce pas sa compétence en vertu des art. 18 et 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales — Il fallait donc écarter tout moyen déclinatoire de compétence fondé sur l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales — On ne pouvait souscrire à l'interprétation restrictive et limitative du pouvoir prévu à l'art. 165.25 que suggérait le demandeur; à savoir que l'art. 165.25 n'accorde aucune discrétion et que la désignation d'un juge militaire est automatique — Une interprétation se voulant constitutionnelle de l'art. 165.25 de la LDN devait comprendre, de manière implicite, la limitation légale selon laquelle l'exercice du pouvoir de désignation doit être conforme à la Charte canadienne des droits et libertés et ne pas entraîner un déni de justice à l'accusé — La décision contestée était raisonnable à tous égards et elle n'était pas autrement entachée d'une erreur de droit ou de fait révisable affectant le résultat final et pouvant justifier l'intervention de la Cour — La preuve au dossier appuyait amplement les craintes de partialité ou d'injustice ayant été formulées par le juge militaire en chef adjoint — En ce qui concerne la doctrine de la nécessité, elle ne pouvait s'appliquer dans un contexte de justice criminelle ou militaire où les droits fondamentaux de l'accusé pouvaient

être irrémédiablement compromis — Concernant la primauté du droit, si le juge militaire en chef adjoint a pris concrètement la décision d'ajourner la cause devant la Cour martiale et de ne pas désigner un juge remplaçant, c'était d'abord et avant tout pour assurer la primauté du droit et le respect du droit de l'accusé à un procès juste et équitable devant un tribunal impartial et indépendant — En somme, il n'y a eu aucun excès de compétence ou usurpation de pouvoir du juge militaire en chef adjoint, et la décision contestée était à tous égards raisonnable — Par conséquent, il n'y avait pas lieu d'accorder un bref de certiorari ou un bref de mandamus — Tous les remèdes recherchés par le demandeur ont été refusés afin d'assurer la primauté du droit et d'éviter qu'une injustice flagrante soit commise et qu'un tort irréparable soit causé au défendeur en tant qu'accusé — Demande rejetée.

Federal Court Jurisdiction — Respondents challenging judicial review of decision adjourning trial of respondent Colonel Dutil, Chief Military Judge, following recusal of Deputy Chief Military Judge, but without military judge being appointed by Deputy Chief Military Judge — According to respondents, impugned decision not reviewable, Federal Court not otherwise having jurisdiction under Federal Courts Act, s. 18.5 — Whether Federal Court having jurisdiction under Federal Courts Act, s. 18.5 — Whether impugned decision reviewable — Under Federal Courts Act, ss. 18, 18.1, Federal Court has exclusive original jurisdiction to issue, among other things, certiorari, mandamus orders against any federal board, commission or other tribunal, which applicant seeking in this case — Broad definition found in Federal Courts Act, s. 2 applied to impugned decision, encompassed exercise (even non-exercise) of all jurisdiction or power set out in a federal Act — Although military judges having same immunity from liability as judges of superior court of criminal jurisdiction, not persons appointed under Constitution Act, 1867, s. 96 — Since decision assigning military judge to preside at court martial, to conduct judicial hearings constituting presumed exercise of jurisdiction set out in National Defence Act (NDA), s. 165.25, Deputy Chief Military Judge's decision not to assign another military judge reviewable by Federal Court — Furthermore, not clear that recusal decision itself appealable under NDA — Since Parliament took trouble to mention in Federal Courts Act, s. 18.5 that if Act of Parliament expressly providing for appeal, would be contrary to wording of Act, to interest of administration of justice for Federal Court not to exercise jurisdiction under Federal Courts Act, ss. 18, 18.1 because right of appeal could implicitly exist under NDA.

Compétence de la Cour fédérale — Les défendeurs contestaient la demande de contrôle judiciaire d'une décision ajournant le procès du défendeur le colonel Dutil, juge militaire en chef, à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint sans toutefois qu'un juge militaire ait été désigné par le juge militaire en chef adjoint — Selon les défendeurs, la décision contestée n'était pas révisable et la Cour fédérale n'avait pas autrement compétence en vertu de l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales — La Cour fédérale avait-elle compétence en vertu de l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales? — La décision contestée était-elle révisable? — En vertu des art. 18 et 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales, la Cour fédérale a compétence exclusive en première instance pour notamment rendre des ordonnances de certiorari et de mandamus contre un office fédéral, ce qui était recherché en l'espèce par le demandeur — La définition large que l'on retrouve à l'art. 2 de la Loi sur les Cours fédérales s'appliquait à la décision contestée et englobait l'exercice (voire le non-exercice) de toute compétence ou pouvoir prévu par une loi fédérale — Bien que les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une cour supérieure de juridiction criminelle, il ne s'agit pas de personnes nommées aux termes de l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Puisque la décision de désigner un juge militaire pour présider une cour martiale et tenir des auditions judiciaires constitue un exercice présumé d'une compétence prévue à l'art. 165.25 de la Loi sur la défense nationale (LDN), la décision du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner un autre juge militaire était révisable par la Cour fédérale — Par ailleurs, il n'était pas clair que la décision de récusation était elle-même appelable en vertu de la LDN — Puisque le législateur a pris la peine de mentionner à l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales que c'est lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, il serait contraire au texte de loi et à la meilleure administration de la justice que la Cour fédérale n'exerce pas sa compétence en vertu des art. 18 et 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales parce qu'un droit d'appel pourrait implicitement exister en vertu de la LDN.

Judges and Courts — Respondent Colonel Dutil (respondent), Chief Military Judge, cited for Standing Court Martial (Court Martial) — Respondent having to defend himself against fraud, false statement charges in official document, as well as behaviour prejudicial to good order or discipline because allegedly had personal relationship with non-commissioned officer, a court reporter who was apparently under his command — Respondent's trial adjourned following recusal of Deputy Chief Military Judge, but without military judge being appointed by Deputy Chief Military Judge — Whether military judge existing who could be assigned by Deputy Chief Military Judge to preside at Court Martial without reasonable apprehension of bias arising — Furthermore, respondent opted for his proceedings to be in French — Applicant adopting clear, frank, unequivocal position allowing federal board, commission or other tribunal no discretion whatsoever: Deputy Chief Military Judge having legal obligation, under NDA, s. 165.25, to appoint replacement from other military judges, regardless of whether recusal reasons or insufficient language skills existing for each of them — Although military judges have same immunity from liability as judges of superior court of criminal jurisdiction (NDA, s. 165.231), not persons appointed under Constitution Act, 1867, s. 96 — Since decision to assign military judge to preside at court martial constituting presumed exercise of jurisdiction set out in NDA, s. 165.25, Deputy Chief Military Judge's decision not to assign another military judge on June 17, 2019, reviewable by Federal Court — Applicant's narrow, restrictive interpretation of power under NDA, s. 165.25 not agreed with, that is, that s. 165.25 not granting any discretion, that assignment of military judge automatic — Evidence in record amply supporting apprehension of bias or injustice raised by Deputy Chief Military Judge — With respect to doctrine of necessity, could not apply in context of criminal or military justice where fundamental rights of accused may have been irreparably compromised — Concerning rule of law, if Deputy Chief Military Judge made concrete decision to adjourn matter before Court Martial, to not assign replacement judge, it was first, foremost to ensure rule of law, to preserve accused's right to fair trial before impartial, independent tribunal.

This was an application for judicial review of a decision to adjourn the trial of respondent Colonel Dutil (respondent), Chief Military Judge, following the recusal of the Deputy Chief Military Judge, but without a military judge being appointed by the Deputy Chief Military Judge. The applicant was seeking a writ of *mandamus* to force the Deputy Chief Military Judge,

Juges et Tribunaux — Le défendeur le colonel Dutil (défendeur), juge militaire en chef, a été cité à une cour martiale permanente (la Cour martiale) — Il doit se défendre d'accusations de fraude et de fausse déclaration dans un document officiel, et également, de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline parce qu'il aurait eu une relation personnelle avec un sous-officier, en l'occurrence une sténographe judiciaire qui aurait été sous son commandement — Son procès a été ajourné à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint sans toutefois qu'un juge militaire ait été désigné par le juge militaire en chef adjoint — La problématique était de déterminer s'il y avait un juge militaire qui pouvait être désigné par le juge militaire en chef adjoint pour présider la Cour martiale sans que ne se soulève une crainte raisonnable de partialité — De plus, le défendeur avait opté pour un procès en français — Le demandeur a adopté une position claire, franche et sans équivoque, qui n'accordait aucune discrétion, quelle qu'elle soit, à l'office fédéral : le juge militaire en chef adjoint avait l'obligation légale en vertu de l'art. 165.25 de la LDN de nommer un remplaçant parmi les autres juges militaires, et ce, peu importe qu'il pût exister des motifs de récusation ou d'incapacité linguistique visant chacun de ceux-ci — Bien que les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une cour supérieure de juridiction criminelle (art. 165.231 de la LDN), il ne s'agit pas de personnes nommées aux termes de l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Puisque la décision de désigner un juge militaire pour présider une cour martiale constitue un exercice présumé d'une compétence prévue à l'art. 165.25 de la LDN, partant, la décision du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner le 17 juin 2019 un autre juge militaire était révisable par la Cour fédérale — On ne pouvait souscrire à l'interprétation restrictive et limitative du pouvoir prévu à l'art. 165.25 que suggérait le demandeur, à savoir que l'art. 165.25 n'accorde aucune discrétion et que la désignation d'un juge militaire est automatique — La preuve au dossier appuyait amplement les craintes de partialité ou d'injustice ayant été formulées par le juge militaire en chef adjoint — En ce qui concerne la doctrine de la nécessité, elle ne pouvait s'appliquer dans un contexte de justice criminelle ou militaire où les droits fondamentaux de l'accusé pouvaient être irrémédiablement compromis — Concernant la primauté du droit, si le juge militaire en chef adjoint a pris concrètement la décision d'ajourner la cause devant la Cour martiale et de ne pas désigner un juge remplaçant, c'était d'abord et avant tout pour assurer la primauté du droit et le respect du droit de l'accusé à un procès juste et équitable devant un tribunal impartial et indépendant.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision ajournant le procès du défendeur le colonel Dutil (défendeur), juge militaire en chef, à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint sans toutefois qu'un juge militaire ait été désigné par le juge militaire en chef adjoint. Le demandeur recherchait l'émission d'un bref de *mandamus* pour

in his capacity as designate judge, with the jurisdiction to allocate set out in section 165.25 of the *National Defence Act* (the NDA), to assign a military judge from among the other eligible military judges to preside at the Court Martial. Alternatively, the applicant was also seeking a writ of *certiorari* for the purposes of setting aside the non-assignment decision.

The respondent was cited for a Standing Court Martial (the Court Martial). He must defend himself against fraud and false statement charges in an official document, as well as behaviour prejudicial to good order or discipline because he allegedly had a personal relationship with a non-commissioned officer, in this case, a court reporter who was apparently under his command. The respondent's trial was adjourned on June 17, 2019, following the recusal of the Deputy Chief Military Judge. The Chief Military Judge's reasons for not appointing a military judge were set out in the June 17, 2019 letter that was filed in the Court Martial file. Although the respondent was entitled to be tried within a reasonable time in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal under paragraphs 11(b) and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the issue was whether there was a military judge who could be assigned by the Deputy Chief Military Judge to preside at the Court Martial without a reasonable apprehension of bias arising. In addition, the respondent had opted for his proceedings to be in French and according to the *Official Languages Act*, the decision maker should moreover understand French without the assistance of an interpreter. There were indeed three potential candidates from among the current contingent of military judges who are Regular Force officers, yet none was assigned by the Deputy Chief Military Judge for the reasons set out in the impugned decision. The offences alleged against the respondent took place in 2014 and 2015. But another three years passed before he was charged, in January 2018, with violating the Code of Service Discipline. These charges had the practical effect of preventing the respondent from acting as Chief Military Judge.

In this application for judicial review, the applicant adopted a clear, frank and unequivocal position that allows the federal board, commission or other tribunal no discretion whatsoever. The Deputy Chief Military Judge—to whom the respondent delegated his powers pursuant to sections 165.26 and 165.27 of the NDA—had the legal obligation, under section 165.25 of the NDA, to appoint a replacement from the other military judges, regardless of whether there were recusal reasons or insufficient language skills for each of them. The applicant submitted that he was entitled to a writ of *mandamus*. Alternatively, the impugned decision was also unreasonable and had to be set aside. As for the respondents, they challenged the application for judicial review. They argued that the impugned decision was not reviewable because it fell under the exercise of a judicial office

forcer le juge militaire en chef adjoint, en sa qualité de juge délégué, investi du pouvoir d'attribution prévu à l'article 165.25 de la *Loi sur la défense nationale* (la LDN), de désigner un juge militaire parmi les autres juges militaires éligibles pour présider la Cour martiale. Subsidièrement, le demandeur recherchait également l'émission d'un bref de *certiorari* aux fins de casser la décision de non-désignation.

Le défendeur a été cité à une cour martiale permanente (la Cour martiale). Il doit se défendre d'accusations de fraude et de fausse déclaration dans un document officiel, et également, de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline parce qu'il aurait eu une relation personnelle avec un sous-officier, en l'occurrence une sténographe judiciaire qui aurait été sous son commandement. Le procès du demandeur a été ajourné le 17 juin 2019 à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint. Les motifs du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner de juge militaire étaient énoncés dans la lettre du 17 juin 2019 qui a été déposée au dossier de la Cour martiale. Quoique le défendeur avait le droit d'être jugé dans un délai raisonnable devant un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès juste et équitable en vertu des alinéas 11b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la problématique était de déterminer s'il y avait un juge militaire qui pouvait être désigné par le juge militaire en chef adjoint pour présider la Cour martiale sans que ne se soulève une crainte raisonnable de partialité. De plus, le défendeur avait opté pour un procès en français et suivant la *Loi sur les langues officielles*, le décideur devra par ailleurs comprendre le français sans l'aide d'un interprète. Il y avait trois candidats potentiels parmi le contingent actuel de juges militaires qui sont des officiers de la force régulière, mais aucun n'a été désigné par le juge militaire en chef adjoint, et ce, pour les motifs contenus dans la décision contestée. Les infractions reprochées au défendeur remontaient à 2014 et 2015. Mais trois ans de plus ont dû s'écouler avant qu'il ne soit accusé, en janvier 2018, d'avoir violé le Code de discipline militaire. Ces accusations ont eu l'effet pratique d'empêcher le défendeur d'agir, en particulier, comme juge militaire en chef.

Dans la présente demande de contrôle judiciaire, le demandeur a adopté une position claire, franche et sans équivoque, qui n'accordait aucune discrétion, quelle qu'elle soit, à l'office fédéral. Le juge militaire en chef adjoint — à qui le défendeur a délégué ses pouvoirs en vertu des articles 165.26 et 165.27 de la LDN — avait l'obligation légale en vertu de l'article 165.25 de la LDN de nommer un remplaçant parmi les autres juges militaires, et ce, peu importe qu'il pût exister des motifs de récusation ou d'incapacité linguistique visant chacun de ceux-ci. Le demandeur a soumis qu'il avait droit à l'émission d'un bref de *mandamus*. Subsidièrement, la décision contestée était également déraisonnable et devait être cassée. Quant aux défendeurs, ils contestaient la demande de contrôle judiciaire. Ils ont avancé que la décision contestée n'était pas révisable parce

specific to a superior court. Otherwise, the Federal Court had no jurisdiction pursuant to section 18.5 of the *Federal Courts Act*. Alternatively, they claimed that the Deputy Chief Military Judge did not usurp his powers under section 165.25 of the NDA and the impugned decision was reasonable, whereas the conditions for issuing a writ of *mandamus* had not been met.

The main issue was whether the Federal Court had jurisdiction under section 18.5 of the *Federal Courts Act* and whether the impugned decision was reviewable; what was the correct interpretation of section 165.25 of the NDA; whether the impugned decision was reasonable; and whether the Court should exercise its judicial discretion with respect to the issuance of a writ of *mandamus* and remedial action.

Held, the application should be dismissed.

Under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, the Federal Court has exclusive original jurisdiction to issue, among other things, *certiorari* and *mandamus* orders against any federal board, commission or other tribunal, which the applicant was seeking in this case. The broad definition found in section 2 of the *Federal Courts Act* applied to the impugned decision and encompassed the exercise—and even the non-exercise—of all jurisdiction or power set out in a federal Act. Although military judges have the same immunity from liability as judges of a superior court of criminal jurisdiction (section 165.231 of the NDA), they are not persons appointed under section 96 of the *Constitution Act, 1867*. Since the decision to assign a military judge to preside at a court martial and conduct judicial hearings constitutes a presumed exercise of a jurisdiction set out in section 165.25 of the NDA, the Deputy Chief Military Judge's decision not to assign another military judge on June 17, 2019, was reviewable by the Federal Court. Furthermore, it was not clear that the recusal decision was, itself, appealable because it did not seem to fall under one of the reasons listed in section 230.1 of the NDA that governs the Minister's right to appeal to the Court Martial Appeal Court. Since Parliament took the trouble of mentioning in section 18.5 of the *Federal Courts Act* that it is if an Act of Parliament expressly provides for an appeal, it would be contrary to the wording of the Act and to the interest of the administration of justice for this Court not to exercise its jurisdiction under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* because a right of appeal could implicitly exist under the Act. Therefore, any declinatory exception to jurisdiction based on section 18.5 of the *Federal Courts Act* had to be dismissed.

Section 165.25 of the NDA was examined and interpreted. The applicant's narrow and restrictive interpretation of the

qu'elle relevait de l'exercice d'une fonction judiciaire propre à une cour supérieure. Sinon, la Cour fédérale n'avait pas autrement compétence en vertu de l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Subsidiairement, ils ont prétendu que le juge militaire en chef adjoint n'a pas usurpé ses pouvoirs en vertu de l'article 165.25 de la LDN et la décision contestée était raisonnable, tandis que les conditions pour l'émission d'un bref de *mandamus* n'étaient pas rencontrées.

Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* et si la décision contestée était révisable; quelle était l'interprétation correcte de l'article 165.25 de la LDN; si la décision contestée était raisonnable; et si la Cour devait exercer sa discrétion judiciaire en matière d'émission de bref de *mandamus* et de réparation judiciaire.

Jugement : la demande doit être rejetée.

En vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale a compétence exclusive en première instance pour notamment rendre des ordonnances de *certiorari* et de *mandamus* contre un office fédéral, ce qui était recherché en l'espèce par le demandeur. La définition large que l'on retrouve à l'article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales* s'appliquait à la décision contestée et englobait l'exercice — voire le non-exercice — de toute compétence ou pouvoir prévu par une loi fédérale. Bien que les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une cour supérieure de juridiction criminelle (article 165.231 de la LDN), il ne s'agit pas de personnes nommées aux termes de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Puisque la décision de désigner un juge militaire pour présider une cour martiale et tenir des auditions judiciaires constitue un exercice présumé d'une compétence prévue à l'article 165.25 de la LDN, par conséquent, la décision du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner le 17 juin 2019 un autre juge militaire était révisable par la Cour fédérale. Par ailleurs, il n'était pas clair que la décision de récusation était elle-même appelable puisque celle-ci ne paraissait pas s'inscrire dans un des motifs mentionnés à l'article 230.1 de la LDN qui encadre le droit du ministre d'en appeler à la Cour d'appel de la cour martiale. Puisque le législateur a pris la peine de mentionner à l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* que c'est lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, il serait contraire au texte de loi et à la meilleure administration de la justice que la Cour fédérale n'exerce pas sa compétence en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* parce qu'un droit d'appel pourrait implicitement exister en vertu de la LDN. Il fallait donc écarter tout moyen déclinatoire de compétence fondé sur l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

L'article 165.25 de la LDN a été examiné et interprété. On ne pouvait souscrire à l'interprétation restrictive et limitative

power under section 165.25 was not agreed with; that is, that this section does not grant any discretion and that the assignment of a military judge is automatic—it is an absolute legal obligation. The text of section 165.25 of the NDA must be interpreted not only in accordance with the rules governing bilingual statutes but within the larger framework of the modern rule. Here, the English version cannot be read so as to compel the Chief Military Judge to assign a military judge if a valid reason for not doing so exists or for waiting a certain time before doing so. No obligation exists in absolute terms. To be legal, an obligation has to be consistent with the Constitution, which is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. In this case, a constitutional interpretation of section 165.25 of the NDA had to implicitly include the legal limitation that the exercise of the power to assign must be consistent with the Charter and not result in a miscarriage of justice for the accused.

The impugned decision was reasonable in all respects and did not otherwise contain a reviewable error of law or fact affecting the ultimate result and justifying the intervention of this Court. The evidence in the record amply supported the apprehension of bias or injustice raised by the Deputy Chief Military Judge. However, this was an exceptional case. No general rule applicable to all chief justices could be distilled. In addition, with respect to previous relationships with court reporters and the Court Martial Administrator, these were external factors that could contribute to a reasonable apprehension of bias not only on the part of the Deputy Chief Military Judge but also on the part of the other eligible military judges; hence the decision not to assign them. This conclusion was not unreasonable.

With respect to the doctrine of necessity, the Deputy Chief Military Judge concluded in the recusal decision that the doctrine of necessity did not oblige him to continue to preside over the trial. The Supreme Court of Canada established certain scales for the application of the doctrine of necessity, and stated that it will not apply in circumstances where its application would involve positive and substantial injustice. Otherwise, this would gravely undermine the guarantee of an impartial and independent tribunal provided by section 11(*d*) of the Charter. In this case, the doctrine of necessity could not apply in a context of criminal or military justice where the fundamental rights of the accused may have been irreparably compromised. Concerning the rule of law, if the Deputy Chief Military Judge made the concrete decision, on June 17, 2019, to adjourn the matter before the Court Martial and to not assign a replacement judge among the three eligible military judges, it was not an act that was taken lightly. Quite the contrary. It was first and foremost to ensure the rule of law and to preserve the

du pouvoir prévu à l'article 165.25 que suggérait le demandeur, à savoir que cet article n'accorde aucune discrétion et que la désignation d'un juge militaire est automatique : c'est une obligation légale absolue. Le texte de l'article 165.25 de la LDN ne doit pas être interprété uniquement en fonction des règles d'interprétation des lois bilingues, mais aussi dans le cadre plus vaste de la règle moderne. En l'occurrence, la version anglaise ne pouvait être interprétée comme obligeant le juge militaire en chef à désigner un juge militaire s'il y a un motif valable pour ne pas faire de désignation ou pour attendre un certain temps avant de désigner un juge militaire. Aucune obligation n'existe de manière absolue. Pour être légale, l'obligation doit être compatible avec la Constitution, qui est la loi suprême du Canada et rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. En l'espèce, une interprétation se voulant constitutionnelle de l'article 165.25 de la LDN devait comprendre, de manière implicite, la limitation légale selon laquelle l'exercice du pouvoir de désignation doit être conforme à la Charte et ne pas entraîner un déni de justice à l'accusé.

La décision contestée était raisonnable à tous égards et elle n'était pas autrement entachée d'une erreur de droit ou de fait révisable affectant le résultat final et pouvant justifier l'intervention de la Cour. La preuve au dossier appuyait amplement les craintes de partialité ou d'injustice ayant été formulées par le juge militaire en chef adjoint. Toutefois, la présente instance était exceptionnelle. Aucune règle générale applicable à tous les juges en chef ne pouvait être distillée. De plus, concernant les rapports antérieurs avec les sténographes judiciaires et l'administratrice de la cour martiale, il s'agissait là de facteurs externes pouvant alimenter une crainte raisonnable de partialité non seulement du côté du juge militaire en chef adjoint, mais tout autant de celui des autres juges militaires éligibles, d'où la décision de ne pas les désigner. Cette conclusion n'était pas déraisonnable.

En ce qui concerne la doctrine de nécessité, le juge militaire en chef adjoint a conclu dans la décision de récusation que la doctrine de nécessité ne le forçait pas à continuer à présider le procès. La Cour suprême du Canada a établi certains barèmes d'application de cette doctrine et a précisé que celle-ci ne s'applique pas dans les cas où elle entraînerait une injustice concrète et substantielle. Sinon, cela porterait gravement atteinte au droit d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant que garantit l'alinéa 11(*d*) de la Charte. En l'espèce, la doctrine de la nécessité ne pouvait s'appliquer dans un contexte de justice criminelle ou militaire où les droits fondamentaux de l'accusé pouvaient être irrémédiablement compromis. Concernant la primauté du droit, si le juge militaire en chef adjoint a pris concrètement la décision, le 17 juin 2019, d'ajourner la cause devant la Cour martiale et de ne pas désigner un juge remplaçant parmi les trois juges militaires éligibles, ce n'était pas un acte qui a été posé à la légère. Bien au contraire. C'était d'abord et avant tout pour assurer la primauté

accused's right to a fair trial before an impartial and independent tribunal.

In short, there was no excess of jurisdiction or usurpation of power by the Deputy Chief Military Judge, and the challenged decision was reasonable in all respects. Consequently, there was no need to grant a writ of *certiorari* or a writ of *mandamus*. The balance of convenience favoured retaining the status quo. In short, all of the remedies sought by the applicant were disallowed in order to ensure the rule of law and to avoid committing a flagrant injustice and to protect the respondent as the accused from irreparable damage.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35.
An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act, S.C. 2008, c. 29.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 11(b),(d).
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 96.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1)(b).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18, 18.1, 18.4(1), 18.5, 50.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 302(1),(2).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 11.
National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 155.
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, Part III, ss. 9.1, 9.4, 10.1, 12, 17, 18(1),(2), 18.3, 18.5, 60(1),(2), 73-128, 117, 125(a), 129, 130, 138, 139-146, 140.1, 140.2, 155, 161.1, 164(1.3), 164.2, 165, 165.15, 165.17(1), 165.19, 165.191(1),(3), 165.192, 165.2, 165.21, 165.22, 165.24, 165.25, 165.26, 165.27, 165.28, 165.221(1), 165.223, 165.231, 165.31(1), 165.32(1),(2),(3),(7), 166, 173, 178, 179, 186, 202.121(7), 230.1.
Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 3(2), 16.
Queen's Regulations and Orders (QR&O), art. 2.07, 4.02, 4.091, 15.01, 15.17.
Queen's Regulations and Orders (QR&O) Vol. II – Disciplinary, art. 107.03, 110.08, 112.05(3)(b), 112.14(6).
Security of Tenure of Military Judges Act, S.C. 2011, c. 22, s. 2.

du droit et le respect du droit de l'accusé à un procès juste et équitable devant un tribunal impartial et indépendant.

En somme, il n'y a eu aucun excès de compétence ou usurpation de pouvoir du juge militaire en chef adjoint, et la décision contestée était à tous égards raisonnable. Par conséquent, il n'y avait pas lieu d'accorder un bref de *certiorari* ou un bref de *mandamus*. La balance des inconvénients favorisait le maintien du statu quo. Bref, tous les remèdes recherchés par le demandeur ont été refusés afin d'assurer la primauté du droit et d'éviter qu'une injustice flagrante soit commise et qu'un tort irréparable soit causé au défendeur en tant qu'accusé.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 11b),d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 380(1)b).
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 11.
Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence, L.C. 2008, ch. 29.
Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence, L.C. 1998, ch. 35.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, partie III, art. 9.1, 9.4, 10.1, 12, 17, 18(1),(2), 18.3, 18.5, 60(1),(2), 73 à 128, 117, 125a), 129, 130, 138, 139 à 146, 140.1, 140.2, 155, 161.1, 164(1.3), 164.2, 165, 165.15, 165.17(1), 165.19, 165.191(1),(3), 165.192, 165.2, 165.21, 165.22, 165.24, 165.25, 165.26, 165.27, 165.28, 165.221(1), 165.223, 165.231, 165.31(1), 165.32(1),(2),(3),(7), 166, 173, 178, 179, 186, 202.121(7), 230.1.
Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, ch. N-4, art. 155.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 18, 18.1, 18.4(1), 18.5, 50.
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 3(2), 16.
Loi sur l'inamovibilité des juges militaires, L.C. 2011, ch. 22, art. 2.
Loi visant à renforcer la justice militaire pour la défense du Canada, L.C. 2013, ch. 24.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC), art. 2.07, 4.02, 4.091, 15.01, 15.17.

Strengthening Military Justice in the Defence of Canada Act, S.C. 2013, c. 24.

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) vol. II – Discipline, art. 107.03, 110.08, 112.05(3)b), 112.14(6).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 302(1),(2).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65; *Ref. re Remuneration of Judges of Prov. Court of PEI*; *Ref. re Independence & Impartiality of Judges of Prov. Court of PEI*; *R. v. Campbell*; *R. v. Ekmecic*; *R. v. Wickman*; *Manitoba Prov. Judges Assn. v. Manitoba (Min. of Justice)*, [1998] 1 S.C.R. 3; *Lukacs v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 202.

DISTINGUISHED:

Canada (Military Prosecutions) v. Canada (Chief Military Judge), 2007 FCA 390; *Société des Acadiens v. Association of Parents*, [1986] 1 S.C.R. 549.

CONSIDERED:

R. v. Pett, 2020 CM 4002 (CanLII); *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. D'Amico*, 2020 CM 2002 (CanLII); *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Dutil*, 2019 CM 3002 (CanLII); *R. v. Tremblay* (1985), 41 Sask. R. 49, 1985 CanLII 2711 (Q.B.).

REFERRED TO:

Northwestern Utilities Ltd. and al. v. Edmonton, [1979] 1 S.C.R. 684; *R. v. Thibeault*, 2014 CM 3022 (CanLII); *R. v. Stillman*, 2019 SCC 40; *R. v. Leblanc*, 2011 CMAC 2; *R. v. Master-Corporal G.C. Steeves and ex-Private K.M. Temple*, 2007 CM 3021 (CanLII); *R. v. Edmunds*, 2018 CMAC 2; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22; *R. v. Thiele*, 2016 CM 4015 (CanLII); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, [1993] F.C.J. No. 1098 (QL) (C.A.); *Turp v. Canada (Foreign Affairs)*, 2018 FC 12; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, 1995 CanLII 57; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Rushnell v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 199, [2001] F.C.J. No. 366 (QL); *Forsyth v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCT 643, [2003] 1 F.C. 96; *Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, 1993 CanLII 137; *Elitis Pharma inc. c. RX Job inc.*, 2012 QCCA 1348; *Canada (Citizenship and*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour prov. de l'ÎPÉ*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour prov. de l'ÎPÉ*; *R. c. Campbell*; *R. c. Ekmecic*; *R. c. Wickman*; *Manitoba Prov. Judges Assn. c. Manitoba (Justice)*, [1998] 1 R.C.S. 3; *Lukacs c. Canada (Office des transports)*, 2016 CAF 202.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Canada (Directrice des poursuites militaires) c. Canada (Juge militaire en chef), 2007 CAF 390; *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. c. Pett, 2020 CM 4002 (CanLII); *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. v. D'Amico*, 2020 CM 2002 (CanLII); *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Dutil*, 2019 CM 3002 (CanLII); *R. v. Tremblay* (1985), 41 Sask. R. 49, 1985 CanLII 2711 (B.R.).

DÉCISIONS CITÉES :

Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Edmonton, [1979] 1 R.C.S. 684; *R. c. Thibeault*, 2014 CM 3022 (CanLII); *R. c. Stillman*, 2019 CSC 40; *R. c. Leblanc*, 2011 CACM 2; *R. c. Caporal-chef G.C. Steeves et Ex-Soldat K.M. Temple*, 2007 CM 3021 (CanLII); *R. c. Edmunds*, 2018 CACM 2; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *R. c. Thiele*, 2016 CM 4015 (CanLII); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742, [1993] A.C.F. n° 1098 (QL) (C.A.); *Turp c. Canada (Affaires étrangères)*, 2018 CF 12; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, 1995 CanLII 57; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Rushnell c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 199, [2001] A.C.F. n° 366 (QL); *Forsyth c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 643, [2003] 1 C.F. 96; *Kourtesis c. M.R.N.*, 1993 CanLII 137, [1993] 2 R.C.S. 53; *Elitis Pharma inc. c. RX Job inc.*, 2012 QCCA 1348; *Canada (Citoyenneté*

Immigration) v. *Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, 1988 CanLII 3; *El-Alloul v. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCA 1611; *Girouard v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 1282, [2020] 2 F.C.R. 199; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, 1999 CanLII 684; *R. v. Tomczyk*, 2012 CMAC 4; *Canada v. Bannister*, 2019 CMAC 2; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259; *Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis Canada Inc.*, 2008 FCA 394; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, 1979 CanLII 18; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, 1976 CanLII 2; *Bilodeau-Massé v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 604, [2018] 1 F.C.R. 386; *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, 1998 CanLII 818; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, 1995 CanLII 57; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31.

et Immigration) c. *Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, 1988 CanLII 3; *El-Alloul c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCA 1611; *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 1282, [2020] 2 R.C.F. 199; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, 1999 CanLII 684; *R. c. Tomczyk*, 2012 CACM 4; *Canada c. Bannister*, 2019 CACM 2; *Wewaykum Indian Band c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259; *Apotex Inc. c. Sanofi-Aventis Canada Inc.*, 2008 FCA 394; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, 1979 CanLII 18; *Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, 1976 CanLII 2; *Bilodeau-Massé c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 604, [2018] 1 R.C.F. 386; *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, 1998 CanLII 818; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, 1995 CanLII 57; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31.

AUTHORS CITED

Canada. National Defence. *Personal Relationship and Fraternalization*, DAOD 5019-1, July 11, 2014.
Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*, 2004.
Deschamps, Marie. *External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces*, March 27, 2015.
DMP Policy Directive # 016/17. *Appointment of Special Prosecutors*, 12 April 2017, updated 15 December 2017.
Laskin, Bora. *The British Tradition in Canadian Law*, London: Stevens, 1969.
MacDonald, R. A. “The Trail of Discipline: The Historical Roots of Canadian Military Law” (1985), 1 *JAG Journal* 1.
Zhou, Han-Ru. “*Erga Omnes* or *Inter Partes*? The Legal Effects of Federal Courts’ Constitutional Judgments” (2019), 97 *Can. B. Rev.* 275.

APPLICATION for judicial review of a decision (*R. v. Dutil*, 2019 CM 3003 (CanLII)) adjourning respondent Colonel Dutil’s trial in June 2019 following the Deputy Chief Military Judge’s recusal without a military judge being appointed by the Deputy Chief Military Judge. Application dismissed.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Défense nationale. *Relations personnelles et fraternisation*, DOAD 5019-1, 11 juillet 2014.
Conseil Canadien de la magistrature. *Principes de Déontologie Judiciaire*, 2004.
Deschamps, Marie. *Examen externe sur l’inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes*, 27 mars 2015.
Directive du DPM n° 016/17. *Nomination de procureurs spéciaux*, 12 avril 2017, mise à jour 15 décembre 2017.
Laskin, Bora. *The British Tradition in Canadian Law*, London : Stevens, 1969.
McDonald, R.A. « The Trail of Discipline : The Historical Roots of Canadian Military Law » (1985), 1 *Rev. JAG* 1.
Zhou, Han-Ru. « *Erga Omnes* or *Inter Partes*? The Legal Effects of Federal Courts’ Constitutional Judgments » (2019), 97 *R. du B. can.* 275.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision (*R. c. Dutil*, 2019 CM 3003 (CanLII)) ajournant le procès du défendeur le colonel Dutil en juin 2019 à la suite de la récusation du juge militaire en chef adjoint sans toutefois qu’aucun juge militaire n’ait été désigné par le juge militaire en chef adjoint. Demande rejetée.

APPEARANCES

Bernard Letarte, Vincent Veilleux and Pavol Janura for applicant.
Guy J. Pratte and Geneviève Fauteux for respondent Deputy Chief Military Judge.
Philippe-Luc Boutin for respondent Colonel Mario Dutil.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Borden, Ladner, Gervais LLP, Ottawa, for respondent Deputy Chief Military Judge.
Philippe-Luc Boutin, Dolbeau-Mistassini, Québec, for respondent Colonel Mario Dutil.

The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by

MARTINEAU J.:

I. Introduction

[1] This is an unprecedented situation that has been plaguing the military justice system for some time in the Canadian Forces (Forces). The case has caused quite a stir as the accused is in no way *quidam*: Colonel Mario Dutil, Chief Military Judge, was cited for a Standing Court Martial (the Court Martial). He must defend himself against fraud and false statement charges in an official document, as well as behaviour prejudicial to good order or discipline because he allegedly had a personal relationship with a non-commissioned officer, in this case, a court reporter who was apparently under his command (the charges).

[2] The charges were common knowledge and made headlines. The same day they were laid, on January 25, 2018, Commodore Geneviève Bernatchez (Judge Advocate General) issued a public release reaffirming the equality of each and every one before the law. However, Colonel Dutil's trial was adjourned on June 17, 2019, following Lieutenant-Colonel Louis-Vincent d'Auteuil's recusal (Deputy Chief Military Judge) (*R. v. Dutil*, 2019 CM 3003 (CanLII) (the

ONT COMPARU :

Bernard Letarte, Vincent Veilleux et Pavol Janura pour le demandeur.
Guy J. Pratte et Geneviève Fauteux pour le défendeur le juge militaire en chef adjoint.
Philippe-Luc Boutin pour le défendeur le colonel Mario Dutil.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada pour le demandeur.
Borden, Ladner, Gervais, S.E.N.C.L., S.R.L., Ottawa, pour le défendeur le juge militaire en chef adjoint.
Philippe-Luc Boutin, Dolbeau-Mistassini, Québec, pour le défendeur le colonel Mario Dutil.

Voici les motifs du jugement et du jugement rendus en français par

LE JUGE MARTINEAU :

I. Introduction

[1] C'est une situation sans précédent qui perturbe depuis quelque temps déjà l'administration de la justice militaire dans les Forces canadiennes (Forces). L'affaire fait grand bruit car l'accusé n'est pas n'importe quel *quidam* : le colonel Mario Dutil, juge militaire en chef, a été cité à une cour martiale permanente (la Cour martiale). Il doit se défendre d'accusations de fraude et de fausse déclaration dans un document officiel, et également, de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline parce qu'il aurait eu une relation personnelle avec un sous-officier, en l'occurrence une sténographe judiciaire qui aurait été sous son commandement (les accusations).

[2] Les accusations sont de notoriété publique et ont fait la manchette. Le jour même où celles-ci ont été portées, le 25 janvier 2018, la commodore Geneviève Bernatchez (juge-avocat général) a émis un communiqué public réaffirmant l'égalité de tous et chacun devant la loi. Toutefois, le procès du colonel Dutil a été ajourné le 17 juin 2019 à la suite de la récusation du lieutenant-colonel Louis-Vincent d'Auteuil (le juge militaire en chef adjoint) (*R. c. Dutil*,

recusal decision)). But no military judge was appointed by the Deputy Chief Military Judge for the reasons set out in the June 17, 2019, letter he filed in the Court Martial file (the non-assignment decision), giving rise to this application for judicial review.

[3] The legality and reasonableness of the recusal decision are not at issue today. In this case, this applicant, the Director of Military Prosecutions, is seeking a writ of *mandamus* to force the Deputy Chief Military Judge, in his capacity as designate judge, with the jurisdiction to allocate set out in section 165.25 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 (NDA), to assign a military judge from among the other eligible military judges to preside at the Court Martial. Alternatively, the applicant is also seeking a writ of *certiorari* for the purposes of setting aside the non-assignment decision (the impugned decision).

[4] In this file, the Attorney General of Canada is protecting the applicant's interests, if not those of the Judge Advocate General and Defence Staff, who were also involved in the decision to lay charges against the Chief Military Judge. Be that as it may, it is highly irregular, and most unusual, that the federal board was unilaterally named as the respondent in the notice of application for judicial review, and forced to defend itself, without the applicant having obtained prior leave of this Court (subsections 303(1) and (2) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106; *Northwestern Utilities Ltd. and al. v. Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at pages 709–710).

[5] At the start of the hearing on October 15, 2019, and after hearing the oral submissions from counsel, the Court thus added Colonel Dutil as a respondent, which resulted in an adjournment of a few weeks. The case was heard on the merits on November 27, 28 and 29, 2019. On February 3, 2020, during the Court deliberations, the parties brought to its attention the decision handed down on January 10, 2020, in *R. v. Pett*, 2020 CM 4002 (CanLII) (*Pett*), and were able to submit additional

2019 CM 3003 (CanLII) (la décision de récusation)). Mais aucun juge militaire n'a été désigné par le juge militaire en chef adjoint pour les motifs énoncés dans la lettre du 17 juin 2019 qu'il a déposée au dossier de la Cour martiale (la décision de non-désignation), d'où la présente demande de contrôle judiciaire.

[3] La légalité et la raisonabilité de la décision de récusation ne sont pas en cause aujourd'hui. En l'espèce, le présent demandeur, le directeur des poursuites militaires, recherche l'émission d'un bref de *mandamus* pour forcer le juge militaire en chef adjoint, en sa qualité de juge délégué, investi du pouvoir d'attribution prévu à l'article 165.25 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 (LDN), de désigner un juge militaire parmi les autres juges militaires éligibles pour présider la Cour martiale. Subsidiairement, le demandeur recherche également l'émission d'un bref de *certiorari* aux fins de casser la décision de non-désignation (la décision contestée).

[4] Dans le présent dossier, le procureur général du Canada défend les intérêts du demandeur, voire ceux du juge-avocat général et de l'état-major de la défense, qui ont également été impliqués dans la décision de porter les accusations contre le juge militaire en chef. Il n'empêche, il est hautement irrégulier, et pour le moins inusité, que l'office fédéral ait été désigné unilatéralement comme défendeur dans l'avis de demande de contrôle judiciaire, et soit forcé de se défendre lui-même, sans que le demandeur ait obtenu préalablement l'autorisation de cette Cour (paragraphe 303(1) et (2) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106; *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, aux pages 709–710).

[5] À l'ouverture de l'audition le 15 octobre 2019, et après avoir entendu les représentations orales des procureurs, la Cour a donc ajouté le colonel Dutil à titre de défendeur, ce qui a entraîné un ajournement de quelques semaines. L'affaire a été entendue au mérite les 27, 28 et 29 novembre 2019. Le 3 février 2020, durant le délibéré de la Cour, les parties ont porté à son attention la décision rendue le 10 janvier 2020 dans *R. c. Pett*, 2020 CM 4002 (CanLII) (*Pett*), et ont pu soumettre des

representations regarding the relevance and impact of this decision, which is currently subject to an appeal by the accused (Docket CMAC-603 [*Master Corporal K.G. Pett v. Her Majesty the Queen*]).

[6] This application for judicial review is dismissed for the reasons that follow.

II. Issue

[7] Colonel Dutil is entitled to be tried within a reasonable time in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal (paragraphs 11(b) and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter)).

[8] However, herein lies the problem: is there a military judge who can be assigned today by the Deputy Chief Military Judge to preside at the Court Martial without a reasonable apprehension of bias yet again arising?

[9] Furthermore, the Court Martial is governed by the provisions of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985, c. 31 (OLA). Given that Colonel Dutil opted for his proceedings to be in French, the decision maker should moreover understand French without the assistance of an interpreter (paragraph 16(1)(b) of the OLA; *R. v. Thibeault*, 2014 CM 3022 (CanLII)).

[10] Yet, there are indeed three potential candidates from among the current contingent of military judges who are Regular Force officers (section 165.21 of the NDA): commanders Martin Pelletier (appointed military judge on April 10, 2014), Sandra Sukstorf (appointed on February 17, 2017) and Julie Deschênes (appointed on May 23, 2019) (the other eligible military judges). Yet none were assigned by the Deputy Chief Military Judge, for the reasons set out in the impugned decision of June 17, 2019, which must be read in conjunction with the recusal decision.

représentations additionnelles concernant la pertinence et l'impact de cette dernière décision qui fait présentement l'objet d'un appel par l'accusé (dossier CMAC-603 [*Master Corporal K.G. Pett v. Her Majesty the Queen*]).

[6] La présente demande de contrôle judiciaire est rejetée pour les motifs qui suivent.

II. La problématique

[7] Le colonel Dutil a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable devant un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès juste et équitable (alinéas 11b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (Charte)).

[8] Mais voici le problème : y a-t-il un juge militaire qui puisse, aujourd'hui, être désigné par le juge militaire en chef adjoint pour présider la Cour martiale sans que ne se soulève, encore une fois, une crainte raisonnable de partialité?

[9] Qui plus est, la Cour martiale est régie par les dispositions de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 (LLO). Le colonel Dutil ayant opté pour un procès en français, le décideur devra par ailleurs comprendre le français sans l'aide d'un interprète (alinéa 16(1)b) de la LLO; *R. c. Thibeault*, 2014 CM 3022 (CanLII)).

[10] Tant sans faute, il y a bien trois candidats potentiels parmi le contingent actuel de juges militaires qui sont des officiers de la force régulière (article 165.21 de la LDN) : les capitaines de frégate Martin Pelletier (nommé juge militaire le 10 avril 2014), Sandra Sukstorf (nommée le 17 février 2017) et Julie Deschênes (nommée le 23 mai 2019) (les autres juges militaires éligibles). Mais aucun n'a été désigné par le juge militaire en chef adjoint, et ce, pour les motifs contenus dans la décision contestée du 17 juin 2019, laquelle doit être lue en conjonction avec la décision de récusation.

III. General legal framework: the distinctiveness of military law

[11] First, so as to allow a better understanding of the issues and respective positions of the parties, it seems necessary to insist on the contextual aspects—legal and factual—that are specific and unique to this case, at the risk of prolonging the current reasons. However, it must be clear that, in addressing the specific problem of the complex questions arising around the impugned decision, this Court is in no way suggesting that it interfere in the role played by the Court Martial as a trier of facts and merits, nor interfere in the applicant exercising discretion regarding charges and military prosecutions.

A. *Code of Service Discipline*

[12] As the Supreme Court recently noted, the military justice system has gone from a disciplinary model centred around a command that provides poor procedural safeguards for a parallel justice system greatly similar to the penal justice system (*R. v. Stillman*, 2019 SCC 40, 436 D.L.R. (4th) 193 (*Stillman*), at paragraph 53; for a detailed history, see R. A. McDonald, “The Trail of Discipline: The Historical Roots of Canadian Military Law” (1985), 1 *JAG Journal* 1, at pages 1–28).

[13] In effect, the purpose of the Code of Service Discipline (Part III of the NDA) is to maintain discipline, efficiency and morale of the military (*R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485 (*Moriarity*), at paragraph 46). Section 130 of the NDA “creates an offence under the Code of Service Discipline” of violations of federal laws, including the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (*Moriarity*, at paragraph 7).

[14] Nonetheless, the Code of Service Discipline establishes a hybrid system. All officers and service members subject to the Code of Service Discipline are subject, in the case of committing service offences or offences punishable by ordinary law integrated in the Code of Service Discipline (section 130 of the NDA), to various sentences ranging in decreasing severity from

III. Le cadre juridique général : le particularisme du droit militaire

[11] Dans un premier temps, de façon à permettre une meilleure compréhension des enjeux et des positions respectives des parties, il nous apparaît nécessaire d’insister sur les aspects contextuels — juridiques et factuels — qui sont particuliers et uniques dans le présent dossier, au risque d’allonger les présents motifs. Il doit cependant être clair qu’en abordant la problématique particulière des questions complexes se soulevant en périphérie de la décision contestée, la présente Cour n’entend d’aucune manière s’immiscer dans le rôle que joue la Cour martiale en tant que juge des faits et juge du fond, ni interférer dans l’exercice de la discrétion que possède le demandeur en matière d’accusations et de poursuites militaires.

A. *Code de discipline militaire*

[12] Comme le rappelait récemment la Cour suprême, le système de justice militaire 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 pénale (*R. c. Stillman*, 2019 CSC 40, au paragraphe 53; pour un historique détaillé, voir R. A. McDonald, « The Trail of Discipline : The Historical Roots of Canadian Military Law » (1985), 1 *Rev. JAG* 1, aux pages 1 à 28).

[13] De fait, le Code de discipline militaire (la partie III de la LDN) a pour objectif de maintenir la discipline, l’efficacité et le moral des forces armées (*R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485 (*Moriarity*), au paragraphe 46). L’article 130 de la LDN « érige en infractions visées par le code de discipline militaire » les infractions aux lois fédérales, dont le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (*Moriarity*, au paragraphe 7).

[14] Il n’empêche, le Code de discipline militaire établit un système hybride. Tous les officiers et les militaires du rang justiciables du Code de discipline militaire sont passibles, en cas de la perpétration des infractions d’ordre militaire ou de droit commun intégrées au Code de discipline militaire (article 130 de la LDN), de peines diverses allant en ordre décroissant de l’emprisonnement

imprisonment for life, imprisonment for two years or more, dismissal with disgrace from Her Majesty's service, imprisonment for less than two years, dismissal from Her Majesty's service, detention, reduction in rank, forfeiture of seniority, severe reprimand, reprimand, fine and minor punishments—the appropriate authority has the power to impose on the offender less punishment than the maximum punishment set out in the Code of Service Discipline (sections 139–146 of the NDA).

[15] The NDA is silent about the application or non-application of the Code of Service Discipline to a military judge—including the Chief Military Judge and the Deputy Chief Military Judge. Nevertheless, at the time of their appointment, the persons appointed for this purpose must be officers (in addition to being members of a provincial bar), and serving legal officers while performing their judicial duties. It was thus recently decided that military judges are subject to the Code of Service Discipline similar to any officer or non-commissioned member described in subsection 60(1) of the NDA (*Pett*, at paragraphs 14–15). Moreover, under section 165.231 of the NDA, a military judge has the same immunity from liability as a judge of a superior court of criminal jurisdiction. However, a military judge is not immune from liability under the Code of Service Discipline in relation to what he or she says and does outside the performance of their judicial duties (*Pett*, at paragraphs 71–72).

[16] At first glance, there is nothing stopping Colonel Dutil from being charged, dealt with and tried before the Court Martial in respect of any service offence he may have allegedly committed while performing his duties as a military judge or Chief Military Judge, even after ceasing to be a Regular Force officer after the offence was committed (subsection 60(2) of the NDA; *Pett*, at paragraph 21).

[17] Since the prosecution abandoned certain charges at the beginning of the trial, Colonel Dutil must now face charges of fraud and false statement in an official document as well, conduct to the prejudice of good order and discipline. The fraud charges are, in particular, connected to the *Criminal Code* and section 130 of the NDA, and therefore, not exclusive to the military justice

à perpétuité, à l'emprisonnement de deux ans ou plus, à la destitution ignominieuse du service de sa Majesté, à l'emprisonnement de moins de deux ans, à la destitution du service de sa Majesté, à la détention, à la rétrogradation, à la perte de l'ancienneté, au blâme, à la réprimande, à l'amende et à des peines mineures — l'autorité compétente ayant le pouvoir d'imposer à l'auteur de l'infraction une peine moindre à la peine maximale prévue au Code de discipline militaire (articles 139 à 146 de la LDN).

[15] La LDN est silencieuse quant à l'application ou la non-application du Code de discipline militaire à un juge militaire — incluant le juge militaire en chef et le juge militaire en chef adjoint. Néanmoins, les personnes nommées à cette charge doivent être des officiers au moment de leur nomination (en plus d'être des avocats au barreau d'une province), et ils demeurent des officiers durant l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Il a donc été décidé récemment que les juges militaires sont justiciables du Code de discipline militaire à l'instar de tout officier ou militaire du rang visé au paragraphe 60(1) de la LDN (*Pett*, aux paragraphes 14–15). Au demeurant, en vertu de l'article 165.231 de la LDN, les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une Cour supérieure de juridiction criminelle. Toutefois, cette immunité ne vise pas un acte étranger à l'exercice des fonctions judiciaires en question, ni la perpétration d'une infraction au Code de discipline militaire (*Pett*, aux paragraphes 71–72).

[16] À première vue, rien n'empêche donc que le colonel Dutil puisse être accusé, poursuivi et jugé devant la Cour martiale pour toute infraction d'ordre militaire qu'il aurait pu commettre alors qu'il exerçait les fonctions de juge militaire ou de juge militaire en chef, et ce, même s'il pourrait cesser, depuis que l'infraction a été commise, d'être un officier de la force régulière (paragraphe 60(2) de la LDN; *Pett*, au paragraphe 21).

[17] Suite à l'abandon par la poursuite à l'ouverture du procès de certains chefs d'accusation, le colonel Dutil doit donc aujourd'hui faire face à des accusations de fraude et de fausse déclaration dans un document officiel, d'une part, et de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline, d'autre part. Les accusations de fraude se rattachent notamment au *Code criminel* et à l'article 130

system. Conversely, the charge of conduct to the prejudice of good order and discipline (section 129 of the NDA) is unique to the Code of Service Discipline and relates to an offence of a specific order, directive DAOD [Defence Administrative Orders and Directives] 5019-1 [*Personal Relationship and Fraternalization*], because Colonel Dutil allegedly had a personal relationship with a non-commissioned officer, in this case a court reporter who was apparently under his command.

[18] In this case, if Colonel Dutil was found guilty by the Court Martial, as a maximum sentence, he risks imprisonment, not counting his dismissal with disgrace from her Majesty's service. Therefore, in a context in which the Court Martial deals with an issue that is disciplinary in nature having serious consequences with respect to the freedom and career of the accused in the Forces, and that the presumption of innocence plays a central role in the issue to be decided, namely, whether or not Colonel Dutil is guilty, the issue of impartiality of the military judge assigned to preside at Colonel Dutil's Court Martial must naturally be treated with the same rigour as a judge of a superior court of criminal jurisdiction (recusal decision, at paragraph 58; *R. v. Leblanc*, 2011 CMAC 2, 281 C.C.C. (3d) 451).

B. Directive DAOD 5019-1

[19] In the civilian world, there is nothing that prevents two work colleagues—consenting adults—from entering into a romantic relationship and pursuing it outside the workplace. They do not require anyone's permission. Such a relationship is not at all criminal in and of itself. However, in the army, there are certain nuances because a personal relationship—defined as an emotional, romantic, sexual or family relationship—must not have an adverse effect on “the security, cohesion, discipline or morale of a unit” (emphasis added) [at paragraph 5.1].

[20] A symbolic value of the entire army, unit cohesion (“esprit de corps”) embodies this unique fraternity—transcending hierarchical levels—which ensures that members accomplish their mission, especially in combat or high-stress situations. The issue of consent has

de la LDN et ne sont donc pas exclusives au système de justice militaire. À l'opposé, l'accusation de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline (article 129 de la LDN) est unique au Code de discipline militaire et se rattache à une infraction à un ordre précis, ici la directive DOAD [Directives et ordonnances administratives de la défense] 5019-1 [*Relations personnelles et fraternisation*], parce que le colonel Dutil aurait eu une relation personnelle avec un sous-officier, en l'occurrence une sténographe judiciaire qui aurait été sous son commandement.

[18] En l'espèce, si le colonel Dutil est déclaré coupable par la Cour martiale, comme peine maximale, il risque l'emprisonnement, sans compter sa destitution ignominieuse du service de Sa Majesté. Dans un contexte donc où la Cour martiale traite d'une question de nature disciplinaire aux conséquences sérieuses sur le plan de la liberté et de la carrière dans les Forces de l'accusé, et que la présomption d'innocence joue un rôle central dans la question à être tranchée, soit la culpabilité ou non du colonel Dutil, la question de l'impartialité du juge militaire désigné pour présider la Cour martiale du colonel Dutil doit naturellement être traitée avec la même rigueur qu'un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle (décision de récusation, au paragraphe 58; *R. c. Leblanc*, 2011 CACM 2).

B. Directive DOAD 5019-1

[19] Dans le monde civil, rien n'empêche deux collègues de travail — des adultes consentants — de commencer une relation amoureuse et de la poursuivre à l'extérieur des lieux de travail. Ils n'ont aucune permission à demander à quiconque. Avoir une telle relation n'a rien de criminel en soi. Mais dans l'armée, des nuances s'imposent car une relation personnelle — définie comme une relation affective, romantique, sexuelle ou familiale — ne doit pas nuire « à la sécurité, à la cohésion, à la discipline ou au moral d'une unité » (je souligne) [au paragraphe 5.1].

[20] Valeur emblématique de toute armée, l'esprit de corps (« *unit cohesion* ») est cette fraternité unique — transcendant les niveaux hiérarchiques — qui assure la cohésion de l'unité et permet aux militaires d'accomplir leur mission, particulièrement en situation de combat ou

nothing to do with it: even consensual, a romantic relationship can have an adverse effect on unit cohesion. (See Chapter 5019-1 of the Defence Administrative Orders and Directives (DAOD) – *Personal Relationships and Fraternalization* (directive DAOD 5019-1); see also Marie Deschamps, *External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces*, March 27, 2015, at pages 41–42).

[21] It follows that CAF [Canadian Armed Forces] members must notify their chain of command of any personal relationship that could compromise the objectives of directive DAOD 5019-1. On an administrative level, CAF members who are known to be, or have declared themselves to be involved, in a personal relationship must normally not be posted to the same unit. A CAF member in a personal relationship with another CAF member, shall not be involved, regardless of rank or authority, in the other person's performance assessment, postings, duties or scheduling for duties. Administrative action must also be taken to separate CAF members who are involved in such a relationship (directive DAOD 5019-1).

[22] Note that the main purpose of subsection 129(2) of the NDA is to give effect to regulations made by civilian authorities concerning “the organization, training, discipline, efficiency, administration and good government of the Canadian Forces” (section 12 of the NDA), and to enforce all orders and instructions issued by the Chief of Defence Staff that are required to give effect to the decisions and to carry out the directions of the Government of Canada or the Minister of National Defence (Minister), as mentioned in subsection 18(2) of the NDA (*R. v. Master-Corporal G.C. Steeves and ex-Private K.M. Temple*, 2007 CM 3021 (CanLII), at paragraph 12). Consequently, any member who does not comply with directive DAOD 5019-1 may be charged with an offence and contraventions prejudicial to good order and discipline (paragraph 129(2)(b) of the NDA).

[23] In this case, the Office of the Chief Military Judge is indeed a “unit” of the Forces as determined by the Chief of the Defence Staff (section 17 of the NDA; articles 2.07 and 4.091 of the *Queen's Regulations and Orders* (QR&O) for

de grand stress. La question de consentement n'a rien à voir : même consensuelle, une relation amoureuse peut nuire à la cohésion de l'unité. (Voir le chapitre 5019-1 des Directives et ordonnances administratives de la défense (DOAD) — *Relations personnelles et fraternisation* (directive DOAD 5019-1); voir aussi Marie Deschamps, *Examen externe sur l'inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes*, 27 mars 2015, aux pages 41–42).

[21] Il s'ensuit que les militaires doivent aviser leur chaîne de commandement de toute relation personnelle pouvant nuire aux objectifs de la directive DOAD 5019-1. Sur le plan administratif, les militaires dont on sait qu'ils entretiennent une relation personnelle, ou qu'ils l'ont révélée, ne doivent normalement être affectés à la même unité. Le militaire qui a une relation personnelle avec un autre militaire ne doit pas, peu importe son grade ou ses fonctions, intervenir dans la vie professionnelle de cette personne, notamment dans les évaluations de rendement, des affectations, les fonctions et horaires de travail. On doit également prendre des mesures administratives pour éloigner les militaires engagés dans une telle relation (directive DOAD 5019-1).

[22] Rappelons que l'objet principal du paragraphe 129(2) de la LDN est de donner effet aux règlements pris par les autorités civiles concernant « l'organisation, l'instruction, la discipline, l'efficacité et la bonne administration des Forces canadiennes » (article 12 de la LDN), et de faire exécuter tous les ordres et directives émanant du chef d'état-major de la défense pour donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du ministre de la Défense (ministre), comme il est indiqué au paragraphe 18(2) de la LDN (*R. c. Caporal-chef G.C. Steeves et Ex-Soldat K.M. Temple*, 2007 CM 3021 (CanLII), au paragraphe 12). En conséquence, tout militaire qui ne respecte pas la directive DOAD 5019-1 peut être accusé de comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline (l'alinéa 129(2)b) de la LDN).

[23] Dans le cas qui nous occupe, le Cabinet du juge militaire en chef est bel et bien une « unité » des Forces tel que déterminé par le chef d'état-major de la défense (article 17 de la LDN; articles 2.07 et 4.091 des *Ordonnances*

the Canadian Forces (QR&O). Directive DAOD 5019-1 therefore applies to this unit. However, under chapter 4 [articles 4.01–4.61] of the QR&O, an officer shall report to the proper authority any infringement of the pertinent statutes, regulations, rules and instructions governing the conduct of any person subject to the Code of Service Discipline when the officer cannot deal adequately with the matter (article 4.02). We will see later on that this is what happened in this case in summer 2015, following intervention by the former legal adviser of the Office of the Chief Military Judge.

C. Court martial prosecution and convening

[24] Following investigation by military police, charges can be brought against a person subject to the Code of Service Discipline under the NDA in a Record of Disciplinary Proceedings (RDP). The RDP is the military law equivalent of an information in the criminal law context (see *R. v. Edmunds*, 2018 CMAC 2, at paragraph 2). Moreover, note that a legal opinion from a legal officer (and therefore falling under the Judge Advocate General) is required prior to laying a charge against a military judge (subsection 164(1.3) of the NDA; article 107.03 of the QR&O [Vol. II – Disciplinary]; *Pett*, at paragraph 31).

[25] Non-compliance with an order or directive falls under the discretion of the commanding officer and immediate supervisors, as this is, first and foremost, a disciplinary matter. However, after the charges are laid in the RDP, they are referred to an officer who is a commanding officer in respect of the accused person (section 161.1 of the NDA). The commanding officer then decides whether it is worth pursuing the charges, which can be dealt with summarily by a senior commander or, if applicable, referred to the Director of Military Prosecutions. In many cases, the CAF member accused of conduct to the prejudice of good order and discipline will be swiftly tried and punished by their commanding officer, i.e., a senior commander. However, the situation is not as simple in cases involving personnel from the Office of the Chief Military Judge, for the following reasons.

et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) (ORFC). La directive DOAD 5019-1 s'applique donc à cette unité. Or, en vertu du chapitre 4 [articles 4.01–4.61] des ORFC, tout officier doit signaler aux autorités compétentes toute infraction aux lois, aux règlements, règles et directives pertinentes qui régissent la conduite de toute personne justiciable du Code de discipline militaire, quand il ne peut lui-même régler la question de façon satisfaisante (article 4.02). Nous verrons plus loin que c'est ce qui est arrivé en l'espèce durant l'été 2015 suite à l'intervention de l'ancienne conseillère juridique du Cabinet du juge militaire en chef.

C. La poursuite et la convocation d'une cour martiale

[24] Suivant enquête de la police militaire, des accusations contre un justiciable du Code de discipline militaire peuvent être formulées en vertu de la LDN dans un procès-verbal de procédure disciplinaire (PVPD). Le PVPD est l'équivalent en droit militaire d'une dénonciation (voir *R. c. Edmunds*, 2018 CACM 2, au paragraphe 2). Notons par ailleurs qu'un avis juridique d'un avocat militaire (et donc relevant du juge-avocat général) est nécessaire avant de porter une accusation contre un juge militaire (paragraphe 164(1.3) de la LDN; article 107.03 des ORFC [vol. II – Discipline]; *Pett*, au paragraphe 31).

[25] Le non-respect d'un ordre ou d'une directive relève des pouvoirs du commandant et des supérieurs hiérarchiques, car c'est avant tout une matière disciplinaire. Une fois, donc, que les accusations ont été consignées dans le PVPD, celles-ci sont déferées au commandant de l'accusé (article 161.1 de la LDN). Le commandant décide alors s'il y a lieu d'aller plus loin avec les accusations, qui peuvent être traitées par voie sommaire par un commandant supérieur, ou référées, le cas échéant, au directeur des poursuites militaires. Dans beaucoup de cas, le militaire ayant eu un comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline sera promptement jugé et puni par son commandant, voire un commandant supérieur. Mais la situation n'est pas aussi simple dans le cas des effectifs du Cabinet du juge militaire en chef. Voici pourquoi.

[26] The Chief Military Judge holds a rank that is not less than colonel (subsection 165.24(2) of the NDA). However, although the Chief Military Judge has the powers and jurisdiction of an officer commanding a command with respect to the Office of the Chief Military Judge, the Chief Military Judge shall not exercise the powers or jurisdiction of a commanding officer or an officer commanding a command in respect of any disciplinary matter or a grievance (article 4.091 of the QR&O). The Chief Military Judge can therefore not discipline an officer or non-commissioned member (which includes a non-commissioned officer) in their unit who has committed an offence under the Code of Service Discipline. The disciplinary powers in question are instead vested to the officer who is appointed from time to time to the position of commanding officer at the Forces Base (Ottawa, Gatineau), with respect to any disciplinary matter regarding an officer, except for a military judge, or a non-commissioned member employed by the Office of the Chief Military Judge (paragraph 1c) of the order dated October 2, 2019 from General J.H. Vance, Chief of the Defence Staff (order dated October 2, 2019)). In the event that a non-commissioned member of the Office of the Chief Military Judge has a prejudicial personal relationship, immediate action must be taken by the commanding officer against the two individuals in question. However, what happens when a military judge is involved?

[27] First, subsection 164(1.3) of the NDA expressly states that a superior commander may not try a military judge by summary trial, such that it is up to the Chief of the Defence Staff himself or herself, or even the officer commanding a command set out in subsection 18(1) of the NDA (the referral authority) to defer the charges to the Director of Military Prosecutions (section 164.2 of the NDA). The referral authority makes recommendations that he or she considers appropriate (subsection 164.2(1) of the NDA). Under the order dated October 2, 2019, the Deputy Vice Chief of the Defence Staff and the Vice Chief of the Defence Staff can respectively exercise the powers and qualifications of a commanding officer and a senior commander in respect of any disciplinary case against a military judge employed by the Office of the Chief Military Judge.

[26] Le juge militaire en chef détient au moins le grade de colonel (paragraphe 165.24(2) de la LDN). Or, bien que le juge militaire en chef possède les pouvoirs et la compétence d'un officier commandant en ce qui concerne le Cabinet du juge militaire en chef, il ne peut cependant exercer ni les pouvoirs ni la compétence d'un commandant ou d'un officier commandant un commandement en ce qui a trait à toute question disciplinaire ou pouvant faire l'objet d'un grief (article 4.091 des ORFC). Le juge militaire en chef ne peut donc pas discipliner un officier ou un militaire du rang (ce qui inclut un sous-officier) de son unité qui a commis une infraction au Code de discipline militaire. Les pouvoirs disciplinaires en question sont plutôt dévolus à l'officier qui est nommé de temps à autre au poste de commandant de base des Forces (Ottawa, Gatineau), et ce, en ce qui concerne toute affaire disciplinaire à l'égard d'un officier, autre qu'un juge militaire, ou d'un militaire du rang, qui figure à l'effectif du Cabinet du juge militaire en chef (paragraphe 1c) de l'ordre du 2 octobre 2019 du général J.H. Vance, chef d'état-major de la défense (ordre du 2 octobre 2019)). Dans le cas où un militaire du rang du Cabinet du juge militaire en chef a une relation personnelle préjudiciable, des actions immédiates peuvent être prises par le commandant contre les deux individus en question. Mais qu'en est-il lorsque c'est un juge militaire qui est impliqué?

[27] Premièrement, le paragraphe 164(1.3) de la LDN prévoit expressément que le commandant supérieur ne peut juger sommairement un juge militaire, de sorte qu'il appartient au chef de l'état-major de la défense lui-même, ou bien à l'officier commandant un commandement désigné en vertu du paragraphe 18(1) de la LDN (l'autorité de renvoi) de déférer les accusations au directeur des poursuites militaires (article 164.2 de la LDN). L'autorité de renvoi formule les recommandations qu'elle juge pertinentes (paragraphe 164.2(1) de la LDN). En vertu de l'ordre du 2 octobre 2019, le vice-chef d'état-major adjoint de la défense et au vice-chef d'état-major de la défense peuvent exercer respectivement les pouvoirs et compétences d'un commandant et d'un commandant supérieur en ce qui concerne toute affaire disciplinaire à l'égard d'un juge militaire qui figure à l'effectif du cabinet du juge militaire en chef.

[28] Second, when charges are referred by the referral authority to the Director of Military Prosecutions, they are responsible for determining whether or not the charges must be brought before a court martial (*Pett*, at paragraph 25). In this case, the latter cannot try a person without a formal charge. A charge is preferred when the charge sheet in respect of the charge is signed by the Director of Military Prosecutions, or an officer authorized by the Director of Military Prosecutions to do so, and filed with the Court Martial Administrator (section 165 of the NDA).

[29] Third, two types of courts martial exist: the General Court Martial and the Standing Court Martial. Both may try any person who is liable to be charged, dealt with and tried on a charge of having committed a service offence (sections 166 and 173 of the NDA). However, courts martial are unique in that they are formed and dissolved for each case. Therefore, there is no court martial provided that the Court Martial Administrator has not convened a General Court Martial or a Standing Court Martial (sections 165.19 and 165.192 of the NDA; *Pett*, at paragraphs 33–35). That said, the administrator performs their duties under the direction of the Chief Military Judge or the military judge to whom they delegated their powers (subsection 165.191(3) and section 165.27 of the NDA).

[30] Fourth, the Court Martial Administrator appoints the members of a General Court Martial (subsection 165.191(1) of the NDA). That said, the Chief Military Judge or their delegate (other than a military judge from the reserve force) assigns a military judge to preside at courts martial (general or standing) and entrusts them to perform the other judicial duties under the Act (sections 165.25 and 165.26 of the NDA). In addition, it goes without saying that the Chief Military Judge or their delegate must step back from any external interference regarding questions directly concerning the judicial duties of courts martial, including assigning military judges.

[31] Fifth, legal officers from the Office of the Judge Advocate General and Office of the Director of Military Prosecutions are called upon daily to process files that can result in a court martial and to represent the prosecution, where applicable. However, under the terms of DMP

[28] Deuxièmement, lorsque des accusations ont été référées par l'autorité de renvoi au directeur des poursuites militaires, il lui appartient de déterminer si des accusations doivent être ou non portées devant une cour martiale (*Pett*, au paragraphe 25). En l'espèce, cette dernière ne peut juger une personne sans une accusation formelle. La mise en accusation est prononcée lorsqu'est déposé auprès de l'administrateur de la cour martiale un acte d'accusation signé par le directeur des poursuites militaires ou un officier dûment autorisé par lui à le faire (article 165 de la LDN).

[29] Troisièmement, il existe deux types de cour martiale : la cour martiale générale et la cour martiale permanente. Toutes deux ont compétence en matière d'infractions d'ordre militaire imputées à toute personne justiciable du code de discipline militaire (articles 166 et 173 de la LDN). Or, les cours martiales ont ceci d'unique qu'elles sont formées et dissoutes pour chaque instance. Il n'y a donc pas de cour martiale tant que l'administrateur de la cour martiale n'a pas convoqué une cour martiale générale ou une cour martiale permanente (articles 165.19 et 165.192 de la LDN; *Pett*, aux paragraphes 33–35). Cela dit, l'administrateur exerce ses fonctions sous la direction du juge militaire en chef ou du juge militaire à qu'il a délégué ses pouvoirs (paragraphe 165.191(3) et article 165.27 de la LDN).

[30] Quatrièmement, c'est l'administrateur de la cour martiale qui nomme les membres d'une cour martiale générale (paragraphe 165.191(1) de la LDN). Cela dit, c'est le juge militaire en chef ou son délégué (autre qu'un juge militaire de la force de réserve), qui désigne un juge militaire pour chaque cour martiale (générale ou permanente) et lui confie les autres fonctions judiciaires prévues dans la loi (articles 165.25 et 165.26 de la LDN). Et, il va de soi que le juge militaire en chef ou son délégué doivent demeurer à l'abri de toute ingérence extérieure relativement aux questions qui concernent directement la fonction judiciaire des cours martiales, incluant la désignation des juges militaires.

[31] Cinquièmement, les avocats militaires du Cabinet du juge-avocat général et du bureau du directeur des poursuites militaires sont appelés quotidiennement à traiter de dossiers pouvant se rendre en cour martiale et à représenter la poursuite le cas échéant. Toutefois, aux

[Director of Military Prosecutors] Policy Directive # 016/17 [*Appointment of Special Prosecutors*], when there is a risk of a conflict of interest, either apparent or real, in terms of prosecution that could undermine public trust in the administration of military justice, a special prosecutor must be appointed. Nevertheless, appointing a special prosecutor does nothing to change the legislated situation, such that only the Director of Military Prosecutions is granted the authority to decide who is brought before a court martial and on what charges (*Pett*, at paragraph 27).

[32] Lastly, it is necessary to make an aside on the role of Judge Advocate General that Judge Pelletier described in *Pett* as “all encompassing” (*Pett*, at paragraph 29). Under subsection 9.1(2) of the NDA, the Judge Advocate General—who holds a rank that is not less than brigadier-general (section 9.4 of the NDA)—has the superintendence of the administration of military justice in the Canadian Forces. For all practical purposes, the Judge Advocate General acts as legal adviser to the Governor General, the Minister, the Department and the Canadian Forces in matters relating to military law, even though it is understood that this is not in derogation of the authority of the Minister of Justice and Attorney General of Canada (sections 9.1 and 10.1 of the NDA). That said, the Director of Military Prosecutions acts under the general supervision of the Judge Advocate General (subsection 165.17(1) of the NDA).

D. Independence of the Office of the Chief Military Judge

[33] It is also 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 (*R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259 (*Généreux*), at paragraphs 83, 98). The issue of independence of courts martial and military judges is a complex issue which has generated much debate since 1992, and which still exists in 2020: public trust, and especially that of military personnel, in the military justice system is based on, among other things, the independence of the Office of the Chief Military Judge.

termes de la Directive du DPM [Directeur des poursuites militaires] n° 016/17 [*Nomination de procureurs spéciaux*], lorsqu’il y a un risque de conflit d’intérêts, apparent ou réel, en matière de poursuite qui pourrait ébranler la confiance du public envers l’administration de la justice militaire, un procureur spécial doit être désigné. Il n’empêche, la désignation d’un procureur spécial ne change en rien la situation législative à l’effet que seul le directeur des poursuites militaires a l’autorité légale de déposer des accusations en cour martiale (*Pett*, au paragraphe 27).

[32] Enfin, il est nécessaire de faire un aparté sur le rôle du juge-avocat général que le juge Pelletier a décrit dans la décision *Pett* comme étant « *all encompassing* » (*Pett*, au paragraphe 29). En vertu du paragraphe 9.1(2) de la LDN, le juge-avocat général — qui détient au moins le grade de brigadier-général (article 9.4 de la LDN) — exerce son autorité sur tout ce qui touche l’administration de la justice militaire au sein des Forces. À toutes fins pratiques, le juge-avocat général agit à titre de conseiller juridique du gouverneur général, du ministre et du ministère de la Défense, et des Forces pour les questions militaires, même s’il est entendu que ceci ne modifie en rien les attributions du ministre de la Justice et du procureur général du Canada (articles 9.1 et 10.1 de la LDN). Cela dit, le directeur des poursuites militaires exerce ses fonctions sous la direction générale du juge-avocat général (paragraphe 165.17(1) de la LDN).

D. Indépendance du Cabinet du juge militaire en chef

[33] Il faut également 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 (*R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 (*Généreux*), aux paragraphes 83, 98). La question de l’indépendance des cours martiales et des juges militaires est une question épineuse qui a donc fait couler beaucoup d’encre depuis 1992, et qui est toujours d’actualité en 2020 : la confiance du public, et plus particulièrement celle des militaires, envers le système de justice militaire repose, entre autres choses, sur l’indépendance du Cabinet du juge militaire en chef.

[34] Prior to *Généreux*, the Judge Advocate General had full authority to assign the judge advocate who would preside at a court martial from among their personnel, all the while knowing that the individual would return to their duties under their direction once the trial was completed. In spite of the concerns regarding judicial independence raised in *Généreux*, it was not until 2011 that military judges “held office during good behaviour” until the age of retirement (from 1998 to 2011, military judges held office “during good behaviour” for a five-year term, renewable on the recommendation of an Inquiry Committee established under regulations made by the Governor in Council) (section 2 of the *Security of Tenure of Military Judges Act*, S.C. 2011, c. 22). In practice, unless they are “removed” in accordance with the procedure set out in the Act, military judges hold office until the age of 60 years, unless they resign in the interim (subsections 165.21(3), (4) and (5) of the NDA).

[35] Since the 2013 reform (*Strengthening Military Justice in the Defence of Canada Act*, S.C. 2013, c. 24), there are now two types of military judge: (1) a military judge who is an officer in the Regular Force (subsection 165.21(1) of the NDA); and (2) a military judge who is an officer in the Reserve Force (subsection 165.22(1) of the NDA). However, in the latter case, there are currently no names on the Reserve Force Military Judges Panel.

[36] As with civilian judges, the conduct of military judges may be subject to a complaint before an independent executive judicial body and the Chief of the Defence Staff. In particular, “having been guilty of misconduct” “*manquement à l’honneur et à la dignité*”, “having being placed ... in a position incompatible with the due execution of his or her judicial duties” (“*un manquement aux devoirs de la charge du juge militaire, [ou encore] une situation d’incompatibilité*”), may constitute separate grounds rendering the military judge—including the Chief Military Judge—incapacitated or disabled from the due execution of his or her duties (subparagraphs 165.32(7)(a)(ii), (iii) and (iv) of the NDA).

[37] Although the passing of an Act is not necessary to remove a military judge, as is the case for a federal or provincial civilian judge, the Military Judges Inquiry

[34] Avant l’arrêt *Généreux*, le juge-avocat général avait pleine autorité pour désigner le juge-avocat qui siègerait sur une cour martiale parmi ses effectifs, tout en sachant que ce dernier retournerait à ses tâches sous sa direction une fois le procès complété. Malgré les craintes quant à l’indépendance judiciaire soulevées dans l’arrêt *Généreux*, il aura fallu attendre 2011 pour que les juges militaires soient nommés à « titre inamovible » jusqu’à l’âge de la retraite (les juges militaires étant entre 1998 et 2011 nommés à « titre inamovible » pour un mandat de cinq ans renouvelable sur recommandation d’un comité d’examen établi par règlement du gouverneur en conseil) (article 2 de la *Loi sur l’inamovibilité des juges militaires*, L.C. 2011, ch. 22). En pratique, sauf s’ils sont « révoqués » conformément à la procédure prévue dans la loi, les juges militaires demeurent en fonction jusqu’à l’âge de 60 ans, à moins qu’ils ne démissionnent entre-temps (paragraphe 165.21(3), (4) et (5) de la LDN).

[35] On compte aujourd’hui, depuis la réforme de 2013 (*Loi visant à renforcer la justice militaire pour la défense du Canada*, L.C. 2013, ch. 24), deux types de juge militaire : 1) le juge militaire ayant le grade d’officier dans la force régulière (paragraphe 165.21(1) de la LDN); et 2) le juge militaire ayant le grade d’officier dans la force de réserve (paragraphe 165.22(1) de la LDN). Cependant, dans le second cas, aucun nom se retrouve actuellement sur le tableau des juges militaires de la force de réserve.

[36] À l’instar des juges civils, la conduite des juges militaires peut faire l’objet d’une plainte devant un organisme judiciaire indépendant du pouvoir exécutif et de l’état-major de la défense. En particulier, un « manquement à l’honneur et à la dignité » (« *having been guilty of misconduct* »), un manquement aux devoirs de la charge du juge militaire, ou encore une « situation d’incompatibilité » (« *having being placed [...] in a position incompatible with the due execution of his or her judicial duties* »), peuvent constituer autant de motif distincts rendant le juge militaire — incluant le juge militaire en chef — inapte à remplir ses fonctions judiciaires (soulignées 165.32(7)a)(ii), (iii) et (iv) de la LDN).

[37] Bien que l’adoption d’une loi n’est pas nécessaire pour destituer un juge militaire comme c’est le cas pour un juge civil de nomination fédérale ou provinciale, le

Committee may recommend to the Governor in Council that the military judge be removed (subsection 165.32(7) of the NDA), or to remove the name of a reserve force military judge from the panel (subsection 165.221(1) of the NDA). In such cases, the inquiry committee is comprised of three judges of the Court Martial Appeal Court (CMAC), including one chair, appointed by his or her Chief Justice (subsection 165.31(1)). The Inquiry Committee investigates in the following cases: (1) if the Minister of Defence (Minister) so asks (subsection 165.32(1) of the NDA); or (2) if he decides to commence an inquiry following a complaint or charge from a person other than the Minister (subsection 165.32(2) of the NDA). In the second case, the chair of the inquiry committee may designate one of the members to examine the complaint or charge, and to recommend whether the Committee commences the inquiry.

[38] As can be seen above, the existence of an independent inquiry system of the conduct of military judges is such that it strengthens the institutional independence of the Office of the Chief Military Judge. That was also the main reason invoked in January 2020 by the court martial in *Pett*, for refusing to order a stay of the proceedings of a non-commissioned member who contested the impartiality and independence of the military judges on the grounds that they, themselves, could be cited for a court martial (*Pett*, at paragraphs 89–102 and 145–149).

[39] In this case, the accused filed a notice of appeal against that decision on February 12, 2020. Yet why must we therefore refer to *Pett*?

[40] The reason is that, in the decision handed down by Judge Pelletier in *Pett*, based on the powers vested in the Court Martial under section 179 of the NDA, it was also determined that the order dated October 2, 2019, by General J.H. Vance, Chief of the Defence Staff, that allows the Deputy Vice Chief of the Defence Staff and the Vice Chief of the Defence Staff to respectively exercise the powers and qualifications of a commanding officer and a senior commander, is inoperative in respect of any disciplinary case against a military judge employed by the Office of the Chief Military Judge. It should be noted, in passing, that the October 2, 2019, order is an update

comité d'enquête sur les juges militaires peut recommander au gouverneur en conseil de révoquer la nomination d'un juge militaire (paragraphe 165.32(7) de la LDN), ou de retirer le nom d'un juge militaire de la force de réserve du tableau (paragraphe 165.221(1) de la LDN). En pareil cas, le comité d'enquête est formé de trois juges de la Cour d'appel de la cour martiale (CACM) dont un président, nommés par son juge en chef (paragraphe 165.31(1)). Le comité d'enquête fait enquête dans les cas suivants : 1) si le ministre de la Défense [ministre] le lui demande (paragraphe 165.32(1) de la LDN); ou 2) s'il décide de procéder à une enquête suivant une plainte ou une accusation d'une personne autre que le ministre (paragraphe 165.32(2) de la LDN). Dans le second cas, le président du comité d'enquête peut charger un des membres d'examiner la plainte ou l'accusation, et de recommander au comité de procéder ou non à l'enquête.

[38] Comme on peut le constater plus haut, l'existence d'un système indépendant d'enquête de la conduite des juges militaires est de nature à renforcer l'indépendance institutionnelle du Cabinet du juge militaire en chef. C'est d'ailleurs la raison principale ayant été invoquée en janvier 2020 par la cour martiale dans l'affaire *Pett* pour refuser d'ordonner un arrêt de la poursuite d'un militaire du rang qui contestait l'impartialité et l'indépendance des juges militaires au motif qu'ils pouvaient eux-mêmes être cités en cour martiale (*Pett*, aux paragraphes 89–102 et 145–149).

[39] En l'espèce, l'accusé a déposé le 12 février 2020 un avis d'appel à l'encontre de cette décision. Mais pourquoi donc faut-il ici parler de la décision *Pett*?

[40] C'est que dans la décision rendue par le juge Pelletier dans l'affaire *Pett*, s'appuyant sur les pouvoirs qui sont conférés à la Cour martiale en vertu de l'article 179 de la LDN, il a également été statué que l'ordre du 2 octobre 2019 du général J.H. Vance, chef d'état-major de la défense, qui permet au vice-chef d'état-major adjoint de la défense et au vice-chef d'état-major de la défense d'exercer respectivement les pouvoirs et compétences d'un commandant et d'un commandant supérieur, est inopérant en ce qui concerne toute affaire disciplinaire à l'égard d'un juge militaire qui figure à l'effectif du cabinet du juge militaire en chef. Rappelons au passage que l'ordonnance du

to the order issued on January 19, 2018, a few days before the charges laid against Colonel Dutil were referred to the Director of Military Prosecutions. In that case, Judge Pelletier found that the orders in question violate the judicial independence of military judges and raise reasonable apprehension of bias of the fact that, while they were on exercise, they could be brought before a court martial following charges authorized by a member of the military hierarchy, even if the NDA outlines an independent mechanism for complaints and removal of military judges through an inquiry committee comprised of three CMAC judges (*Pett*, at paragraphs 43, 47, 48, 59, 60–62, 100, 102, 110, 116, 128, 131–133, 144 and 145–149).

[41] A few weeks after the decision of Judge Pelletier, Judge Sukstorf had to decide the same question in the case *R. v. D'Amico*, 2020 CM 2002 (CanLII) (*D'Amico*). While raising certain issues regarding the applicability of the *Criminal Code* to military judges when they are outside Canada, Judge Sukstorf essentially concludes, like Judge Pelletier, that the order of October 2, 2019 infringes protected rights of an accused under paragraph 11(d) of the Charter and encroaches on the jurisdiction of the Inquiry Committee (*D'Amico*, at paragraphs 40, 41, 53, 56–64, 78–80). In doing so, Judge Sukstorf, by virtue of the powers conferred on a Court Martial in section 179 of the NDA, declares of no force or effect the order of October 2, 2019, while refusing to order a stay of the proceedings because there is an independent investigative mechanism for military judges.

[42] An independent monitoring regime indeed exists for the conduct of military judges. It remains to be determined whether a broad scope should be given to the violations mentioned in subsection 165.32(7) of the NDA, and whether, where applicable, they should include behaviour in violation of the Code of Service Discipline, which Judge Pelletier seems to suggest. At first glance, and without expressing a final opinion on the topic, to the extent that the inquiry committee can actually investigate the non-compliance by a military judge of a standard governing their conduct as a Forces officer, this avenue needs to be explored and seems to comply with the judicial independence of the Office of the Chief

2 octobre 2019 est une mise à jour de l'ordonnance émise le 19 janvier 2018, quelques jours avant que les accusations portées contre le colonel Dutil soient référées au directeur des poursuites militaires. En l'espèce, le juge Pelletier conclut que les ordres en question enfreignent l'indépendance judiciaire des juges militaires et soulèvent une crainte raisonnable de partialité du fait que pendant qu'ils sont en exercice, ils peuvent être traduits devant une cour martiale à la suite d'accusations autorisées par un membre de la hiérarchie militaire, et ce, même si la LDN prévoit un mécanisme indépendant de plainte et de destitution des juges militaires à travers un comité d'enquête formé de trois juges de la CACM (*Pett*, aux paragraphes 43, 47, 48, 59, 60–62, 100, 102, 110, 116, 128, 131–133, 144 et 145–149).

[41] Quelques semaines suivant la décision du juge Pelletier, la juge Sukstorf a dû trancher la même question dans l'affaire *R. v. D'Amico*, 2020 CM 2002 (CanLII) (*D'Amico*). Tout en soulevant certaines problématiques quant à l'applicabilité du *Code criminel* aux juges militaires lorsqu'ils sont à l'extérieur du Canada, la juge Sukstorf conclut essentiellement, au même titre que le juge Pelletier, que l'ordre du 2 octobre 2019 porte atteinte aux droits protégés d'un accusé en vertu de l'alinéa 11d) de la Charte et empiète sur la compétence du Comité d'enquête (*D'Amico*, aux paragraphes 40, 41, 53, 56–64, 78–80). Ce faisant, la juge Sukstorf, en vertu des pouvoirs attribués à une Cour martiale à l'article 179 de la LDN, déclare inopérant l'ordre du 2 octobre 2019, tout en refusant d'ordonner un arrêt de la poursuite parce qu'il existe un mécanisme indépendant d'enquête des juges militaires.

[42] Il existe bel et bien déjà un régime indépendant de surveillance de la conduite des juges militaires. Reste à savoir s'il faut donner une portée large aux manquements mentionnés au paragraphe 165.32(7) de la LDN, et si ceux-ci peuvent inclure, le cas échéant, un comportement contraire au Code de discipline militaire, ce que le juge Pelletier semble suggérer. À première vue, et sans exprimer une opinion finale sur le sujet, dans la mesure où le comité d'enquête peut effectivement enquêter sur le non-respect par un juge militaire d'une norme régissant sa conduite en tant qu'officier des Forces, c'est une avenue à explorer et qui semble respecter l'indépendance judiciaire du Cabinet du juge militaire en chef. Il

Military Judge. The fact remains that a minor offence that would justify a commanding officer disciplining a non-commissioned member or officer is certainly not serious enough in and of itself to justify a recommendation to remove a military judge. As we can see, *Pett* and *D'Amico* considerably complicates the flow of proceedings in this file and appears, at first glance, to be an obstacle to continuing Colonel Dutil's trial before the Court Martial, as long as the issue of the legality of the orders dated January 19, 2018, and October 2, 2019, are not resolved in final form by the Court Martial Appeal Court or another court of jurisdiction.

IV. Factual background: chronology and proceedings

[43] What is also exceptional in this case is the amount of extrinsic evidence—known as contextual evidence (*Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297, at paragraph 20)—entered in the record before this Court by the parties. The recusal decision, including the *voir dire* before the Court Martial, all the proceedings preliminary to the preferring of charges against respondent Dutil—including the Record of Disciplinary Proceedings and the letter of application for referral to a court martial—the recordings, and all the records of the coordination conferences and pre-trial conferences (where the reasons for recusal and the charges in issue are discussed in great detail by counsel and the presiding judge) are part of the record of the Federal Court.

A. *History*

[44] Since he was called to the Quebec Bar in 1983, respondent Dutil already has a long and impressive track record in the Forces. In 1984, he started out as a legal officer in the Office of the Judge Advocate General. He was then successively employed as a deputy judge advocate, at the director level within the Office of the Judge Advocate General and the Office of the Department of National Defence/Canadian Forces Legal Advisor, and a senior counsel, before being appointed a military judge on January 10, 2001, and Chief Military Judge on June 2, 2006.

n'en demeure pas moins qu'une infraction mineure qui justifierait qu'un militaire du rang ou un officier soit discipliné par son commandant n'est sans doute pas assez grave en soi pour justifier une recommandation de révocation visant un juge militaire. Comme on peut le voir, les décisions *Pett* et *D'Amico* viennent compliquer considérablement la suite des procédures dans ce dossier et semblent, à première vue, constituer un obstacle à la continuation du procès du colonel Dutil devant la Cour martiale, tant que la question de la légalité des ordres du 19 janvier 2018 et du 2 octobre 2019 n'aura pas été résolue de façon finale par la Cour d'appel de la cour martiale ou un autre cour compétente.

IV. Mise en contexte factuelle : chronologie et procédures

[43] Ce qui est également exceptionnel dans le présent dossier, c'est bien l'ampleur de la preuve extrinsèque — dite de contexte (*Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22, au paragraphe 20) — produite au dossier de cette Cour par les parties. La décision de récusation, incluant le voir-dire devant la Cour martiale, toutes les procédures préliminaires à la mise en accusation formelle du défendeur Dutil — incluant le procès-verbal de procédure disciplinaire et la lettre de demande de renvoi en cour martiale —, les enregistrements, tous les procès-verbaux des conférences de coordination et des conférences préparatoires (où les motifs de récusation et les accusations en cause sont discutés dans le menu détail par les procureurs et le juge président) — font partie du dossier de la Cour fédérale.

A. *Genèse*

[44] Ayant été admis au Barreau du Québec en 1983, le défendeur Dutil a déjà une belle et longue fiche de route dans les Forces. Ayant débuté en 1984 comme avocat militaire au sein du Cabinet du juge-avocat général, il a successivement agi comme juge-avocat adjoint, directeur au sein du Cabinet du juge-avocat général et du Cabinet du conseiller juridique du ministère de la Défense nationale, et avocat-conseil, avant d'être nommé juge militaire le 10 janvier 2001, puis juge militaire en chef, le 2 juin 2006.

[45] The offences alleged against Colonel Dutil took place in 2014 and 2015. But another three years passed before the Chief Military Judge was charged, in January 2018, with violating the Code of Service Discipline. Even though Colonel Dutil chose, in the meantime, to remain in office and not to resign, these charges had the practical effect of preventing him, until now, from acting as Chief Military Judge, from presiding at a court martial, and from performing other judicial duties (all these duties were, in the interim, delegated to the Deputy Chief Military Judge). The fact remains that, by operation of law, Colonel Dutil will automatically cease to hold office as a military judge on March 20, 2020, the date of his sixtieth birthday (subsection 165.21(4) of the NDA and article 15.17 of the QR&O). No extension of military service beyond that age was requested or granted by the Chief of Defence Staff. Colonel Dutil will be released from the Forces according to the normal procedure on the date of his birthday in accordance with subsection 5(a), service completed—retirement age, from the table in article 15.01 of the QR&O.

[46] However, this retirement will not nullify the present charges in the Court Martial. There is nothing to limit the sentence that may be imposed under subsection 139(1) of the NDA in respect of a retired member of the Forces who was subject to the Code of Service Discipline at the time of the commission of the offense. If the dismissal with disgrace sentence from Her Majesty's service were to be imposed, the reason for release from paragraph 5(a), service completed—retirement age, from the table in article 15.01 of the QR&O would be amended for paragraph 1(a), misconduct—sentenced to dismissal, from the table of the same article. Not only is a dismissal with disgrace an indelible stain in the file of the accused convicted of an offense leading to imprisonment (section 140.1 of the NDA), but it goes without saying that it will irreparably jeopardize his future chances of employment in the army or elsewhere, not to mention the fact that he will no longer be able to use the rank title with the mention “retired”. Similarly, reduction in rank could affect the accused's retirement pension (section 140.2 of the NDA). As we can see, even if Colonel Dutil will leave the Forces on March 20 to retire, the present case is not moot.

[45] Les infractions reprochées au colonel Dutil remontent à 2014 et 2015. Mais trois ans de plus vont s'écouler avant que le juge militaire en chef ne soit accusé, en janvier 2018, d'avoir violé le Code de discipline militaire. Si le colonel Dutil a choisi dans l'intervalle de demeurer en poste et de ne pas démissionner, ces accusations, ont eu l'effet pratique de l'empêcher jusqu'à aujourd'hui d'agir comme juge militaire en chef et de présider une cour martiale et d'exercer d'autres fonctions judiciaires (toutes ces fonctions ont été déléguées entre-temps au juge militaire en chef adjoint). Il n'empêche, le 20 mars 2020, par l'effet de la Loi, le colonel Dutil cessera automatiquement d'occuper sa charge de juge militaire, soit à la date anniversaire de ses soixante ans (paragraphe 165.21(4) de la LDN et article 15.17 des ORFC). Aucune extension du service militaire au-delà de cet âge n'a été demandée ni octroyée par le chef d'état-major de la défense. Le colonel Dutil sera libéré des Forces suivant la procédure normale prévue à la date de son anniversaire en conformité avec le paragraphe 5(a), service terminé — âge de la retraite, du tableau de l'article 15.01 des ORFC.

[46] Cette retraite ne rendra toutefois pas caduque les présentes accusations en Cour martiale. En effet, rien ne limite la peine pouvant être prononcée en vertu du paragraphe 139(1) de la LDN à l'égard d'un membre retraité des Forces qui était assujéti au Code de discipline militaire au moment de la commission de l'infraction. Si la peine de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté devait être prononcée, le motif de libération sous le paragraphe 5(a), service terminé — âge de la retraite, du tableau de l'article 15.01 des ORFC serait amendé pour le paragraphe 1(a), inconduite — condamné à la destitution, du tableau du même article. Non seulement une destitution ignominieuse constitue une tare indélébile dans le dossier de l'accusé reconnu coupable d'une infraction menant à l'emprisonnement (article 140.1 de la LDN), mais il va de soi que cela compromettra irrémédiablement ses chances futures d'emploi dans l'armée ou ailleurs, sans compter le fait qu'il ne pourra plus utiliser le titre du grade avec la mention « retraité ». De même, la rétrogradation pourrait affecter la pension de retraite de l'accusé. (article 140.2 de la LDN). Comme on peut le voir, même si le colonel Dutil quittera les Forces le 20 mars prochain pour prendre sa retraite, la présente affaire n'a rien d'académique.

[47] According to the summary of facts in the recusal decision, Warrant Officer Annie Dorval (A.D. on the preferred charge sheet) joined the Office of the Chief Military Judge in the fall of 2013. She became a certified court reporter in March 2014. As explained by Colonel Dutil at the *voir dire*, in December 2014, he informed the Court Martial Administrator, Simone Morrissey, of his relationship with Warrant Officer Dorval (*voir dire* transcript, at page 74). In addition, he informed Judge d'Auteuil of the relationship in January 2015. That month, Warrant Officer Dorval went on sick leave and she was absent from the Office of the Chief Military Judge on an ongoing basis until her transfer to the Joint Personnel Support Unit, which at the time was meant to help members of the military make the career transition to civilian life and the civilian workforce. She was released from the Forces in February 2016 (paragraph 9 of the recusal decision).

[48] For his part, before becoming a military judge, Judge Deschênes was a legal adviser at the Office of the Chief Military Judge from July 2012 to July 2015, so at the time of the Chief Military Judge's alleged personal relationship with Warrant Officer Dorval. During that period, Judge Deschênes was called upon, on a daily basis, to advise the Court Martial Administrator, Ms. Morrissey, on all legal matters. She also personally witnessed the events related to the charges (paragraph 37 of the recusal decision; pages 118–120 of the *voir dire* transcripts).

[49] What is more, in November 2019, at the hearing of this application for judicial review, counsel for respondent Dutil informed this Court that Judge Deschênes communicated directly with the military police regarding the case before the Court martial. This communication took place on June 21, 2019, a month after she became a military judge. The disclosure document in question (document 60# 2105 23542) was entered by consent but with the following caveat from counsel for the applicant: it cannot be used to determine the reasonableness of the impugned decision. Nonetheless, in our view, this evidence is relevant to understanding the

[47] Si l'on se rapporte au résumé des faits que l'on retrouve dans la décision de récusation, l'adjudant Annie Dorval (A.D. dans l'acte d'accusation formel) se serait jointe au Cabinet du juge militaire en chef à l'automne 2013. Elle aurait été certifiée dans son métier de sténographe judiciaire en mars 2014. Tel que l'a expliqué le colonel Dutil lors du voir-dire, en décembre 2014, il a rapporté à l'administratrice de la cour martiale, M^{me} Simone Morrissey, la relation qu'il avait avec l'adjudant Dorval (transcription du voir-dire à la page 74). D'autre part, il a informé le juge d'Auteuil de cette même relation en janvier 2015. À compter du mois de janvier 2015, l'adjudant Dorval aurait été en congé de maladie et absente du Cabinet du juge militaire en chef de manière continue jusqu'à son transfert d'unité avec l'Unité interarmées de soutien du personnel, qui était à l'époque une unité assurant la transition de carrière des militaires vers la vie et le marché du travail civil. Elle a été libérée des Forces en février 2016 (paragraphe 9 de la décision de récusation).

[48] De son côté, la juge Deschênes a occupé avant son accession à la magistrature militaire le poste de conseillère juridique au Cabinet du juge militaire en chef du mois de juillet 2012 au mois de juillet 2015, donc, à l'époque où le juge militaire en chef aurait entretenu une relation personnelle avec l'adjudant Dorval. Durant cette période, la juge Deschênes était appelée, au quotidien, à conseiller l'administratrice de la cour martiale, M^{me} Morrissey, sur toute question juridique. En plus, la juge Deschênes a été personnellement témoin des événements relatifs aux accusations (paragraphe 37 de la décision de récusation aux pages 118 à 120 des transcriptions du voir-dire).

[49] Qui plus est, cette Cour a été informée en novembre 2019 par le procureur du défendeur Dutil lors de l'audience de la présente demande de contrôle judiciaire, que la juge Deschênes a directement communiqué au sujet de la cause devant la Cour martiale avec la police militaire. Cette communication a eu lieu le 21 juin 2019 — soit un mois après son accession à la magistrature militaire. Le document de divulgation en question (document 60# 2105 23542) a été produit de consentement, mais avec la réserve des procureurs du demandeur qu'il ne peut pas être utilisé pour déterminer la raisonnablement de la décision contestée. Il n'empêche, cette preuve nous

course of events, and it should be considered also with respect to the remedies and the exercise of the Court's discretion.

[50] As reported in the narrative and the emails that the prosecution communicated to the defence on June 26, 2019, Judge Deschênes communicated directly with the military police to provide details about the specific facts reported by the Deputy Chief Military Judge at paragraph 37 of the recusal decision. Even though her involvement was apparently very limited, Judge Deschênes felt the need to disclose to the military police an email dated May 20, 2015, that she had addressed to herself when she was at the Office of the Chief Military Judge. In this email, she states that on May 9, 2015, she saw the Chief Military Judge with Warrant Officer Dorval in a pub in Chelsea, thus confirming the rumours already circulating at the Office of the Chief Military Judge about their personal relationship. The Chief Military Judge stared at her and reportedly gave her a [TRANSLATION] "dark" look that "shocked" her a lot.

[51] In fact, on May 12 or 13, 2015, Judge Deschênes reported the incident in question to the Court Martial Administrator. The latter supposedly reassured her by informing her that administrative action had already been taken to transfer Warrant Officer Dorval to Bagotville, which would create separation. In addition, Judge Deschênes mentions having also approached Judge Pelletier, on May 15, 2015, to discuss the situation. He apparently told her that there was insufficient evidence to establish wrongdoing.

[52] Lastly, Judge Deschênes mentions having herself also sought independent legal advice from a legal adviser she trusted. The latter apparently confirmed that there was insufficient evidence to conclude that an "offence" had been committed. Under the circumstances, Judge Deschênes felt that she had absolved herself of any obligation she may have as an officer under Chapter 4 [articles 4.01–4.61] of the QR&O (Volume I – Duties and Responsibilities of Officers). In July 2015,

apparaît pertinente pour comprendre la suite des faits, et il y a lieu d'en tenir compte également au niveau des remèdes et de l'exercice de la discrétion de la Cour.

[50] Tel qu'il est rapporté dans le narratif et les courriels que la poursuite a communiqués à la défense le 26 juin 2019, la juge Deschênes a directement communiqué avec la police militaire pour fournir des précisions au sujet des faits particuliers qui sont rapportés par le juge militaire en chef adjoint au paragraphe 37 de la décision de récusation. Bien que son implication aurait été très limitée, la juge Deschênes a néanmoins éprouvé le besoin de divulguer à la police militaire un courriel daté du 20 mai 2015, qu'elle s'était adressée à elle-même à l'époque où elle était au Cabinet du juge militaire en chef. La juge Deschênes rapporte dans ce courriel avoir vu, le 9 mai 2015, dans un pub à Chelsea, le juge militaire en chef en compagnie de l'adjudant Dorval — ce qui est venu confirmer les rumeurs qui circulaient déjà dans le cabinet du juge militaire en chef au sujet de leur relation personnelle. Le juge militaire en chef l'a fixé et lui aurait adressé un regard « sombre » qui l'a beaucoup « choquée ».

[51] De fait, le 12 ou 13 mai 2015, la juge Deschênes a rapporté l'incident en question à l'administratrice de la cour martiale. Cette dernière l'aurait rassurée en l'informant que des mesures administratives avaient déjà été prises pour que l'adjudant Dorval soit transférée à Bagotville, ce qui créerait une séparation. De plus, la juge Deschênes mentionne avoir également approché le juge Pelletier, le 15 mai 2015, pour discuter de la situation. Ce dernier lui aurait dit qu'il n'y avait pas assez de preuves pour conclure à l'existence d'un acte répréhensible (« *wrongdoing* »).

[52] Enfin, la juge Deschênes mentionne avoir elle-même également demandé un avis juridique indépendant à un conseiller juridique en qui elle avait confiance. À son tour, celui-ci lui aurait confirmé qu'il n'y avait pas assez de preuves pour conclure qu'une « infraction » avait été commise. Dans les circonstances, la juge Deschênes estimait qu'elle s'était déchargée de toute obligation qu'elle pouvait avoir à titre d'officier en vertu du chapitre 4 [articles 4.01 à 4.61] des ORFC (Volume 1 – Devoirs

Judge Deschênes was posted to the Directorate of Law/Military Personnel.

B. Ethics complaint against the Chief Military Judge

[53] It is an important aspect in the current file: at the outset, the Office of the Judge Advocate General favoured formulating an ethics complaint formally before the Inquiry Committee, rather than initiating charges in court martial proceedings. During the *voir dire*, the Court Martial Administrator testified before the Court Martial that she had been approached by Colonel Bruce J. Wakeham, Chief of Staff of the Judge Advocate General, in September 2015. He wished to obtain her collaboration, because he planned to make a complaint to the Inquiry Committee. She refused, it seems, because it was not her role in the circumstances (paragraph 10 of the recusal decision).

[54] On October 9, 2015, Colonel Wakeham filed a complaint with the Inquiry Committee (the ethics complaint). As Colonel Dutil confirmed during the *voir dire* of June 2019, the charges made against him today have the same factual basis as the ethics complaint with respect to the personal relationship he allegedly had in 2014 and 2015 with Warrant Officer Dorval (page 68 of the *voir dire* transcripts).

[55] The ethics complaint was not filed at the Court Martial, but the Deputy Chief Military Judge mentioned it in the recusal decision (paragraphs 10–13, 18 and 37 of the recusal decision). Indeed, during the *voir dire* of June 2019, Colonel Dutil identified Warrant Officer Dorval, retired Petty Officer 1st Class Smith and another person whom he identified, following the proceedings of the Special Prosecutor, as Judge Deschênes, as being the persons involved in the ethics complaint (*voir dire* transcript, at pages 87–88; recusal decision, at paragraph 37).

[56] The factual context surrounding the ethics complaint proves to be not only relevant to understand why

et responsabilités des officiers). En juillet 2015, la juge Deschênes a été mutée à la Direction juridique du personnel militaire.

B. Plainte déontologique contre le juge militaire en chef

[53] C'est un aspect important dans le présent dossier : au départ, le Cabinet du juge-avocat général a privilégié la formulation d'une plainte déontologique en bonne et due forme devant le comité d'enquête, plutôt que d'enclencher le processus disciplinaire menant à des accusations en cour martiale. Lors du *voir-dire*, l'administratrice de la cour martiale a témoigné devant la Cour martiale avoir été approchée par le colonel Bruce J. Wakeham, chef d'état-major du juge-avocat général, au mois de septembre 2015. Il voulait obtenir sa collaboration, car il comptait porter plainte au comité d'enquête. Elle a refusé, semble-t-il, parce que ce n'était pas son rôle dans les circonstances (paragraphe 10 de la décision de récusation).

[54] Le 9 octobre 2015, le colonel Wakeham a porté une plainte au comité d'enquête (la plainte déontologique). Tel que l'a confirmé le colonel Dutil lors du *voir-dire* de juin 2019, les accusations dont il fait aujourd'hui l'objet ont le même fondement factuel que la plainte déontologique en ce qui a trait à la relation personnelle qu'il aurait eue en 2014 et 2015 avec l'adjudant Dorval (page 68 des transcriptions du *voir-dire*).

[55] La plainte déontologique n'a pas été déposée à la Cour martiale, mais le juge militaire en chef adjoint en fait mention dans la décision de récusation (paragraphes 10 à 13, 18, 37 de la décision de récusation). De fait, lors du *voir-dire* de juin 2019, le colonel Dutil a identifié l'adjudant Dorval, la maître de 1^{re} classe à la retraite Smith et une autre personne, qu'il a, suite à l'instance du procureur spécial, identifiée comme étant la juge Deschênes, comme étant les personnes impliquées dans la plainte déontologique (transcription du *voir-dire* aux pages 87–88; décision de récusation, au paragraphe 37).

[56] Le contexte factuel entourant la plainte déontologique s'avère non seulement pertinent pour comprendre

the Deputy Chief Military Judge recused himself on June 17, 2019 (paragraphs 38, 55, 75, 84 and 94), but also, why he did not assign the other eligible military judges, particularly Judges Deschênes and Pelletier (paragraphs 11–15 of the non-assignment decision).

[57] It was on November 5, 2015, that Colonel Dutil learned of the existence of the ethics complaint during a pre-trial conference with the counsel involved in a court martial. The same day, he informed the military judges on duty of the existence of this complaint (Colonel Dutil's testimony during the *voir dire*, at page 74; Simone Morrissey's testimony during the *voir dire*, at page 54; paragraphs 11 and 12 of the recusal decision).

[58] According to Colonel Dutil's testimony, after the ethics complaint, his relations with Judge Pelletier gradually degenerated (*voir dire* transcript, at pages 105–108), to such a point that the Deputy Chief Military Judge concluded on June 17, 2019, that the prosecution had shown that there could be reasons that could justify a recusal request with respect to Judge Pelletier (paragraph 94 of the recusal decision; paragraph 12 of the non-assignment decision).

[59] Pursuant to subsection 165.32(3) of the NDA, Judge Jocelyne Gagné was designated by the Chairperson of the Inquiry Committee, Chief Justice B. Richard Bell, to review the ethics complaint and determine if an inquiry should be started. According to the news release of April 27, 2016, which was published on the CMAC website and a copy of which was given to the Court during the application for judicial review hearing, this complaint specifically concerned allegations of the breach of directive DAOD 5019-1.

[60] On February 29, 2016, the Chairperson of the Inquiry Committee advised Colonel Wakeham that no inquiry would be started and that the file would be closed following the acceptance by the Inquiry Committee of the recommendation of Judge Gagné. In the news release of April 27, 2016, it was mentioned that the ethics complaint was dismissed for the reason that it did not raise any cause for removal mentioned in subsection 165.32(7) of the NDA.

pourquoi le juge militaire en chef adjoint s'est récusé le 17 juin 2019 (paragraphes 38, 55, 75, 84 et 94), mais également, pourquoi il n'a pas désigné les autres juges militaires éligibles, notamment les juges Deschênes et Pelletier (paragraphes 11 à 15 de la décision de non-désignation).

[57] C'est le 5 novembre 2015 que le colonel Dutil a appris l'existence de la plainte déontologique lors d'une conférence préparatoire avec les avocats impliqués dans une cour martiale. Le jour même, il a informé les juges militaires en fonction de l'existence de cette plainte (témoignage du colonel Dutil lors du voir-dire, à la page 74; témoignage de Simone Morrissey lors du voir-dire, à la page 54; paragraphes 11 et 12 de la décision de récusation).

[58] Or, selon le témoignage du colonel Dutil, après la plainte déontologique, ses rapports avec le juge Pelletier se sont graduellement dégradés (transcription du voir-dire, aux pages 105–108), au point tel, que le juge militaire en chef adjoint a conclu le 17 juin 2019 que la poursuite a démontré qu'il pourrait y avoir des motifs pouvant justifier une demande de récusation à l'égard du juge Pelletier (paragraphe 94 de la décision de récusation; paragraphe 12 de la décision de non-désignation).

[59] Conformément au paragraphe 165.32(3) de la LDN, la juge Jocelyne Gagné a été désignée par le président du comité d'enquête, le juge en chef B. Richard Bell, afin d'examiner la plainte déontologique et de déterminer si une enquête devait être commencée. Selon le communiqué du 27 avril 2016, qui a été publié sur le site web de la CACM, et dont on a fourni copie à la Cour lors de l'audience de la demande de contrôle judiciaire, cette plainte concernait spécifiquement des allégations de violation de la directive DOAD 5019-1.

[60] Le 29 février 2016, le président du comité d'enquête a avisé le colonel Wakeham qu'aucune enquête ne serait commencée et que le dossier serait fermé suite à l'acceptation par le comité d'enquête de la recommandation de la juge Gagné. Dans le communiqué du 27 avril 2016, il est mentionné que la plainte déontologique a été rejetée au motif que celle-ci ne soulevait aucune cause de révocation mentionnée au paragraphe 165.32(7) de la LDN.

C. Record of disciplinary proceedings and application to refer charges to a court martial

[61] After the dismissal of the ethics complaint in February 2016, the military police continued its inquiry or took it up again (paragraph 17 of the recusal decision). It should be noted that the military police are under the command of the Canadian Forces Provost Marshall, who in turn acts under the general supervision of the Vice Chief of the Defence Staff (sections 18.3 and 18.5 of the NDA).

[62] To the charge of having conducted a personal relationship to the prejudice of good order and discipline (section 129 of the NDA), the military police gathered other evidence enabling them to lay charges of fraud (paragraph 117(a) of the NDA) and making a false statement in an official document (paragraph 125(a) of the NDA), as evidenced by the RDP dated January 25, 2018, prepared by an investigator from the Canadian Forces National Investigation Service. Thus, in September 2015, the Chief Military Judge allegedly unduly claimed travel expenses and defrauded the government of an amount of less than \$1 000 with respect to a claim that he reportedly made because of a temporary duty that he carried out as a military judge regarding a court martial that he presided at in August 2015. In this last case, Warrant Officer Dorval and retired Warrant Officer Michaud—a former court reporter with whom the accused had travelled—could be called as witnesses (see the RDP).

[63] Pursuant to an order dated January 19, 2018, the officer who is appointed to the position of Chief of Programme (C Prog) and who holds a rank not below Major General/Rear-Admiral and the Vice Chief of the Defence Staff can respectively exercise the powers and qualifications of a commanding officer and a senior commander in respect of any disciplinary case against a military judge employed by the Office of the Chief Military Judge. As previously mentioned, the order dated January 19, 2018, was repealed and replaced by the order dated October 2, 2019, the same order which was declared inoperative in 2020 by Judges Pelletier and Sukstorf in the decisions *Pett* and *D'Amico*. It was the first time that military judges had been specifically targeted so as to confer disciplinary powers on those

C. Procès-verbal de procédure disciplinaire et demande de renvoi des accusations en cour martiale

[61] Après le rejet de la plainte déontologique en février 2016, la police militaire a continué ou repris son enquête (paragraphe 17 de la décision de récusation). Rappelons que la police militaire est sous le commandement du grand prévôt des Forces, lequel exerce lui-même ses fonctions sous la direction générale du vice-chef d'état-major de la défense (articles 18.3 et 18.5 de la LDN).

[62] À l'accusation d'avoir entretenu une relation personnelle préjudiciable au bon ordre et à la discipline (article 129 de la LDN), la police militaire a recueilli d'autres éléments de preuve lui permettant de porter des accusations de fraude (alinéa 117a) de la LDN) et de fausse déclaration dans un document officiel (alinéa 125a) de la LDN), tel qu'en fait foi le PVPD en date du 25 janvier 2018 préparé par un enquêteur du Service national des enquêtes des Forces. Ainsi, le juge militaire en chef aurait indûment réclamé en septembre 2015 des dépenses de voyage et fraudé le gouvernement d'une somme de moins de 1 000 \$ quant à une réclamation qu'il aurait effectuée en raison d'un devoir temporaire qu'il avait exercé à titre de juge militaire au sujet d'une cour martiale qu'il avait présidé en août 2015. Dans ce dernier cas, l'adjudant Dorval et l'adjudant à la retraite Michaud — une ancienne sténographe avec qui l'accusé avait voyagé —, pourraient être appelés comme témoins (voir le PVPD).

[63] En vertu d'un ordre du 19 janvier 2018, l'officier nommé au poste de chef de programme (C Prog) et qui détient au moins le grade de major-général/contre-amiral et le vice-chef d'état-major de la défense peuvent exercer respectivement les pouvoirs et compétences d'un commandant et d'un commandant supérieur en ce qui concerne toute affaire disciplinaire à l'égard d'un juge militaire qui figure à l'effectif du cabinet du juge militaire en chef. Tel qu'il a été précédemment mentionné, l'ordre du 19 janvier 2018 a été abrogé et remplacé par l'ordre du 2 octobre 2019, celui-là même qui a été déclaré inopérant en 2020 par les juges Pelletier et Sukstorf dans les décisions *Pett* et *D'Amico*. Il s'agissait de la première fois que les juges militaires étaient spécifiquement visés de façon à conférer des pouvoirs en matière

designated as commanding officer and senior commander of military judges.

[64] On February 5, 2018, Lieutenant-General J.A.J. Parent, Acting Vice Chief of the Defence Staff (the referral authority), approved the RDP and the recommendation made on January 30, 2018, by Major-General Jean-Marc Lanthier, Chief of Programme (the commanding officer), to defer the charges to the Director of Military Prosecutions [referral application letter]. In this case, the personal relationship that Colonel Dutil reportedly had in 2014–2015 allegedly adversely affected the cohesion of the unit, which allegedly caused prejudice to the good order and discipline of the unit. For its part, the fraudulent claim allegedly constituted an abuse of trust. By asking the Director of Military Prosecutions to bring Colonel Dutil to a court martial, the referral authority therefore wished to ensure that if Colonel Dutil were found guilty, it would be understood that senior officers of the Forces are subject to the same standards of discipline as the officers and service members of the ranks under their command. In short, a conviction of Colonel Dutil by court martial would therefore send a clear, strong message of general dissuasion to all units of the Forces, including the Office of the Chief Military Judge (referral application letter at paragraph 8).

D. Risk of conflict of interest in military prosecution

[65] On January 30, 2018, pursuant to section 165.15 of the NDA and DMP Policy Directive # 016/17 [*Appointment of Special Prosecutors*, April 12, 2017, updated December 15, 2017], Colonel B. W. MacGregor, acting in his capacity as Director of Military Prosecutions, appointed Lieutenant-Colonel Mark Poland—a member of the Reserve Force and a former Crown counsel of the Attorney General of Ontario (he has since become a judge of the Ontario Court of Justice)—as Special Prosecutor (the former Special Prosecutor).

[66] Therefore, no legal officer from the office of the Director of Military Prosecutions or the Office of the Judge Advocate General signed the preferred charge sheet. Nevertheless, the Special Prosecutor is required to

disciplinaire aux personnes désignées comme commandant et commandant supérieur des juges militaires.

[64] Le 5 février 2018, le lieutenant-général, J.A.J. Parent, vice-chef d'état-major de la Défense par intérim (l'autorité de renvoi), a entériné le PVPD et la recommandation formulée le 30 janvier 2018 par le major-général Jean-Marc Lanthier, Chef de programme (le commandant), de déférer les accusations au directeur des poursuites militaires (lettre de demande de renvoi). En l'espèce, la relation personnelle que le colonel Dutil aurait eu en 2014–2015 aurait nui à la cohésion de l'unité, ce qui aurait causé préjudice au bon ordre et à la discipline de l'unité. La réclamation frauduleuse quant à elle constituerait un abus de confiance. En demandant au directeur des poursuites militaires de traduire le colonel Dutil en cour martiale, l'autorité de renvoi veut donc s'assurer que si le colonel Dutil est déclaré coupable, on comprendra que les officiers supérieurs des Forces sont soumis aux mêmes normes de discipline que les officiers et des militaires du rang sous leur commandement. En bref, une condamnation par la cour martiale du colonel Dutil va donc envoyer un message clair et fort, de dissuasion générale, auprès de toutes les unités des Forces, incluant au sein du Cabinet du juge militaire en chef (lettre de demande de renvoi au paragraphe 8).

D. Risque de conflit d'intérêts en matière de poursuite militaire

[65] Le 30 janvier 2018, conformément à l'article 165.15 de la LDN et la Directive du DPM n° 016/17 [*Nomination de procureurs spéciaux*, 12 avril 2017, mise à jour 15 décembre 2017], le colonel B. W. MacGregor, agissant en sa qualité de directeur des poursuites militaires, a nommé, le lieutenant-colonel Mark Poland — un membre de la force de réserve des Forces et un ancien procureur de la Couronne au ministère de la Procureure générale de l'Ontario (il est depuis devenu un juge de la Cour de justice de l'Ontario) — à titre de procureur spécial (l'ancien procureur spécial).

[66] Aucun avocat militaire du bureau du directeur des poursuites militaires ou du Cabinet du juge-avocat général n'a donc apposé sa signature sur l'acte formel d'accusation. Il n'empêche, le procureur spécial est tenu

apply all Director of Military Prosecutions policy directives at all steps of the pre-charge screening, post-charge review and court martial process unless the policy would require the Special Prosecutor to take action that would be inappropriate in the circumstances (section 14 of DPM Policy Directive # 016/17).

[67] On July 31, 2018, following Colonel Dutil's choice concerning the language of proceedings (article 110.08 of the QR&O [Vol. II – Disciplinary]), Second Lieutenant Cimon Sénécal—a member of the reserve Force and Crown counsel at the office of the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec—replacing Lieutenant-Colonel Poland, was appointed Special Prosecutor (the new Special Prosecutor). Furthermore, a legal officer from the Canadian Military Prosecution Service, Major Henri Bernatchez, was also designated by the Director of Military Prosecutions to assist the new Special Prosecutor.

E. Preferred charge sheet

[68] On June 10, 2018, pursuant to section 165 of the NDA, the former Special Prosecutor filed with the Court Martial Administrator preferred charges in English, including eight counts, six months after the charges were laid by the defence staff.

[69] One month later, on August 3, 2018, the new Special Prosecutor filed a new preferred charge sheet in French to the same effect as the previous one:

- (a) The first four counts related to charges of making a false entry in an official document in contravention of paragraph 125(a) of the NDA (first and second counts), of fraud in contravention of section 130 of the NDA and paragraph 380(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (third count), and an act of a fraudulent nature not particularly specified in sections 73 to 128 of the NDA in contravention of section 117 of the NDA (fourth count) following the travel expense claim in September 2015.

de suivre toutes les directives du directeur des poursuites militaires à toutes les étapes de la vérification préalable et de la révision postérieure à la mise en accusation et du procès en cour martiale, à moins que la politique n'oblige le procureur spécial à prendre des actions qui seraient inadéquates dans les circonstances (article 14 de la Directive du DPM n° 016/17).

[67] Le 31 juillet 2018, suite au choix du colonel Dutil concernant la langue du procès (article 110.08 des ORFC [vol.II – Discipline]), le sous-lieutenant Cimon Sénécal — un membre de la force de réserve des Forces et procureur de la Couronne au bureau de la directrice des poursuites criminelles et pénales du Québec — en remplacement du lieutenant-colonel Poland, a été nommé procureur spécial (le nouveau procureur spécial). De surcroît, un avocat militaire du Service canadien des poursuites militaires, le major Henri Bernatchez, a été également désigné par le directeur des poursuites militaires pour assister le nouveau procureur spécial.

E. Acte formel d'accusation

[68] Le 10 juin 2018, conformément à l'article 165 de la LDN, l'ancien procureur spécial a déposé auprès de l'administratrice de la cour martiale un acte formel d'accusation en anglais comportant huit chefs d'accusation, soit six mois après que les accusations aient été portées par l'état-major de la défense.

[69] Un mois plus tard, le 3 août 2018, le nouveau procureur spécial a déposé un nouvel acte formel d'accusation en français au même effet que le précédent :

- a) Les quatre premiers chefs ont trait à des accusations de fausse inscription dans un document officiel en contravention de l'alinéa 125a) de la LDN (premier et deuxième chefs), de fraude en contravention de l'article 130 de la LDN et de l'alinéa 380(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (troisième chef), et d'acte à caractère frauduleux non expressément visé aux articles 73 à 128 de la LDN en contravention de l'article 117 de la LDN (quatrième chef) suite à la réclamation de dépenses de voyage en septembre 2015.

(b) The four other counts that follow relate to charges of conduct or negligence to the prejudice of good order and discipline in contravention of section 129 of the NDA, following the personal relationship that Colonel Dutil allegedly had in 2014 and 2015 with Warrant Officer Dorval (fifth, sixth, seventh and eighth counts).

[70] Of course, they were only charges that would have to be proved beyond all doubt by the prosecution during the trial of Colonel Dutil before the Court Martial. At the risk of repeating it, not only must Colonel Dutil be presumed innocent until proven guilty, but he has the right to be judged according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal (paragraph 11(d) of the Charter).

F. *Conflict of interest risk of the Chief Military Judge*

[71] On June 14, 2018, Lieutenant-Colonel d'Auteuil (appointed military judge on May 18, 2006) became the Deputy Chief Military Judge. On June 15, 2018, following the filing of the preferred charge sheet in English, the Chief Military Judge delegated to the Deputy Chief Military Judge his authority to assign military judges to preside at courts martial and all other judicial hearings as well as all general supervision of the Court Martial Administrator (double delegation of authority pursuant to sections 165.26 and 165.27 of the NDA).

[72] Such a delegation clearly had the purpose of avoiding a conflict of interest, real or apparent, of the Chief Military Judge and protecting the judicial independence of the Office of the Chief Military Judge. There is no doubt that if Colonel Dutil had presided when charges were outstanding, an accused person could have requested his recusal because of the pressure exerted on him and the appearance of partiality that this situation was likely to create (*Pett*, at paragraphs 47–48, 61–62, and 107–110). The delegation of authority of June 15, 2018, was not revoked by the Chief Military Judge. Moreover, it does not seem that the Deputy Chief Military Judge assigned the Chief Military Judge to preside at courts martial or any other judicial hearings since

b) Les quatre autres chefs suivants ont trait à des accusations de comportement ou de négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline en contravention de l'article 129 de la LDN, suite à la relation personnelle qu'aurait entretenue en 2014 et 2015 le colonel Dutil avec l'adjudant Dorval (cinquième, sixième, septième et huitième chefs).

[70] Bien entendu, il s'agit seulement d'allégations qui devront être prouvées hors de tout doute par la poursuite lors du procès du colonel Dutil devant la Cour martiale. Au risque de le répéter, non seulement le colonel Dutil doit être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, mais il a le droit d'être jugé conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable (alinéa 11d) de la Charte).

F. *Risque de conflit d'intérêts du juge militaire en chef*

[71] Le 14 juin 2018, le lieutenant-colonel d'Auteuil (nommé juge militaire le 18 mai 2006) est devenu juge militaire en chef adjoint. Le 15 juin 2018, suite au dépôt de l'acte d'accusation formel en anglais, le juge en chef militaire a délégué au juge militaire en chef adjoint son pouvoir de désigner les juges militaires pour présider les cours martiales et toutes autres auditions judiciaires; ainsi que toute fonction de direction générale sur l'administratrice de la cour martiale (double délégation de pouvoirs en vertu des articles 165.26 et 165.27 de la LDN).

[72] Une telle délégation a manifestement pour objet d'éviter un conflit d'intérêts, réel ou apparent, du juge militaire en chef et de préserver l'indépendance judiciaire du Cabinet du juge militaire en chef. Il ne fait pas de doute que si le colonel Dutil avait siégé alors que des accusations étaient pendantes, un accusé aurait pu requérir sa récusation à cause des pressions exercées sur lui et de l'apparence de partialité que cette situation est susceptible d'engendrer (*Pett*, aux paragraphes 47–48, 61–62, et 107–110). La délégation de pouvoirs du 15 juin 2018 n'a pas été révoquée par le juge militaire en chef. D'autre part, il ne semble pas que le juge militaire en chef adjoint ait désigné le juge militaire en chef pour présider des cours martiales et toutes autres auditions

he was charged, the last indexed decision being dated December 4, 2017.

[73] As Colonel Dutil specified during the *voir dire*, if he delegated his authority as Chief Military Judge to Judge d’Auteuil, it was not because he had been appointed Deputy Chief Military Judge a few days earlier. Rather, it was because it was Judge d’Auteuil (*voir dire* transcripts, at page 67). And it was not the first time. Such delegations of authority—later revoked—had previously been carried out in this file (recusal decision, at paragraphs 12 and 22).

G. *Conflict of interest risk of the Court Martial Administrator*

[74] We noted it above. The Court Martial Administrator acts under the general supervision of the Chief Military Judge (subsection 165.19(3) of the NDA). However, Ms. Morrissey, the current Court Martial Administrator, was personally involved in this file (she is the one who reportedly took measures to transfer Warrant Officer Dorval to another unit) and would be called as a witness by the prosecution (paragraph 82 of the recusal decision). All of this creates an appearance of a conflict of interest.

[75] Pursuant to section 165.2 of the NDA, the Court Martial Administrator therefore authorized another person from the Office of the Chief Military Judge, Michel Saindon (Acting Administrator) to carry out the duties of the Court Martial Administrator in this file on an acting basis.

H. *Coordination conferences and pre-trial conferences*

[76] On September 21, 2018, the prosecution, by mutual agreement with the defence, set the date of the convening of Colonel Dutil before the Court Martial at June 10, 2019, or nine months later (transcript of the conference of September 21, 2018, at pages 8–13).

judiciaires depuis sa mise en accusation, la dernière décision répertoriée qu’il a rendue étant datée du 4 décembre 2017.

[73] Comme l’a par ailleurs précisé le colonel Dutil lors du voir-dire, s’il a délégué ses pouvoirs de juge militaire en chef au juge d’Auteuil, ce n’est pas parce que celui-ci avait été nommé juge militaire en chef adjoint quelques jours auparavant. C’est plutôt parce que c’était le juge d’Auteuil (transcriptions du voir-dire, à la page 67). Et, ce n’était pas la première fois. De telles délégations de pouvoirs — révoquées par la suite — avaient été effectuées antérieurement dans le présent dossier (décision de récusation, aux paragraphes 12 et 22).

G. *Risque de conflit d’intérêts de l’administratrice de la cour martiale*

[74] Nous l’avons noté plus haut. L’administrateur de la cour martiale exerce ses fonctions sous la direction générale du juge militaire en chef (paragraphe 165.19(3) de la LDN). Or, M^{me} Morrissey, l’administratrice actuelle de la cour martiale, a personnellement été impliquée dans le présent dossier (c’est elle qui aurait pris des mesures pour transférer l’adjudant Dorval dans une autre unité) et elle sera appelée comme témoin à charge par la poursuite (paragraphe 82 de la décision de récusation). Tout ceci crée une apparence de conflit d’intérêts.

[75] Conformément à l’article 165.2 de la LDN, l’administratrice de la cour martiale a donc autorisé une autre personne du Cabinet du juge militaire en chef, M. Michel Saindon (administrateur intérimaire) à exercer de façon intérimaire les fonctions d’administrateur de la cour martiale dans ce dossier.

H. *Conférences de coordination et conférences préparatoires*

[76] Le 21 septembre 2018, la poursuite, d’un commun accord avec la défense, a fixé la date de la convocation du colonel Dutil devant la Cour martiale au 10 juin 2019, soit neuf mois plus tard (transcription de la conférence du 21 septembre 2018, aux pages 8 à 13).

[77] Colonel Dutil has always been transparent in terms of his intentions.

[78] All the coordinating and pre-trial conferences were held without prejudice to the right of the accused to request at the opening of the trial his recusal and that of any other military judge then on duty (transcript of the conference of September 6, 2018, at pages 16–20; transcript of the conference of September 21, 2018, at pages 2–3).

[79] Furthermore, Colonel Dutil also made it known that he was going to assign military judges as witnesses, notably to come and explain to the Court Martial the functioning of the Office of the Chief Military Judge and how it worked in practice (transcript of the conference of September 6, 2018, at page 17). In fact, the Deputy Chief Military Judge received a summons on June 6, 2019 (summons and certificate of service, Exhibits VD 1-4 and VD 1-5).

[80] As for Judge Sukstorf, throughout the discussions that the attorneys had with the Deputy Chief Military Judge, it was taken for granted that she did not have sufficient linguistic ability to preside at a contested trial in French and that she would not be assigned (transcript of the conference of September 6, 2018, at pages 5, 6, 9 and 19; transcript of the conference of January 8, 2019, at pages 10–11; transcript of the conference of April 12, 2019, at pages 35–36).

[81] On May 1, 2019, the prosecution announced its intention of withdrawing, at the opening of the trial, four of the eight counts: (1) the first count concerning one of the two charges of having made a false statement; (2) the sixth, seventh and eighth counts of negligence to the prejudice of good order and discipline (record of the pre-trial teleconference of May 1, 2019, at pages 2–11).

[82] Three of the four counts withdrawn concerned the personal relationship that Colonel Dutil allegedly had with a subordinate in 2014 and 2015: the failure to comply as a commanding officer with the requirements of DAOD 5019-1 (sixth count); not to have properly

[77] Le colonel Dutil a été en tout temps transparent au niveau de ses intentions.

[78] Toutes les conférences de coordination et préparatoires au procès ont été tenues sans préjudice au droit de l'accusé de requérir à l'ouverture du procès sa récusation et celle de tout autre juge militaire alors en fonction (transcription de la conférence du 6 septembre 2018, aux pages 16 à 20; transcription de la conférence du 21 septembre 2018, aux pages 2–3).

[79] De plus, le colonel Dutil a également fait savoir qu'il allait assigner comme témoins des juges militaires pour venir notamment expliquer à la Cour martiale le fonctionnement du Cabinet du juge militaire en chef et comment en pratique cela se passait (transcription de la conférence du 6 septembre 2018, à la page 17). De fait, le juge en chef militaire adjoint a reçu une citation à comparaître le 6 juin 2019 (citation à comparaître et procès-verbal de signification, pièces VD1-4 et VD 1-5).

[80] Quant à la juge Sukstorf, tout au long des discussions que les procureurs ont eues avec le juge militaire en chef adjoint, il a été pris pour acquis que cette dernière n'avait pas les capacités linguistiques suffisantes pour présider un procès contesté en français et que celle-ci ne serait pas désignée (transcription de la conférence du 6 septembre 2018, aux pages 5, 6, 9, 19; transcription de la conférence du 8 janvier 2019, aux pages 10–11; transcription de la conférence du 12 avril 2019, aux pages 35–36).

[81] Le 1^{er} mai 2019, la poursuite a annoncé son intention de retirer, à l'ouverture du procès, quatre des huit chefs d'accusation : 1) le premier chef concernant l'une des deux accusations d'avoir fait une fausse déclaration; 2) les sixième, septième et huitième chefs de négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline (procès-verbal de la téléconférence préparatoire du 1^{er} mai 2019, aux pages 2 à 11).

[82] Trois des quatre accusations retirées ont trait à la relation personnelle que le colonel Dutil aurait eue avec une subordonnée en 2014 et 2015 : l'omission de se conformer à titre de commandant aux exigences de la DOAD 5019-1 (sixième chef); de ne pas avoir signalé

reported the personal relationship that he had with his subordinate (seventh count); and not to have ended the command relationship between himself and his subordinate (eighth count).

[83] Nevertheless, Colonel Dutil is still accused of conduct to the prejudice of good order and discipline (section 129 of the NDA), in that, between autumn 2014 and September 2015, in Gatineau, Quebec, as well as in other places, when he was the commanding officer of the Office of the Chief Military Judge, he had a personal relationship with Warrant Officer Dorval, a person under his command (fifth count). Is it a minor offence? What is the objective seriousness today of the act for which Colonel Dutil is reproached?

[84] If we give credence to the intention expressed on May 1, 2019, by the Special Prosecutor, the prosecution will not present any evidence at trial on the command and subordination relationships, but will seek a special finding of guilty pursuant to section 138 of the NDA. Therefore, the simple fact of having had a personal relationship with another service member would be sufficient to obtain a finding of guilty (pre-trial teleconference record of May 1, 2019, at pages 4 and 5). Of course, the defence attorney already announced that he would object at the trial to this manner of proceeding (page 6).

I. *Convening of the court martial of Colonel Dutil*

[85] Initially convened by the Acting Court Martial Administrator to a General Court Martial (convening order of January 17, 2019), following the choice expressed by Colonel Dutil, the accused was finally convened on June 10, 2019, to a Standing Court Martial (convening order of May 2, 2019) (paragraph 36 of the recusal decision).

[86] Incidentally, we live by the standard of the judgment *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, which sets out a presumptive ceiling beyond which delay—from the charge to the actual or anticipated end of trial—is presumed to be unreasonable, unless exceptional circumstances justify it. According to the understanding of the Court Martial, this presumptive ceiling is 18 months. The presumptive period began when,

correctement la relation personnelle qu’il avait avec sa subordonnée (septième chef); et de ne pas avoir mis fin à la relation de commandement entre lui-même et sa subordonnée (huitième chef).

[83] Il n’empêche, le colonel Dutil est toujours accusé d’avoir eu un comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline (article 129 de la LDN), en ce que, entre l’automne 2014 et septembre 2015, à Gatineau, Québec, ainsi qu’à d’autres endroits, alors qu’il était le commandant du Cabinet du juge militaire en chef, il a eu une relation personnelle avec l’adjudant Dorval, une personne sous son commandement (cinquième chef). Est-ce une infraction mineure? Quelle est la gravité objective aujourd’hui de l’acte qu’on reproche au colonel Dutil?

[84] Si l’on donne foi à l’intention exprimée le 1^{er} mai 2019 par le procureur spécial, la poursuite ne présentera aucune preuve au procès sur les liens de commandement et de subordination, mais recherchera un verdict annoté en vertu de l’article 138 de la LDN. Donc, le simple fait d’avoir eu une relation personnelle avec une autre militaire serait suffisant pour obtenir une condamnation (procès-verbal de la téléconférence préparatoire du 1^{er} mai 2019, aux pages 4 et 5). Bien entendu, le procureur de la défense a déjà annoncé qu’il s’objecterait au procès à cette façon de procéder (page 6).

I. *Convocation de la cour martiale du colonel Dutil*

[85] Convoqué initialement par l’administrateur intérimaire de la cour martiale à une cour martiale générale (ordre de convocation du 17 janvier 2019), suite au choix exprimé par le colonel Dutil, l’accusé a finalement été convoqué le 10 juin 2019 à une cour martiale permanente (ordre de convocation du 2 mai 2019) (paragraph 36 de la décision de récusation).

[86] Au passage, nous vivons à l’aune de l’arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, qui fixe un plafond présumé au-delà duquel le délai entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipé du procès est présumé déraisonnable, à moins que des circonstances exceptionnelles le justifient. Selon la compréhension de la Cour martiale, ce plafond présumé est de 18 mois. Le délai présomptif a commencé à partir du

following the charges formulated January 25, 2018, the Director of Military Prosecutions was seized with the file (*R. v. Thiele*, 2016 CM 4015 (CanLII), at paragraphs 21, 30, 31); recusal decision at paragraphs 21, 29 and 89). As a consequence, on the date that the trial began before the Court Martial, June 10, 2019, nearly 17 months had already elapsed.

J. *Notice of objection*

[87] On May 9, 2019, counsel for Colonel Dutil formally served the prosecution with an objection, presentable at the beginning of the trial, June 10, 2019.

[88] On May 23, 2019, Commander Deschênes was appointed a military judge.

[89] The next day, during the pre-trial teleconference, the Special Prosecutor proposed that the newly appointed Judge Deschênes be quickly assigned to preside at the trial in the event that the Deputy Chief Military Judge decided to recuse himself. Counsel for Colonel Dutil and the Deputy Chief Military Judge expressed their surprise given that Judge Deschênes had already worked in the Office of the Chief Military Judge (pages 6–11 of the record of May 24, 2019).

K. *Beginning of the trial before the Court Martial*

[90] As set out in the notice to appear, Lieutenant-Colonel d’Auteuil, Deputy Chief Military Judge presided, as the assigned judge, at the Court Martial that started on June 10, 2019, and continued on June 10, 11, 12 and 17, 2019.

[91] First, the matter of Colonel Dutil’s appearance in civilian or military dress was raised. The defense’s application for an exemption from military dress requirements raised, from the start of the trial, the tricky question of the judicial independence of the Office of the Chief Military Judge. The prosecution insisted that Colonel Dutil wear his military uniform. A military judge’s image of impartiality is commonly associated with the wearing of civilian dress instead of judicial robes. This will set the tone

moment où à la suite des accusations formulées le 25 janvier 2018, le directeur des poursuites militaires a été saisi du dossier (*R. c. Thiele*, 2016 CM 4015 (CanLII), aux paragraphes 21, 30, 31); décision de récusation, aux paragraphes 21, 29 et 89). En conséquence, à la date de l’ouverture du procès devant la Cour martiale, le 10 juin 2019, tout près de 17 mois s’étaient déjà écoulés.

J. *Avis de demande de récusation*

[87] Le 9 mai 2019, le procureur du colonel Dutil a signifié à la poursuite une demande de récusation, en bonne et due forme, présentable à l’ouverture du procès, le 10 juin 2019.

[88] Le 23 mai 2019, la capitaine de frégate Deschênes a été nommée juge militaire.

[89] Le lendemain, lors de la téléconférence préparatoire au procès, le procureur spécial a proposé que la nouvelle juge Deschênes soit désignée rapidement pour présider le procès dans le cas où le juge militaire en chef adjoint décidait de se récuser. Le procureur du colonel Dutil et le juge militaire en chef adjoint ont fait part de leur étonnement compte tenu du fait que la juge Deschênes avait déjà travaillé dans le Cabinet du juge militaire en chef (aux pages 6 à 11 du procès-verbal du 24 mai 2019).

K. *Ouverture du procès devant la Cour martiale*

[90] Tel qu’annoncé dans l’avis de convocation, le lieutenant-colonel d’Auteuil, juge militaire en chef adjoint, a présidé, à titre de juge désigné, la Cour martiale, qui a débuté le 10 juin 2019, et s’est poursuivie les 10, 11, 12 et 17 juin 2019.

[91] De façon préliminaire, la question de la comparution du colonel Dutil, en tenue civile ou militaire, a été posée. La requête de la défense en exemption de la tenue militaire a soulevé, dès le début du procès, l’épineuse question de l’indépendance judiciaire du Cabinet du juge militaire en chef. En effet, la poursuite insistait pour que le colonel Dutil porte son uniforme militaire. L’image d’impartialité d’un juge militaire est couramment associée au port des vêtements civils en remplacement de la

for the practical difficulties that the Court Martial faces when a military judge—in this case, the Chief Military Judge—is on trial. The actions of military judges are likely to influence the perception of their independence and impartiality. In this case, the Deputy Chief Military Judge authorized Colonel Dutil to exercise his discretion about whether or not to wear a military uniform when appearing as the accused before the Court Martial pursuant to the principle of independence and impartiality associated with his role as a military judge (*R. v. Dutil*, 2019 CM 3002 (CanLII) (uniform decision)).

[92] The morning of June 10, 2019, the prosecution officially withdrew charges 1, 6, 7 and 8 of the preferred charge sheet (affidavit of Larry Langlois, at paragraph 33, and audio recording of the hearing on June 10, 11 and 12, 2019, exhibit LL-26). The prosecution also stated its intention to amend, by consent, the third charge to reduce the amount indicated (\$927.60).

[93] As previously stated, Colonel Dutil formally requested the recusal of the Deputy Chief Military Judge (subparagraph 112.05(3)(b) of the QR&O [Vol. II – Disciplinary]).

[94] Courts Martial issues are public. Media representatives were therefore able to attend the hearings surrounding the *voir dire*. No confidentiality order was issued with respect to the documents filed at this time under the court martial, other than a non-publication order issued by the Deputy Chief Military Judge regarding the full testimony of Colonel Dutil and Ms. Morrissey. The non-publication order was cancelled at the hearing of June 17, 2019. Furthermore, no request was made before the Federal Court to issue a confidentiality order.

L. *Broad nature of the evidence and submissions to the Court Martial*

[95] During the *voir dire*—which required three hearing days—the defense heard testimony from the Chief Military Judge and Court Martial Administrator. They

toge de magistrat. Cela va donner le ton des difficultés pratiques auxquelles fait face la Cour martiale lorsqu'un juge militaire — en l'occurrence le juge militaire en chef — est au banc des accusés. Les faits et gestes d'un juge militaire sont susceptibles d'influencer la perception que l'on peut avoir de son indépendance et de son impartialité. En l'espèce, le juge militaire en chef adjoint a autorisé le colonel Dutil à exercer sa discrétion quant au fait de porter ou non l'uniforme militaire à titre d'accusé devant la Cour martiale en raison du principe d'indépendance et d'impartialité liés à sa fonction de juge militaire (*R. c. Dutil*, 2019 CM 3002 (CanLII) (décision sur l'uniforme)).

[92] Le matin du 10 juin 2019, la poursuite a retiré officiellement les chefs d'accusation 1, 6, 7 et 8 de l'acte d'accusation (affidavit de Larry Langlois, au paragraphe 33, et enregistrement audio de l'audience des 10, 11 et 12 juin 2019, pièce LL-26). La poursuite a annoncé également son intention d'amender, de consentement, le troisième chef d'accusation pour réduire le montant mentionné (927,60 \$).

[93] Tel qu'annoncé antérieurement, le colonel Dutil a formellement demandé la récusation du juge militaire en chef adjoint (sous-alinéa 112.05(3)b) des ORFC [vol.II – Discipline]).

[94] Les débats de la Cour martiale ont un caractère public. Les représentants des médias ont donc pu assister aux audiences entourant le voir-dire. Aucune ordonnance de confidentialité n'a été rendue à l'égard des documents déposés à cette occasion en cour martiale, sinon qu'une ordonnance de non-publication de l'intégralité des témoignages du colonel Dutil et de M^{me} Morrissey a été rendue par le juge militaire en chef adjoint. L'ordonnance de non-publication a été annulée à l'audience du 17 juin 2019. Il n'y a par ailleurs eu aucune demande d'émission d'ordonnance de confidentialité devant la Cour fédérale.

L. *Caractère étendu des preuves et des représentations à la Cour martiale*

[95] Lors du voir-dire — qui a requis trois jours d'audition —, la défense a fait témoigner le juge militaire en chef et l'administratrice de la cour martiale. Ils ont

were both cross-examined at length by the Special Prosecutor. The prosecution did not call any witnesses. However, at the request of the prosecution, the Deputy Chief Military Judge allowed the Special Prosecutor to question Colonel Dutil about his relationship with the other military judges. In effect, the Special Prosecutor stated that this evidence was relevant to show that the Deputy Chief Military Judge should preside at the trial in accordance with the doctrine of necessity (transcript of the *voir dire*, at pages 99–122). In fact, the evidence and the prosecution’s submissions addressed not only the specific reasons for recusal of the Deputy Chief Military Judge (transcript of the *voir dire*, at pages 75–91), but also the animosity and strained relations between the Chief Military Judge and Judge Pelletier (transcript of the *voir dire*, at pages 107–112), and the involvement Judge Deschênes may have had in the file when she was a legal adviser (transcript of the *voir dire*, at pages 120–122).

[96] The defense specifically invoked several recusal reasons in calling for the recusal of the Deputy Chief Military Judge: (1) the institutional ties arising from the administrative relationships between the two judges with respect to the approval of expense accounts and training activities; (2) the longstanding personal friendship between the two judges; (3) the Deputy Chief Military Judge’s personal knowledge of the facts underlying the offences Colonel Dutil was accused of; (4) the Deputy Chief Military Judge’s personal knowledge of some of the prosecution’s witnesses; (5) the fact that the Deputy Chief Military Judge, himself, received a subpoena and would be called to testify at the trial.

[97] As for the prosecution, it opposed the objection by pointing out that there was sufficient institutional independence between the Deputy Chief Military Judge and the Chief Military Judge; that there was no reasonable apprehension of bias; that even if the Deputy Chief Military Judge could testify, it had not been shown that his testimony would be relevant and substantial. But the most important factor is this: if the Deputy Chief Military Judge felt that there are personal recusal reasons, the doctrine of necessity required that he still

été tous les deux longuement contre-interrogés par le procureur spécial. La poursuite n’a fait comparaître aucun témoin. Néanmoins, à la demande de la poursuite, le juge militaire en chef adjoint a permis au procureur spécial d’interroger le colonel Dutil sur ses relations avec les autres juges militaires. En effet, le procureur spécial a annoncé que cette preuve était pertinente pour démontrer que le juge militaire en chef adjoint devait lui-même présider le procès suivant la doctrine de nécessité (transcription du voir-dire, aux pages 99–122). De fait, la preuve et les représentations de la poursuite ont porté non seulement sur les motifs de récusation particuliers visant le juge militaire en chef adjoint (transcription du voir-dire, aux pages 75–91), mais également sur l’animosité et les relations tendues du juge militaire en chef avec le juge Pelletier (transcription du voir-dire, aux pages 107–112), ainsi que sur l’implication que la juge Deschênes avait pu avoir dans le dossier à l’époque où elle était conseillère juridique (transcription du voir-dire, aux pages 120–122).

[96] Plusieurs motifs de récusation ont été spécifiquement invoqués par la défense pour requérir la récusation du juge militaire en chef adjoint : 1) les liens institutionnels découlant des rapports administratifs entre les deux juges au niveau de l’approbation de comptes de dépenses et d’activités de formation professionnelle; 2) la relation personnelle d’amitié de longue date entre les deux juges; 3) la connaissance personnelle par le juge militaire en chef adjoint des faits sous-jacents aux infractions reprochées au colonel Dutil; 4) la connaissance personnelle par le juge militaire en chef adjoint de certains témoins de la poursuite; et 5) le fait que le juge militaire en chef adjoint a lui-même reçu une citation à comparaître et sera appelé à témoigner au procès.

[97] De son côté, la poursuite s’est opposée à la requête en récusation en faisant valoir que l’indépendance institutionnelle entre le juge militaire en chef adjoint et le juge militaire en chef était suffisante; qu’il n’existait aucune crainte raisonnable de partialité; que même si le juge militaire en chef adjoint pouvait témoigner, il n’avait pas été démontré que son témoignage serait pertinent et substantiel. Mais le plus important, c’est ceci : si le juge militaire en chef adjoint estimait qu’il existe des motifs personnels de récusation, la doctrine de nécessité

continue to preside at Colonel Dutil's court martial. In effect, it is likely that there are reasons of bias or incapacitation with respect to the other military judges which would also allow them to recuse themselves in turn. Consequently, his decision to recuse himself could make it impossible to conduct the trial within a reasonable time frame (transcript of the *voir dire*, at pages 182, 193; transcript of the conference of April 12, 2019, at pages 35–38).

M. Inseparable nature of recusal and non-assignment decisions

[98] On June 17, 2019, the Deputy Chief Military Judge recused himself. His decision was read at the hearing. The written reproduction includes 110 paragraphs of reasons. This decision is not being challenged today by the applicant.

[99] Still during the public hearing and immediately after the reading of the recusal decision, the Deputy Chief Military Judge read the letter dated June 17, 2019—the non-assignment decision. The letter was labelled as an exhibit and placed in the Court Martial file (record of June 17, 2019, at pages 276–282). This is the decision being challenged today by the applicant.

[100] Lastly, after the reading of the impugned decision, the trial was adjourned to an indeterminate date. The Deputy Chief Military Judge determined that his recusal did not affect the convening order issued by the acting Court Martial Administrator (paragraphs 102–105 of the recusal decision). The trial before the Court Martial will therefore be able to proceed, in due course, before another military judge, if necessary.

V. This application for judicial review

[101] The applicant is adopting a clear, frank and unequivocal position that allows the federal board, commission or other tribunal no discretion whatsoever. The Deputy Chief Military Judge—to whom, on June 15, 2018, Colonel Dutil delegated his powers pursuant to sections 165.26 and 165.27 of the NDA—has the legal

l'obligeait quand même à continuer à présider la cour martiale du colonel Dutil. En effet, il y a fort à parier qu'il existe des motifs de partialité ou d'incapacité visant les autres juges militaires, de sorte qu'ils pourraient à leur tour se récuser également. En conséquence, sa décision de se récuser pourrait rendre impossible la tenue du procès dans un délai raisonnable (transcription du *voir dire*, aux pages 182, 193; transcription de la conférence du 12 avril 2019, aux pages 35–38).

M. Caractère indissociable des décisions de recusation et de non-désignation

[98] Le 17 juin 2019, le juge militaire en chef adjoint s'est récusé. Sa décision a été lue à l'audience. Sa reproduction écrite comprend 110 paragraphes de motifs. Cette décision n'est pas contestée aujourd'hui par le demandeur.

[99] Toujours en audience publique, et immédiatement après la lecture de la décision de recusation, le juge militaire en chef adjoint a procédé à la lecture d'une lettre datée du 17 juin 2019 — la décision de non-désignation. Cette dernière a été marquée comme pièce et déposée au dossier de la Cour martiale (procès-verbal du 17 juin 2019, aux pages 276–282). C'est la décision qui est contestée aujourd'hui par le demandeur.

[100] Enfin, à la suite de la lecture de la décision contestée, le procès a été ajourné à une date indéterminée. En effet, le juge militaire en chef adjoint a déterminé que sa recusation ne rendait pas caduc l'ordre de convocation émis par l'administrateur intérimaire de la cour martiale (paragraphes 102–105 de la décision de recusation). Le procès devant la Cour martiale pourra donc se poursuivre, en temps et lieu, devant un autre juge militaire, le cas échéant.

V. La présente demande de contrôle judiciaire

[101] Le demandeur adopte une position claire, franche et sans équivoque, qui n'accorde aucune discrétion quelle qu'elle soit à l'office fédéral. Le juge militaire en chef adjoint — à qui le colonel Dutil a délégué le 15 juin 2018 ses pouvoirs en vertu des articles 165.26 et 165.27 de la LDN — a l'obligation légale en vertu de l'article 165.25

obligation, under section 165.25 of the NDA, to appoint a replacement from the other military judges, regardless of whether there are recusal reasons or insufficient language skills for each of them. The applicant is entitled to a writ of *mandamus*. Alternatively, the impugned decision is also unreasonable and must be set aside.

[102] The application for judicial review is being challenged by the respondents. First, the impugned decision is not reviewable because it falls under the exercise of a judicial office specific to a superior court. Otherwise, the Federal Court has no jurisdiction pursuant to section 18.5 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (FCA). Alternatively, the Deputy Chief Military Judge did not usurp his powers under section 165.25 of the NDA, and the impugned decision is reasonable, whereas the conditions for issuing a writ of *mandamus* have not been met (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, [1993] F.C.J. No. 1098 (QL) (C.A.) (*Apotex*)).

[103] Having considered in their entirety the application and response files, evidence submitted by the parties, counsel's written and oral submissions, as well as relevant case law, there are no grounds to intervene and none of the remedies sought by the applicant will be granted by the Court today. On the one hand, the impugned decision is reviewable and the Federal Court has jurisdiction in this case. On the other hand, any legal obligation arising from section 165.25 of the NDA must be exercised in a manner consistent with the fundamental rights of the accused. No power was usurped by the Deputy Chief Military Judge. The impugned decision is reasonable: it rests on the evidence before the Court Martial and is based on a reasonable apprehension of bias or insufficient language skills. Either way, it is the only decision that can be made by the Deputy Chief Military Judge in this case, whereas all the remedies sought by the applicant must be denied.

[104] The specific reasoning used by the Court to reach this result and these conclusions is set out in the following sections.

de la LDN de nommer un remplaçant parmi les autres juges militaires, et ce, peu importe qu'il puisse exister des motifs de récusation ou d'incapacité linguistique visant chacun de ceux-ci. Le demandeur a droit à l'émission d'un bref de *mandamus*. Subsidiairement, la décision contestée est également déraisonnable et doit être cassée.

[102] La demande de contrôle judiciaire est contestée par les défendeurs. Dans un premier temps, la décision contestée n'est pas révisable parce qu'elle relève de l'exercice d'une fonction judiciaire propre à une cour supérieure. Sinon, la Cour fédérale n'a pas autrement compétence en vertu de l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (LCF). Subsidiairement, le juge militaire en chef adjoint n'a pas usurpé ses pouvoirs en vertu de l'article 165.25 de la LDN et la décision contestée est raisonnable, tandis que les conditions pour l'émission d'un bref de *mandamus* ne sont pas rencontrées (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742, [1993] A.C.F. n° 1098 (QL) (C.A.) (*Apotex*)).

[103] Ayant considéré dans leur entièreté les dossiers de demande et de réponse, incluant les preuves soumises par les parties, les représentations écrites et orales des procureurs, ainsi que la jurisprudence pertinente, il n'y a pas lieu d'intervenir, et aucun des remèdes recherchés par le demandeur ne sera accordé aujourd'hui par la Cour. D'une part, la décision contestée est révisable et la Cour fédérale est compétente en l'espèce. D'autre part, toute obligation légale découlant de l'article 165.25 de la LDN doit être exercée de façon compatible avec les droits fondamentaux de l'accusé. Il n'y a eu aucune usurpation de pouvoir de la part du juge militaire en chef adjoint. La décision contestée est raisonnable : elle s'appuie sur la preuve devant la Cour martiale et se fonde sur des motifs de crainte raisonnable de partialité ou de non compétence linguistique. En tout état de cause, c'est la seule décision pouvant être prise en l'espèce par le juge militaire en chef adjoint, tandis que tous les remèdes recherchés par le demandeur doivent être refusés.

[104] Le raisonnement particulier suivi par la Cour pour en arriver à ce résultat et à ces conclusions est exposé dans les prochaines sections.

VI. Reviewability of the impugned decision and statutory jurisdiction of the Federal Court

[105] Under sections 18 and 18.1 of the FCA, the Federal Court has exclusive original jurisdiction to issue, among other things, *certiorari* and *mandamus* orders against any federal board, commission or other tribunal, which the applicant is seeking in this case. However, the respondents first pointed out that the impugned decision is not reviewable because the Deputy Chief Military Judge has privileges of a superior court or this Court does not, otherwise, have jurisdiction under section 18.5 of the FCA.

[106] It is appropriate to dismiss these claims which are not founded in law.

A. *Reviewability of the impugned decision*

[107] The specific qualification of the act—legislative, administrative, judicial or arising from royal prerogative—is irrelevant with respect to judicial review. In effect, this rests on constitutional necessity—in the name of the rule of law and the principle of the separation of powers—that the courts or a superior body be able to verify the legality of any decision rendered by a lower court (*Turp v. Canada (Foreign Affairs)*, 2018 FC 12, at paragraph 118; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, 1995 CanLII 57, at paragraph 34; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 27–31; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750, at paragraph 13).

[108] In this case, the broad definition found in section 2 of the FCA applies to the impugned decision and encompasses the exercise—and even the non-exercise—of all jurisdiction or power set out in a federal Act (*Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at paragraph 50).

[109] On the one hand, military judges are appointed by the Governor in Council under section 165.21 of the NDA and, in the case of the Chief Military Judge and the Deputy Chief Military Judge, under sections 165.24 and 165.28 of

VI. Caractère révisable de la décision contestée et compétence statutaire de la Cour fédérale

[105] En vertu des articles 18 et 18.1 de la LCF, la Cour fédérale a compétence exclusive en première instance pour notamment rendre des ordonnances de *certiorari* et de *mandamus* contre un office fédéral, ce qui est recherché en l'espèce par le demandeur. Or, les défendeurs ont fait valoir, de façon préliminaire, que la décision contestée n'est pas révisable parce que le juge militaire en chef adjoint est doté des privilèges d'une cour supérieure, ou que la présente Cour n'a pas autrement compétence en vertu de l'article 18.5 de la LCF.

[106] Il convient de rejeter ces dernières prétentions qui ne sont pas fondées en droit.

A. *Caractère révisable de la décision contestée*

[107] La qualification particulière de l'acte posé — législatif, administratif, judiciaire ou relevant de la prérogative royale — importe peu en matière de contrôle judiciaire. En effet, celui-ci repose sur la nécessité constitutionnelle — au nom de la primauté du droit et du principe de la séparation des pouvoirs — que les tribunaux ou un organe supérieur puissent vérifier la légalité, de toute décision rendue par un tribunal inférieur (*Turp c. Canada (Affaires étrangères)*, 2018 CF 12, au paragraphe 118; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, 1995 CanLII 57, au paragraphe 34; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 27–31; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750, au paragraphe 13).

[108] En l'espèce, la définition large que l'on retrouve à l'article 2 de la LCF s'applique à la décision contestée et englobe l'exercice — voire le non exercice — de toute compétence ou pouvoir prévu par une loi fédérale (*Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, au paragraphe 50).

[109] D'une part, les juges militaires sont nommés par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 165.21 de la LDN, et dans le cas du juge militaire en chef et du juge militaire en chef adjoint, en vertu des articles 165.24 et

the NDA. Although a military judge has the same immunity from liability as a judge of a superior court of criminal jurisdiction (section 165.231 of the NDA), they are not persons appointed under section 96 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]].

[110] On the other hand, under section 165.25 of the NDA, the military judge tasked with presiding at a court martial and conducting judicial hearings in a given file is usually assigned by the Chief Military Judge. Furthermore, the Chief Military Judge is allowed to delegate his or her power to assign to any military judge, other than a reserve force military judge. This is expressly set out in section 165.26 of the NDA.

[111] Since the decision to assign a military judge to preside at a court martial and conduct judicial hearings constitutes a presumed exercise of a jurisdiction set out in section 165.25 of the NDA, therefore, the Deputy Chief Military Judge's decision not to assign another military judge on June 17, 2019, is reviewable by the Federal Court (*Rushnell v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 199, [2001] F.C.J. No. 366 (QL) (*Rushnell*), at paragraph 12; *Forsyth v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCT 643, [2003] 1 F.C. 96, at paragraph 10; and *Canada (Military Prosecutions) v. Canada (Chief Military Judge)*, 2007 FCA 390, 288 D.L.R. (4th) 544 (*Director of Military Prosecutions*)).

B. Limited scope of section 18.5 of the FCA

[112] The Deputy Chief Military Judge also claims that the recusal decision could be appealed before the CMAC, which is being challenged by the applicant. Since the non-assignment decision cannot be separated from the recusal decision, this Court would not have jurisdiction to hear the application for judicial review under section 18.5 of the FCA. Colonel Dutil did not specifically take a position on the jurisdiction of the CMAC but recalled that the issues in the context of this application for judicial review are the same as those

165.28 de la LDN. Bien que les juges militaires bénéficient de la même immunité de poursuite que les juges d'une cour supérieure de juridiction criminelle (article 165.231 de la LDN), il ne s'agit pas de personnes nommées aux termes de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [(mod.par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]].

[110] D'autre part, en vertu de l'article 165.25 de la LDN, le juge militaire chargé de présider une cour martiale et de tenir des auditions judiciaires dans tel ou tel dossier, est habituellement désigné par le juge militaire en chef. Par ailleurs, il est permis au juge militaire en chef de déléguer son pouvoir de désignation à tout juge militaire, autre qu'un juge militaire de la force de réserve. C'est ce que prévoit expressément l'article 165.26 de la LDN.

[111] Puisque la décision de désigner un juge militaire pour présider une cour martiale et tenir des auditions judiciaires constitue un exercice présumé d'une compétence prévue à l'article 165.25 de la LDN, partant, la décision du juge militaire en chef adjoint de ne pas désigner le 17 juin 2019 un autre juge militaire est révisable par la Cour fédérale (*Rushnell c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 199, [2001] A.C.F. n° 366 (QL) (*Rushnell*), au paragraphe 12; *Forsyth c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 643, [2003] 1 C.F. 96, au paragraphe 10; et *Canada (Directrice des poursuites militaires) c. Canada (Juge militaire en chef)*, 2007 CAF 390 (*Directrice des poursuites militaires*)).

B. Portée limitée de l'article 18.5 de la LCF

[112] Le juge militaire en chef adjoint prétend également que la décision en récusation pourrait faire l'objet d'un appel devant la CACM, ce qui est contesté par le demandeur. Puisque la décision sur la non-désignation est indivisible de la décision de récusation, cette Cour n'aurait pas compétence pour entendre la demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.5 de la LCF. Le colonel Dutil n'a pas spécifiquement pris position sur la compétence de la CACM, mais rappelle que les enjeux dans le cadre de cette demande de contrôle judiciaire

considered by the Deputy Chief Military Judge with respect to the objection.

[113] Section 230.1 of the NDA governs the Minister's right to appeal to the CMAC. With the exception of the cases expressly mentioned in this provision, such as the stay of proceedings because an accused is unfit to stand trial (subsection 202.121(7) of the NDA), there is generally no appeal of an interlocutory decision (see *Rushnell* at paragraph 12). Furthermore, it is not clear that the recusal decision is, itself, appealable because it does not seem to fall under one of the reasons listed in section 230.1 of the NDA. And we must remember that there is no right to appeal without a legislative text (*Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, 1993 CanLII 137, at pages 69–70; *Elitis Pharma inc. c. RX Job inc.*, 2012 QCCA 1348, at paragraph 25).

[114] The Deputy Chief Military Judge specifically invokes paragraph 230.1(d) of the NDA. This provision authorizes an appeal as it pertains to “the legality of a decision of a court martial that terminates proceedings on a charge or that in any manner refuses or fails to exercise jurisdiction in respect of a charge.” In this respect, we do not fall into this frame of reference.

[115] In this case, section 186 of the NDA allows a military judge to recuse himself. The recusal decision that was not challenged by the prosecution did not terminate the proceedings. Nor does it constitute a failure of the Court Martial to exercise its jurisdiction with respect to the charges brought against Colonel Dutil by the Director of Military Prosecutions. The replacement of the recused judge will be carried out in accordance with the regulatory procedure, as needed. Because Colonel Dutil's trial was adjourned after the recusal, in accordance with subsection 112.14(6) of the QR&O [Vol. II – Disciplinary], it cannot be said, in this case, that the Court Martial refused or failed to exercise its jurisdiction. The problem is that there is no other judge who is impartial, independent and currently able to preside at the trial in French. If a new military judge from the regular force is appointed under section 165.21 of the NDA, or if a military judge from the reserve force is appointed under section 165.22 of the NDA, it will be lawful for the Deputy Chief Military Judge to exercise

son les mêmes que ceux considérés par le juge militaire en chef adjoint lors de la requête en récusation.

[113] C'est l'article 230.1 de la LDN qui encadre le droit du ministre d'en appeler à la CACM. Mis à part les cas expressément mentionnés dans cette disposition, comme la suspension de l'instance fondée sur l'incapacité d'un accusé à subir son procès (paragraphe 202.121(7) de la LDN), il n'y a généralement aucun appel d'une décision interlocutoire (voir *Rushnell*, au paragraphe 12). D'ailleurs, il n'est pas clair que la décision de récusation soit elle-même appelable puisque celle-ci ne paraît pas s'inscrire dans un des motifs mentionnés à l'article 230.1 de la LDN. Et il n'y a pas d'appel sans texte, doit-on le rappeler (*Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, 1993 CanLII 137, aux pages 69–70; *Elitis Pharma inc. c. RX Job inc.*, 2012 QCCA 1348, au paragraphe 25).

[114] Le juge militaire en chef adjoint invoque spécifiquement l'alinéa 230.1d) de la LDN. Cette disposition autorise un appel dans le cas où il s'agit de « la légalité d'une décision d'une cour martiale qui met fin aux délibérations ou qui refuse ou fait défaut d'exercer sa juridiction à l'égard d'une accusation. » Avec égard, nous n'entrons pas dans ce cadre de référence.

[115] En l'espèce, l'article 186 de la LDN permet à un juge militaire de se récuser. La décision de récusation qui n'a pas été contestée par la poursuite n'a pas mis fin aux délibérations. Celle-ci ne constitue pas non plus un défaut de la Cour martiale d'exercer sa compétence à l'égard des accusations portées par le directeur des poursuites militaires contre le colonel Dutil. Le remplacement du juge récusé sera effectué conformément à la procédure réglementaire, le cas échéant. Puisque le procès du colonel Dutil a été ajourné après la récusation, conformément au paragraphe 112.14(6) des ORFC [vol. II – Discipline], on ne peut pas dire ici que la Cour martiale a refusé ou a fait défaut d'exercer sa juridiction. Le problème, c'est qu'il n'y a aucun autre juge impartial et indépendant ou capable actuellement de présider un procès en français. Si un nouveau juge militaire de la force régulière est nommé en vertu de l'article 165.21 de la LDN, ou si un juge militaire de la force de réserve est nommé en vertu de l'article 165.22 de la LDN, il sera loisible au juge militaire en chef adjoint d'exercer

jurisdiction under section 165.25 of the NDA, and the trial will be able to resume before the court martial.

[116] Lastly, because Parliament took the trouble to mention in section 18.5 of the FCA that it is “if an Act of Parliament expressly provides for an appeal” (my emphasis), it would be contrary to the wording of the Act and to the interest of the administration of justice for this Court not to exercise its jurisdiction under sections 18 and 18.1 of the FCA because a right of appeal could implicitly exist under the NDA.

[117] Therefore, today, we must dismiss any declinatory exception to jurisdiction based on section 18.5 of the FCA. At the same time, since no appeal—or permission to appeal after the deadline—has been filed to date on behalf of the Minister, and considering the fact that the Federal Court hears applications for judicial review without delay and in a summary way (subsection 18.4(1) of the FCA), it is not in the interest of justice to order a stay of proceedings in this file under section 50 of the FCA.

VII. Standard of review

[118] This is an application for judicial review from a reasoned decision rendered on June 17, 2019, by the Deputy Chief Military Judge. This is not a case of a delay by a federal board, commission or other tribunal in rendering a decision affecting a parties’ rights.

[119] In short, the applicant is challenging both the legality and the reasonability of the non-assignment decision (the impugned decision). In his notice of application for judicial review dated July 16, 2019, he claimed that the Deputy Chief Military Judge: (1) acted beyond his jurisdiction or refused to exercise his jurisdiction under section 165.25 of the NDA by not assigning another military judge; (2) erred in law in making a decision by ruling on the appearance of bias or insufficient language skills of the other available military judges or, alternatively, by not taking into account the doctrine of necessity to assign another military judge; (3) based his decision on an erroneous finding of fact that he made in

la compétence d’attribution prévue à l’article 165.25 de la LDN, et le procès pourra reprendre devant la Cour martiale.

[116] Enfin, puisque le législateur a pris la peine de mentionner à l’article 18.5 de la LCF que c’est « lorsqu’une loi fédérale prévoit expressément qu’il peut être interjeté appel » (je souligne), il serait contraire au texte de loi et à la meilleure administration de la justice que cette Cour n’exerce pas sa compétence en vertu des articles 18 et 18.1 de la LCF parce qu’un droit d’appel pourrait implicitement exister en vertu de la LDN.

[117] Il faut donc écarter aujourd’hui tout moyen déclinatoire de compétence fondé sur l’article 18.5 de la LCF. Du même coup, puisqu’aucun appel — ou permission d’en appeler hors délai — n’a été déposé à ce jour au nom du ministre, et considérant le fait que la Cour fédérale statue dans un bref délai et selon une procédure sommaire sur les demandes de contrôle judiciaire (paragraphe 18.4(1) de la LCF), il n’est pas dans l’intérêt de la justice d’ordonner une suspension des procédures dans le présent dossier en vertu de l’article 50 de la LCF.

VII. Norme de contrôle

[118] On a affaire ici à une demande de contrôle judiciaire à l’encontre d’une décision motivée rendue le 17 juin 2019 par le juge militaire en chef adjoint. On ne peut pas parler ici d’un cas où un office fédéral tarde à rendre une décision tranchant les droits d’une partie.

[119] En bref, le demandeur conteste tant la légalité que la raisonabilité de la décision de non-désignation (la décision contestée). Dans son avis de demande de contrôle judiciaire du 16 juillet 2019, il reproche au juge militaire en chef adjoint : 1) d’avoir outrepassé sa compétence ou autrement avoir refusé d’exercer sa compétence prévue à l’article 165.25 de la LDN en ne désignant pas un autre juge militaire; 2) d’avoir rendu une décision entachée d’une erreur de droit en statuant sur l’apparence de partialité ou l’incapacité linguistique des autres juges militaires disponibles, ou subsidiairement, en ne tenant pas compte de la doctrine de nécessité pour désigner un autre juge militaire; 3) d’avoir rendu une décision fondée

a capricious manner or without regard for the material before him.

[120] Although these are reasons for judicial review that are explicitly referred to in paragraphs 18.1(4)(a), (c) and (d) of the FCA, this does not dispense this Court from determining the standard of review applicable to the impugned decision (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*)). The question of whether—assuming the Deputy Chief Military Judge made a reviewable error—the Court must issue a writ of *mandamus* or of *certiorari*, or return the matter to the decision-maker with directions, as explicitly allowed by subsection 18.1(3) of the FCA, is left entirely to the Court’s discretion. Therefore, the standard of review must not be confused with the remedial powers of the Court.

[121] As the Supreme Court noted in December 2019 in *Vavilov*, the new revised framework “starts with a presumption that reasonableness is the applicable standard whenever a court reviews administrative decisions” (at paragraph 16). That is indeed the case concerning the Deputy Chief Military Judge’s specific reasons for not assigning the other eligible military judges after recusing himself.

[122] On the other hand, this matter presents unique challenges to the Canadian military justice system. The current process for convening a court martial and assigning a military judge to preside at the court martial is seriously undermined when the Chief Military Judge—or his or her designate—has a conflict of interest or when there are no impartial military judges with the required language skills. Also, in our view, the legal effect of the power to assign under section 165.25 of the NDA falls into the category of general questions of law “of central importance to the legal system as a whole” (*Vavilov*, at paragraphs 17, 53, 58–62). In such cases, a single determinate answer is required (*Vavilov*, at paragraph 62).

sur des conclusions de fait erronées, tirées de façon arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il disposait.

[120] Bien qu’il s’agit de motifs de révision judiciaire qui sont explicitement prévus aux alinéas 18.1(4)a, c) et d) de la LCF, cela ne dispense pas cette Cour de la détermination de la norme de contrôle applicable à l’examen de la décision contestée (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*)). La question de savoir — à supposer qu’une erreur révisable a été commise par le juge militaire en chef adjoint — si la Cour doit émettre un bref de *mandamus* ou de *certiorari*, ou encore retourner l’affaire au décideur avec des directives comme le permet explicitement le paragraphe 18.1(3) de la LCF, relève entièrement de la discrétion de la Cour. Il ne faut donc pas confondre la norme de contrôle avec les pouvoirs remédiaux de la Cour.

[121] Tel que la Cour suprême est venue le rappeler en décembre 2019 dans l’arrêt *Vavilov*, le nouveau cadre d’analyse révisé « repose sur la présomption voulant que la norme de la décision raisonnable soit la norme applicable chaque fois qu’une cour contrôle une décision administrative » (au paragraphe 16). C’est bien le cas en ce qui concerne les motifs particuliers pour lesquels le juge militaire en chef adjoint n’a pas désigné les autres juges militaires éligibles suite à sa récusation.

[122] D’un autre côté, cette affaire présente des défis uniques pour le système de justice militaire canadien. Le processus actuel de convocation d’une cour martiale et de désignation du juge militaire chargé de la présider est sérieusement mis à mal lorsque le juge militaire en chef — ou son délégué — a un conflit d’intérêts, ou qu’il n’y a pas d’autres juges militaires impartiaux possédant les compétences linguistiques requises. Aussi, il nous apparaît que la portée juridique du pouvoir de désignation prévu à l’article 165.25 de la LDN entre dans la catégorie des questions de droit générales « d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » (*Vavilov*, aux paragraphes 17, 53, 58–62). En pareil cas, une réponse unique et définitive s’impose (*Vavilov*, au paragraphe 62).

VII. Correct interpretation of section 165.25 of the NDA

[123] Section 165.25 of the NDA reads as follows:

Duties and functions

165.25 The Chief Military Judge assigns military judges to preside at courts martial and to perform other judicial duties under this Act.

[124] Preliminary note: The parties agree that it is not appropriate for the superior courts to interfere in the choice that the Chief Military Judge—or his or her designate—may make when assigning one military judge rather than another to preside at a Court Martial that has yet to be convened by the Court Martial Administrator. In principle, assigning a competent judge to hear a case is the exclusive prerogative of the Chief Justice and an executive function that is essential to the proper functioning and independence of any court of law. Allowing the executive a role in selecting what judges hear what cases would constitute an unacceptable interference with the independence of the judiciary (*MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at paragraph 71).

[125] Nonetheless, in this case, the applicant submits that the situation is different in circumstances where no military judge is assigned under section 165.25 of the NDA. According to the applicant, the question here is not to invalidate the Deputy Chief Military Judge's administrative decision to assign one military judge rather than another to hear a case, but rather to sanction his refusal, after recusing himself, to assign a replacement judge from the other three available judges. We are therefore dealing with a refusal to perform a legal duty, if not a usurpation of power, because it is only the judge assigned by the Deputy Chief Military Judge who can recuse himself or herself in response to a new objection brought before him or her. No other military judge may be "recused" in advance by the Deputy Chief Judge. This would be usurping the assigned judge's power to recuse himself or herself. In short, section 165.25 of the NDA does not grant any discretion. The assignment of a military judge is automatic: it is an absolute legal

VIII. Interprétation correcte de l'article 165.25 de la LDN

[123] L'article 165.25 de la LDN se lit comme suit :

Attributions

165.25 Le juge militaire en chef désigne un juge militaire pour chaque cour martiale et lui confie les fonctions judiciaires prévues sous le régime de la présente loi.

[124] Une note liminaire : les parties conviennent qu'il n'est pas opportun que les tribunaux supérieurs viennent s'immiscer dans le choix que le juge militaire en chef — ou son délégué — peut effectuer lorsqu'il est question d'assigner un juge militaire plutôt que tel autre pour présider une cour martiale qui n'a pas encore été convoquée par l'administrateur de la cour martiale. En principe, la désignation d'un juge compétent pour entendre une affaire est du ressort exclusif du juge en chef, et c'est une fonction exécutive essentielle au bon fonctionnement et à l'indépendance de toute cour de justice. Accorder au pouvoir exécutif un rôle quant à la question de savoir quels juges entendent quelles causes constituerait une atteinte inacceptable à l'indépendance du pouvoir judiciaire (*MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, au paragraphe 71).

[125] Il n'empêche, le demandeur prétend, en l'occurrence, que la situation est différente dans le cas où aucun juge militaire n'est désigné en vertu de l'article 165.25 de la LDN. Selon le demandeur, il ne s'agit pas ici d'invalider le choix administratif du juge militaire en chef adjoint de désigner un juge militaire plutôt qu'un autre d'entendre une cause, mais de sanctionner son refus, à la suite de sa récusation, de désigner un juge remplaçant parmi les trois autres juges disponibles. On aurait donc affaire à un refus d'accomplir un devoir légal, sinon à une usurpation de pouvoir, car c'est seulement le juge désigné par le juge militaire en chef adjoint qui peut se récuser à la suite d'une nouvelle requête en récusation présentée devant lui ou elle. Aucun autre juge militaire ne pourrait être « récusé » d'avance par le juge en chef adjoint. Ce serait une usurpation du pouvoir de récusation que possède le juge désigné. En somme, l'article 165.25 de la LDN n'accorde aucune discrétion. La désignation d'un juge militaire est automatique : c'est

obligation. Consequently, there is no need to go any further. Full stop.

[126] For their part, the respondents point out that the right to an independent and impartial tribunal is protected under the Constitution and that all judges are required to adhere to this principle in the decisions they may make. Also, when exercising his or her roles, including the role to assign, the Deputy Chief Military Judge must protect judicial independence and make a decision while respecting the accused's right to an impartial, independent and competent tribunal capable of hearing a case in the language chosen by the accused.

[127] This Court cannot agree with the applicant's narrow and restrictive interpretation of the power under section 165.25 of the NDA. The applicant submits that the word "*désigne*" in French—which is translated in English by the word "*assigns*"—has an imperative character and accordingly creates a legal obligation. Counsel for the applicant relies on the French version of section 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21: « *L'obligation s'exprime essentiellement par l'indicatif présent du verbe porteur de sens principal et, à l'occasion, par des verbes ou expressions comportant cette notion. L'octroi de pouvoirs, de droits, d'autorisations ou de facultés s'exprime essentiellement par le verbe « pouvoir » et, à l'occasion, par des expressions comportant ces notions* » (emphasis added). However, the English version of section 11 of the *Interpretation Act* is different and appears more restrictive since there is no mention to the present tense of the verb. In effect it simply provides: "The expression "*shall*" is to be construed as *imperative* and the expression "*may*" as *permissive*" (emphasis added).

[128] Moreover, the text of section 165.25 of the NDA must be interpreted *not only* in accordance with the rules governing bilingual statutes but within the larger framework of the modern rule that the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament (*Khosa*, at paragraphs 38 and 40). Here the English version cannot be read so as to compel the Chief Military

une obligation légale absolue. Il n'est donc pas nécessaire d'aller plus loin. Point à la ligne.

[126] De leur côté, les défendeurs rappellent que le droit à un tribunal indépendant et impartial est protégé aux termes de la Constitution et que tous les juges sont tenus d'adhérer à ce principe dans les décisions qu'ils peuvent rendre. Aussi, lorsqu'il exerce son rôle de désignation, tout comme lorsqu'il exerce ses autres rôles, le juge militaire en chef adjoint doit protéger l'indépendance judiciaire et doit rendre sa décision en respectant le droit de l'accusé à un tribunal impartial, indépendant et compétent capable d'entendre une cause dans la langue choisie par l'accusé.

[127] Cette Cour ne peut souscrire à l'interprétation restrictive et limitative du pouvoir prévu à l'article 165.25 de la LDN que suggère le demandeur. Ce dernier soumet que le terme en français « *désigne* » — qui est traduit en anglais par « *assigns* » — a un caractère impératif et crée une obligation légale. Les procureurs du demandeur s'appuient sur la version française de l'article 11 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 : « *L'obligation s'exprime essentiellement par l'indicatif présent du verbe porteur de sens principal et, à l'occasion, par des verbes ou expressions comportant cette notion. L'octroi de pouvoirs, de droits, d'autorisations ou de facultés s'exprime essentiellement par le verbe « pouvoir » et, à l'occasion, par des expressions comportant ces notions* » (je souligne). Toutefois, la version anglaise de l'article 11 de la *Loi d'interprétation* diffère de la version française et semble plus restrictive puisqu'on ne réfère pas au temps présent du verbe. On indique simplement : « *The expression "shall" is to be construed as imperative and the expression "may" as permissive* » (je souligne).

[128] De plus, le texte de l'article 165.25 de la LDN ne doit pas être interprété *uniquement* en fonction des règles d'interprétation des lois bilingues, mais aussi dans le cadre plus vaste de la règle moderne selon laquelle il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur (*Khosa*, aux paragraphes 38 et 40). En l'occurrence, la version anglaise ne peut être interprétée

Judge to assign a military judge if a valid reason for not doing so exists or for waiting a certain time before doing so. Otherwise, the words “shall assign” (emphasis added) would have been used in the English version of section 165.25 of the NDA.

[129] Nonetheless, no obligation exists in absolute terms. Any circular reasoning based on the assertion that “an order is an order” or “an obligation is an obligation” has no place in a legal world governed by the rule of law. To be legal, an obligation has to be consistent with the Constitution. Let us not forget that the Constitution is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect (subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*). In this case, a constitutional interpretation of section 165.25 of the NDA must implicitly include the following legal limitation: the exercise of the power to assign must be consistent with the Charter and not result in a miscarriage of justice for the accused. (See also *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, at paragraph 24; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, 1988 CanLII 3; *El-Alloul v. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCA 1611, 2018 QCCA 1611 (CanLII), at paragraph 75.) Accordingly, section 165.25 of the NDA empowers the Chief Military Judge—or his or her designate—to assign a military judge from the military judges for whom there is no known particular legal ground of disability or incapacitation.

[130] Moreover, while the laying of charges against Colonel Dutil seems to suggest that no one—not even the Chief Military Judge—is above the law, the fact remains that he must be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal (paragraph 11(d) of the Charter). Equality before the law cannot be understood any other way. In addition, Colonel Dutil must be tried within a reasonable time. And since he validly chose French as the language of trial, the military judge assigned to preside at the Court Martial must be able to

comme obligeant le juge militaire en chef à désigner un juge militaire s’il y a un motif valable pour ne pas faire de désignation ou pour attendre un certain temps avant de désigner un juge militaire. Autrement, on retrouverait les mots « *shall assign* » (je souligne) et non pas seulement le mot « *assigns* » dans la version anglaise de l’article 165.25 de la LDN.

[129] Il n’empêche, aucune obligation n’existe de manière absolue. Toute pétition de principe reposant sur l’affirmation qu’« un ordre, c’est un ordre », ou qu’« une obligation, c’est une obligation », n’a pas raison d’être dans un monde juridique gouverné par la primauté du droit. Pour être légale, l’obligation doit être compatible avec la Constitution. Faut-il le rappeler, la Constitution est la loi suprême du Canada et rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit (paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]). En l’espèce, une interprétation se voulant constitutionnelle de l’article 165.25 de la LDN doit comprendre, de manière implicite, la limitation légale suivante : l’exercice du pouvoir de désignation doit être conforme à la Charte et ne pas entraîner un déni de justice à l’accusé. (Voir aussi *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, au paragraphe 24; *B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, 1988 CanLII 3; *El-Alloul c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCA 1611 (CanLII), au paragraphe 75.) Partant, le juge militaire en chef — ou son délégué — désigne, en vertu du pouvoir prévu à l’article 165.25 de la LDN, un juge militaire parmi les juges militaires dont on ne connaît pas une cause légale d’incapacité ou d’incapacité particulière.

[130] Au demeurant, bien que le dépôt d’accusations contre le colonel Dutil semble suggérer que personne n’est au-dessus des lois — même le juge en chef militaire — il reste que ce dernier doit être présumé innocent tant qu’il n’a pas été déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable (alinéa 11d) de la Charte). L’égalité devant la loi ne peut être comprise autrement. De plus, le colonel Dutil doit être jugé dans un délai raisonnable. Et, puisqu’il a validement opté pour que son procès se déroule en français, le juge militaire désigné pour présider

understand French without the assistance of an interpreter (paragraph 16(1)(b) and subsection 3(2) of the OLA; *Girouard v Canada (Attorney General)*, 2019 FC 1282, [2020] 2 F.C.R. 199, at paragraph 207). These are fundamental, non-negotiable rights that cannot be restricted for reasons of administrative convenience, such as a shortage of military judges (*R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, 1999 CanLII 684 (*Beaulac*)).

[131] This leads us to analyze the Deputy Chief Military Judge’s reasons for recusing himself and why he concretely made the “difficult” decision not to assign a replacement judge from the other three eligible military judges.

IX. Reasonableness of the impugned decision

[132] The impugned decision is reasonable in all respects and does not otherwise contain a reviewable error of law or fact affecting the ultimate result and justifying the intervention of this Court.

A. *Preliminary observations*

[133] In this case, where the doctrine of necessity is invoked at will before both the Court Martial and this Court, one cannot ignore the Deputy Chief Military Judge’s reasons for recusing himself to prevent a flagrant injustice from being done to the accused. The impugned decision has the same legitimate objective and is intimately related to the administration of military justice, the necessary maintenance of the independence of the Court Martial, and the image of impartiality of military judges. It is much more than a marching order. It seems that the Deputy Chief Military Judge sought to stir the pot or, better yet, issue a warning to assert the independence of the Office of the Chief Military Judge and to publicly alert the appropriate authorities to the current shortcomings and limitations of the law when the accused is a military judge.

[134] However, it is not disputed that a chief justice, regardless of the court in question, has some discretion in assigning the judges that will preside over the hearings

la Cour martiale doit comprendre le français sans l’aide d’un interprète (alinéa 16(1)(b) et paragraphe 3(2) de la LLO; *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 1282, [2020] 2 R.C.F. 199, au paragraphe 207). Il s’agit de droits fondamentaux, non-négociables, et dont l’exercice ne peut-être restreint pour des raisons de commodité administrative, comme le manque de juges militaires (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, 1999 CanLII 684, (*Beaulac*)).

[131] Cela nous conduit à analyser les motifs pour lesquels le juge militaire en chef adjoint s’est récusé et pourquoi il a pris concrètement la décision « difficile » de ne pas désigner un juge remplaçant parmi les trois autres juges militaires éligibles.

IX. Caractère raisonnable de la décision contestée

[132] La décision contestée est raisonnable à tous égards et elle n’est pas autrement entachée d’une erreur de droit ou de fait révisable affectant le résultat final et pouvant justifier l’intervention de cette Cour.

A. *Observations préliminaires*

[133] On ne peut faire abstraction dans le présent dossier où la doctrine de nécessité est invoquée à souhait, tant devant la Cour martiale que la présente Cour, des motifs pour lesquels le juge militaire en chef adjoint s’est récusé pour éviter qu’une injustice flagrante soit commise à l’endroit de l’accusé. La décision contestée poursuit le même objectif légitime et est intimement reliée à l’administration de la justice militaire, au maintien nécessaire de l’indépendance de la Cour martiale et à l’image d’impartialité des juges militaires. C’est bien plus qu’un ordre de marche. C’est un pavé dans la mare, mieux un cri d’alarme, que le juge militaire en chef adjoint semble avoir voulu lancer afin d’affirmer l’indépendance du Cabinet du juge militaire en chef et de signaler publiquement aux autorités compétentes les limites et les lacunes actuelles de la loi, lorsque l’accusé est un juge militaire.

[134] Or, il n’est pas contesté qu’un juge en chef, peu importe la cour en question, a une certaine discrétion dans la désignation des juges qui présideront les

before his or her court. Basically, it will be accepted without challenge that a chief justice may consider the schedules and qualifications of his or her judges when assigning the cases to be heard. Similarly, if a clear and apparent conflict of interest is already known to the Chief Justice (for example, the judge's spouse represents or is a party before the Court), it goes without saying that the judge in question will not be assigned to hear the case. In this case, the evidence in the record amply supports the apprehension of bias or injustice raised by the Deputy Chief Military Judge.

[135] However, a word of caution: This is an exceptional case. No general rule applicable to all chief justices can be distilled. What is extraordinary is also the combination of unprecedented factors. As the judge assigned to preside at the court martial of Colonel Dutil, the Deputy Chief Military Judge personally decided on the probative value of the evidence and arguments presented at the *voir dire* and had to consider the doctrine of necessity raised by the Director of Military Prosecutions. Under the circumstances, it became clear that the only other eligible military judges—Judges Pelletier, Sukstorf and Deschênes—could not hear the case. Normally, the Chief Justice does not have this type of information when assigning a judge to hear a case (unless a judge came forward beforehand to inform the Chief Justice of a ground of incapacitation).

B. *Deputy Chief Military Judge's personal reasons for recusal*

[136] In simple terms, the Deputy Chief Military Judge concluded that Colonel Dutil had shown, on a balance of probabilities, that a fully informed person having thought the matter through in a realistic and practical way would conclude that he is biased (paragraph 84 of the recusal decision). Indeed, the Deputy Chief Military Judge considers that his friendship with the accused (paragraphs 73, 75 and 76 of the recusal decision) and the fact that he might testify at his trial (paragraphs 76 and 83 of the recusal decision) are in themselves sufficient grounds for recusal, even if the institutional relationships between the Chief Military Judge and the

audiences devant sa cour. Dans sa plus simple expression, on acceptera sans contestation qu'un juge en chef puisse prendre en considération l'horaire et les compétences de ses juges pour assigner les causes à entendre. Dans le même ordre d'idée, si un conflit d'intérêts clair et apparent est déjà connu du juge en chef (par exemple, le conjoint du ou de la juge représente une partie ou est partie devant la cour), il va de soi que le juge en question ne sera pas assigné pour entendre la cause. En l'espèce, la preuve au dossier appuie amplement les craintes de partialité ou d'injustice ayant été formulées par le juge militaire en chef adjoint.

[135] Toutefois, un mot de prudence : la présente instance est exceptionnelle. Aucune règle générale applicable à tous les juges en chef ne peut être distillée. Ce qu'il y a d'extraordinaire, c'est également la combinaison de facteurs inusités. Comme juge désigné pour présider la cour martiale du colonel Dutil, le juge militaire en chef adjoint a personnellement décidé de la valeur probante des preuves et des arguments présentés lors du *voir-dire* et il a eu à considérer la doctrine de nécessité soulevée par le directeur des poursuites militaires. Dans ce contexte, il est devenu évident que les seuls autres juges militaires éligibles — les juges Pelletier, Sukstorf et Deschênes — ne pouvaient entendre la cause. Habituellement, lorsqu'un juge en chef désigne un juge pour présider une affaire, il ne dispose pas de ce genre d'informations (à moins qu'un juge ne l'ait rencontré au préalable pour lui faire part d'un motif d'incapacité).

B. *Motifs de récusation personnels et propres au juge militaire en chef adjoint*

[136] En clair, le juge militaire en chef adjoint conclut que le colonel Dutil a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de manière réaliste et pratique, conclurait qu'il est partial (paragraphe 84 de la décision de récusation). En effet, le juge militaire en chef adjoint considère que ses liens d'amitié avec l'accusé (paragraphes 73, 75 et 76 de la décision de récusation), et le fait qu'il puisse témoigner à son procès (paragraphes 76 et 83 de la décision de récusation), sont des motifs suffisants, en eux-mêmes, pour justifier une récusation, et ce, même si les rapports institutionnels

military judges, including himself, are not enough to constitute grounds for recusal (paragraphs 63–72 of the recusal decision).

[137] In fact, the Deputy Chief Military Judge has become a personal friend and confidant of Colonel Dutil over time and helped him manage his relationship with Warrant Officer Dorval after things ended between them. The professional and support interactions during more difficult family situations on both sides were also corroborated by Ms. Morrissey (paragraphs 14, 15 and 16 of the recusal decision). And, regarding his subpoena as a defence witness at the trial, the Deputy Chief Military Judge is satisfied that it has been shown that his testimony could be relevant and substantial for some of the offences. Whether it relates to the existence or non-existence of a relationship between Colonel Dutil and Warrant Officer Dorval and the nature of the relationship itself, or to the performance of Colonel Dutil’s temporary duty (which forms the basis of the fraud and false statement charges concerning his claim), his subpoena as a witness is justified and is simply not a roundabout way to select one military judge or another.

C. Previous relationships with court reporters and the Court Martial Administrator: a systematic factor tainting the impartiality of military judges who are working or have worked at the Office of the Chief Military Judge

[138] In addition, the Deputy Chief Military Judge noted that the fact that some witnesses who are working or have worked at the Office of the Chief Military Judge—particularly court reporters and the Court Martial Administrator—was a serious factor to be considered, because it is very difficult to disregard those close ties in assessing the reliability and credibility of the witnesses (paragraphs 77–82 of the recusal decision). Not only is it a relevant consideration in terms of the apprehension of bias raised against the Deputy Chief Military Judge, but it also applies just as much to other military judges.

existants entre le juge militaire en chef et les juges militaires, incluant lui-même, ne sont pas suffisants pour constituer un motif de récusation (paragraphes 63 à 72 de la décision de récusation).

[137] De fait, le juge militaire en chef adjoint est devenu un confidant et un ami personnel du colonel Dutil avec le temps et l’a aidé dans sa gestion de la relation qu’il avait avec l’adjudant Dorval après leur rupture. Les liens professionnels et d’assistance lorsqu’il y a eu des moments familiaux plus difficiles d’un côté et de l’autre, ont été également corroborés par M^{me} Morrissey (paragraphes 14, 15 et 16 de la décision de récusation). Et, s’agissant de l’assignation à comparaître comme témoin de la défense au procès, le juge militaire en chef adjoint est satisfait qu’il a été démontré que son témoignage pourrait être pertinent et substantiel à l’égard de certaines des infractions. Que ce soit sur l’existence ou non de la relation entre le colonel Dutil et l’adjudant Dorval et la nature de la relation elle-même, ou sur l’exercice du devoir temporaire du colonel Dutil (qui est à la base des accusations de fraude et de fausse déclaration concernant sa réclamation), la citation à comparaître comme témoin est justifiée et n’est simplement pas un moyen détourné pour sélectionner un juge militaire ou un autre.

C. Rapports antérieurs avec les sténographes judiciaires et l’administratrice de la cour martiale : un élément systématique contaminant l’impartialité des juges militaires travaillant ou ayant travaillé dans le Cabinet du juge militaire en chef

[138] D’autre part, le juge militaire en chef adjoint a souligné que le fait que certains témoins travaillant ou ayant travaillé dans le Cabinet du juge en chef militaire — en particulier les sténographes judiciaires et l’administratrice de la cour martiale — était un facteur sérieux à considérer, car il est très difficile de mettre de côté ces rapports de proximité dans l’évaluation de la crédibilité et de la fiabilité des témoins (paragraphes 77 à 82 de la décision de récusation). Non seulement il s’agit d’une considération pertinente au niveau des craintes de partialité soulevées à l’endroit du juge militaire en chef adjoint, mais celle-ci s’adresse tout autant aux autres juges militaires.

[139] In this regard, the Deputy Chief Military Judge notes that a relationship of trust between the military judge and the court reporter is essential to the proper functioning of the court martial (paragraph 78 of the recusal decision). Thus, the judge has to know more about the court reporter than a normal professional relationship would require. This trust is similar to that often shared between two soldiers on service. They have to know each other enough to be efficient in their respective duties (paragraph 79 of the recusal decision).

[140] In particular, for those witnesses who are former court reporters, the Deputy Chief Military Judge concludes that it would be difficult to believe that he could ignore his familiarity with these people, despite some time having passed, to be able to assess their credibility and reliability in this matter (paragraph 80 of the recusal decision). The same goes for Warrant Officer Dorval, whom the Deputy Chief Military Judge knew personally (paragraph 81 of the recusal decision).

[141] As for Ms. Morrissey, who will also be called as a prosecution witness, the Deputy Chief Military Judge notes that she will continue in the future to make decisions, as Court Martial Administrator, that could personally affect him in his role as a military judge. Ruling on the credibility and reliability of her testimony therefore includes an increased risk of her making retaliatory decisions or the fear of a negative impact on their working relationship (paragraph 82 of the recusal decision).

[142] These are external factors that could contribute to a reasonable apprehension of bias not only on the part of the Deputy Chief Military Judge but also on the part of the other eligible military judges, hence the decision not to assign them (paragraphs 11 and 14 of the non-assignment decision). This conclusion is not unreasonable; in fact, the Court is of the same view if, by chance, it is to substitute itself for the administrative decision maker. The work environment and the relationships between individuals at the Office of the Chief Military Judge are an essential component of this case before the Court Martial.

[139] À ce chapitre, le juge militaire en chef adjoint rappelle que le lien de confiance entre le juge militaire et le sténographe judiciaire est essentiel au bon fonctionnement de la cour martiale (paragraphe 78 de la décision de récusation). Ainsi, le juge est appelé à en connaître plus du sténographe que le requerrait une relation professionnelle habituelle. Cette confiance s'apparente à celle qui existe souvent entre deux militaires en mission. Ils doivent suffisamment se connaître pour pouvoir être efficaces dans leur fonction respective (paragraphe 79 de la décision de récusation).

[140] De façon particulière, pour les témoins qui sont d'anciens sténographes judiciaires, le juge militaire en chef adjoint conclut qu'il serait difficile de croire qu'il puisse mettre de côté sa connaissance acquise de ces personnes, et ce, malgré un certain écoulement du temps, pour être en mesure d'évaluer leur crédibilité et leur fiabilité dans cette affaire (paragraphe 80 de la décision de récusation). Il en va de même de l'adjudant Dorval que le juge militaire en chef adjoint a personnellement connue (paragraphe 81 de la décision de récusation).

[141] Pour ce qui est de M^{me} Morrissey, qui sera aussi appelée comme témoin à charge, le juge militaire en chef adjoint note qu'elle continuera dans le futur à prendre des décisions, à titre d'administratrice de la cour martiale, qui pourraient personnellement l'affecter dans sa fonction de juge militaire. Se prononcer sur la crédibilité et la fiabilité de son témoignage comporte donc le risque accru que M^{me} Morrissey prenne des décisions à saveur de représailles ou craigne que leur relation de travail soit négativement affectée (paragraphe 82 de la décision de récusation).

[142] Il s'agit là de facteurs externes pouvant alimenter une crainte raisonnable de partialité non seulement du côté du juge militaire en chef adjoint, mais tout autant de celui des autres juges militaires éligibles, d'où la décision de ne pas les désigner (paragraphes 11 et 14 de la décision de non-désignation). Cette conclusion n'est pas déraisonnable, et d'ailleurs, la Cour partage le même avis, si d'aventure, elle doit se substituer au décideur administratif. L'environnement de travail et les relations entre les individus au sein du Cabinet du juge militaire en chef constituent une composante essentielle de la présente cause devant la Cour martiale.

[143] Moreover, as noted by counsel for Colonel Dutil in his notice of objection dated May 9, 2019, “prejudice of good order and discipline” is an essential element of the offence under section 129 of the NDA (*R. v. Tomczyk*, 2012 CMAC 4, 443 N.R. 82, at paragraphs 24–25; *Canada v. Bannister*, 2019 CMAC 2, at paragraphs 44 et seq). Therefore, the trial judge will have to assess any direct evidence of actual prejudice or may infer prejudice as the natural consequence of proven acts. Of course, this legal exercise requires an impartial contextual analysis of all the evidence. This seems impossible if the military judge has personal knowledge of the context and the facts in issue and is potentially a material witness. This Court shares that view.

[144] The defence has already announced its intention to adduce contextual evidence at trial of the relationships between military judges and court personnel. It may reasonably be expected that a number of court reporters and military judges will therefore be called to the witness stand. Obviously, the trial judge will have to determine the credibility of the testimonies heard. However, a number of military judges are already aware of the allegations against Colonel Dutil and of the nature of the professional and personal relationship between him and Warrant Officer Dorval. This could distort their ultimate conclusion about the impact of this relationship on unit cohesion.

[145] A fully informed person having thought the situation through in a realistic and practical way would conclude that the previous relationships or close ties between the military judges and court reporters and the Judicial Administrator—who have to continue working together in the future and trust each other to do their work efficiently—are likely to influence or distort the judgment of the military judge assigned to hear the case, and raise a reasonable apprehension of bias. This is a general contaminating factor that requires quarantining all those concerned.

[143] D’ailleurs, comme l’a déjà souligné le procureur du colonel Dutil dans son avis de demande de récusation en date du 9 mai 2019, l’élément de « préjudice au bon ordre et à la discipline » est une composante essentielle de l’infraction prévue à l’article 129 de la LDN (*R. c. Tomczyk*, 2012 CACM 4, aux paragraphes 24–25; *Canada c. Bannister*, 2019 CACM 2, aux paragraphes 44 et suivants). Dans ce contexte, le juge du procès devra évaluer toute preuve directe de préjudice réel, ou encore déduire qu’il y a préjudice comme conséquence naturelle des actes prouvés. Cet exercice juridique exige, bien évidemment, de procéder à une analyse contextuelle impartiale de toute la preuve. Cela ne semble pas possible si le juge militaire a une connaissance personnelle du contexte et des faits en litige, et potentiellement, soit un témoin important. Cette Cour partage également le même avis.

[144] D’ores et déjà, la défense a déjà annoncé qu’elle entendait faire au procès une preuve de contexte au niveau des relations s’établissant entre les juges militaires et le personnel judiciaire. On peut raisonnablement s’attendre que plusieurs sténographes, ainsi que des juges militaires, seront donc appelés à la barre des témoins. Évidemment, le juge du procès sera appelé à décider de la crédibilité des témoignages entendus. Or, plusieurs juges militaires sont déjà au courant des faits reprochés au colonel Dutil et connaissent la nature des rapports professionnels et personnels entre le colonel Dutil et l’adjudant Dorval. Cela peut fausser leur conclusion éventuelle concernant l’impact que cette relation a pu avoir sur la cohésion de l’unité.

[145] Une personne bien renseignée qui étudierait la situation en profondeur, de manière réaliste et pratique, conclurait que les rapports antérieurs ou les liens de proximité entre les juges militaires et les sténographes judiciaires et l’administratrice judiciaire — qui doivent continuer de travailler ensemble dans le futur et se faire mutuellement confiance pour accomplir efficacement leur travail — sont de nature à influencer ou à fausser le jugement du juge militaire désigné pour entendre la cause et soulever une crainte raisonnable de partialité. C’est un facteur de contamination général qui force la mise en quarantaine de toutes les personnes concernées.

D. Specific or additional reasons for not assigning Judges Sukstorf, Deschênes or Pelletier

[146] To arrive at the conclusion not to assign any of the other three eligible military judges, the Chief Military Judge refers to the essence of the reasoning found in the recusal decision, which is based on the following elements, among other things:

- (a) Though she completed some second-language training and presided at a court martial in English where a witness gave brief testimony in French on a guilty plea and a joint submission on sentencing, Judge Sukstorf—whose mother tongue is English—does not have sufficient proficiency in French to preside over this contested and complex case (paragraphs 19 and 94 of the recusal decision and paragraphs 5 and 6 of the non-assignment decision);
- (b) In addition to her acting as a legal adviser at the Office of the Chief Military Judge and her apparent involvement in the ethics complaint, Judge Deschênes will have to assess the credibility and reliability of witnesses with whom she has worked or will continue to have a professional relationship and could also be called as a defence witness, which raises a reasonable apprehension of bias (paragraphs 37, 80–82 and 94 of the recusal decision; paragraphs 14 and 15 of the non-assignment decision). Moreover, since Judge Deschênes has been appointed only recently, she would not have the required experience to preside at Colonel Dutil’s trial;
- (c) Judge Pelletier’s appointment also raises a reasonable apprehension of bias, mainly because of his past and apparently acrimonious relationship with the Chief Military Judge and his personal knowledge of the witnesses and of what was said about the difficulty to assess the credibility and reliability of people with whom he has worked and will continue to work, like the Court Martial Administrator, who will continue to make decisions that could

D. Motifs particuliers ou additionnels de non-désignation des juges Sukstorf, Deschênes et Pelletier

[146] Pour arriver à la conclusion de ne désigner aucun des trois autres juges militaires éligibles, le juge militaire en chef reprend l’essence du raisonnement que l’on retrouve dans la décision de récusation, et qui s’articule notamment autour des éléments suivants :

- a) Bien qu’elle a suivi certains cours de langue seconde et ait présidé une cour martiale en anglais où un témoin a rendu un court témoignage en français dans le cadre d’un plaidoyer de culpabilité et d’une soumission conjointe sur sentence, la juge Sukstorf — dont la langue maternelle est l’anglais — n’a pas une compétence linguistique suffisante en français pour présider cette cause contestée et complexe (paragraphes 19 et 94 de la décision de récusation et paragraphes 5 et 6 de la décision de non-désignation);
- b) En plus d’avoir agi comme conseillère juridique au bureau du juge en chef militaire et avoir apparemment été impliquée dans la plainte déontologique, la juge Deschênes devra évaluer la crédibilité et la fiabilité de témoins avec qui elle a travaillé ou continuera d’avoir une relation professionnelle et pourrait être elle-même appelée à témoigner par la défense, ce qui soulève une crainte raisonnable de partialité (paragraphes 37, 80 à 82 et 94 de la décision de récusation; paragraphes 14 et 15 de la décision de non-désignation). De plus, la juge Deschênes n’ayant été que très récemment nommée, elle n’aurait pas l’expérience nécessaire pour présider le procès du colonel Dutil;
- c) La nomination du juge Pelletier soulève également une crainte raisonnable de partialité, notamment à cause de sa relation passée apparemment acrimonieuse avec le juge militaire en chef et sa connaissance personnelle des témoins et de ce qui a été dit au sujet de la difficulté d’évaluer la crédibilité et la fiabilité de personnes avec lesquelles il a travaillé et continuera de travailler, comme l’administratrice de la cour martiale qui continuera à

affect him in his role as a military judge (paragraphs 12, 13, 80 to 82 and 94 of the recusal decision; paragraph 11 of the non-assignment decision).

prendre des décisions pouvant l'affecter dans sa fonction de juge militaire (paragraphe 12, 13, 80 à 82 et 94 de la décision de récusation; paragraphe 11 de la décision de non-désignation).

[147] It is clear that Judge Deschênes's inexperience is not a reasonable ground not to assign her: a judge is a judge, and there is no training period where a judge is a novice or junior and cannot hear certain cases. That being said, this ground, as articulated in the non-assignment decision, could reflect the concern of the Director of Military Prosecutions regarding the training that Judge Deschênes had to complete and that could delay Colonel Dutil's trial. However, this conclusion was not determinative, and there is no need here to deal with it any further.

[147] Il est évident que l'inexpérience de la juge Deschênes n'est pas un motif raisonnable de non-désignation : un juge est un juge, et il n'existe pas de période de formation où un juge est novice ou junior et ne peut entendre certaines causes. Ceci étant dit, ce motif tel qu'exprimé dans la décision de non-désignation pourrait refléter l'inquiétude du directeur des poursuites militaires quant aux formations que la juge Deschênes devait suivre et qui pourraient retarder la tenue du procès du colonel Dutil. Toutefois, cette conclusion n'était pas déterminante, et il n'est pas ici nécessaire de s'y pencher plus longuement.

[148] Notwithstanding the issue of Judge Deschênes's inexperience, the impugned decision is, on the whole, reasonable. It goes without saying that a conflict of interest, whether real or apparent, disqualifies at least two military judges currently in office: Judges Pelletier and Deschênes. This leaves Judge Sukstorf. The applicant would like Judge Sukstorf herself to decide the issue of her language skills. The applicant notes that in *Société des Acadiens v. Association of Parents*, [1986] 1 S.C.R. 549, (1986), 27 D.L.R. (4th) 406 (*Société des Acadiens*), the Supreme Court stated that "a judge must assess in good faith and in as objective a manner as possible his or her own level of understanding of the language of the proceedings" (pages 627–628). That comment is not determinative, in the opinion of this Court.

[148] Nonobstant la question de l'inexpérience de la juge Deschênes, la décision contestée est raisonnable dans son ensemble. Il va de soi qu'un conflit d'intérêts, réel ou apparent, disqualifie au moins deux juges militaires actuels, les juges Pelletier et Deschênes. Reste la juge Sukstorf. Le demandeur voudrait que ce soit la juge Sukstorf qui tranche elle-même la question de ses capacités linguistiques. Le demandeur rappelle que dans l'arrêt *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549 (*Société des Acadiens*), la Cour suprême a mentionné qu'« un juge doit, de bonne foi et de la manière la plus objective possible, évaluer lui-même son niveau de compréhension de la langue des procédures » (page 628). Ce dernier commentaire n'est pas déterminant de l'avis de cette Cour.

[149] First, the right to a trial in the official language of one's choice has changed considerably since *Société des Acadiens*, especially in a criminal law context, which was not the context of that case (see, for example, *Beaulac*). Moreover, we do not believe that the Supreme Court rejected the possibility that a chief justice would himself or herself assess the language proficiency of his or her judges, when *Société des Acadiens* was decided against the backdrop of a party's request that another judge hear the case. On the contrary, Justice Wilson quoted [at paragraph 167] with approval the following excerpt from *R. v. Tremblay* (1985), 41 Sask. R. 49, 1985 CanLII 2711

[149] D'abord, le droit à un procès dans la langue officielle de son choix a bien évolué depuis *Société des Acadiens*, surtout dans un contexte de droit criminel, qui n'était pas celui de ce dernier arrêt (voir, par exemple, *Beaulac*). D'ailleurs, nous ne croyons pas que la Cour suprême a écarté la possibilité qu'un juge en chef évalue lui-même la compétence linguistique de ses juges, alors que *Société des Acadiens* a été décidée dans le contexte d'une demande par une partie pour qu'un autre juge entende la cause. Au contraire, la juge Wilson cite [au paragraphe 167] avec approbation un extrait de la décision *R. v. Tremblay* (1985), 41 Sask. R. 49, 1985 CanLII 2711

(Q.B.): “I have no doubt that at the accused’s hearing a bilingual judge will be provided by the Chief Justice, and there is no reason why bilingual court staff cannot be made available” (emphasis added).

[150] Regarding Judge Sukstorf’s language skills, it is therefore clear that the decision falls within the proper administration of justice and the Deputy Chief Military Judge’s power to assign. What is more, in the case of a federal court such as the Court Martial, it is the responsibility of its head—Chief Justice, Chairperson or designate—to ensure that the person assigned to hear the case can preside at the trial in English, French or both official languages, as applicable, without the assistance of an interpreter, when section 16 of the OLA applies.

[151] Ultimately, this Court must defer to the good judgment of the Deputy Chief Military Judge. First, throughout the preliminary discussions, it appears that the parties on the record always considered that Judge Sukstorf could not preside at the court martial of Colonel Dutil. At the very least, the Director of Military Prosecutions never objected to this. Second, even if Judge Sukstorf has occasionally, in a very limited way, heard brief testimony in French and even signed a decision written in French in a non-contested matter, the complexity of this case is a serious impediment. The Court sees nothing unreasonable in the Deputy Chief Military Judge’s conclusion.

E. Doctrine of necessity: non-application in cases of flagrant injustice

[152] Following the *voir dire*, the Deputy Chief Military Judge found that the prosecution had demonstrated that there could be grounds to justify an objection regarding Judges Pelletier and Deschênes, as Judge Sukstorf does not have sufficient language abilities to conduct a trial in French (paragraph 94 of the recusal decision).

[153] The fact remains, the Deputy Chief Military Judge concluded in the recusal decision, that the doctrine of necessity did not oblige him to continue to preside over the trial (paragraphs 85–101 of the recusal decision).

(B.R.), dans laquelle on peut lire : [TRADUCTION] « Je ne doute pas que le Juge en chef fournira un juge bilingue aux fins de l’audience et rien n’empêche que le personnel de la cour soit aussi bilingue » (je souligne).

[150] S’agissant des capacités linguistiques de la juge Sukstorf, il est donc clair qu’il s’agit d’une décision relevant de la saine administration de la justice et des pouvoirs de désignation du juge militaire en chef adjoint. Qui plus est, dans le cas d’un tribunal fédéral comme la Cour martiale, il incombe à son dirigeant — juge en chef, président ou délégué — de veiller à ce que la personne chargée d’entendre l’affaire puisse présider le procès en anglais, en français ou dans les deux langues officielles, sans l’aide d’un interprète, suivant l’option applicable en l’espèce lorsque l’article 16 de la LLO s’applique.

[151] En définitive, cette Cour doit s’en remettre au bon jugement du juge militaire en chef adjoint. D’abord, tout au long des discussions préliminaires, il appert que les parties au dossier ont toujours considéré que la juge Sukstorf ne pouvait présider la cour martiale du colonel Dutil. À tout le moins, le directeur des poursuites militaires ne s’y est jamais objecté. Ensuite, même si la juge Sukstorf a pu à l’occasion, de manière très limitée, entendre un court témoignage en français, voire même signer une décision en français dans une affaire non contestée, la complexité du présent dossier constitue un empêchement sérieux. La Cour ne voit rien de déraisonnable dans la conclusion du juge militaire en chef adjoint.

E. Doctrine de la nécessité : non application dans le cas d’une injustice flagrante

[152] À la suite du *voir-dire*, le juge militaire en chef adjoint a conclu que la poursuite avait démontré qu’il pourrait y avoir des motifs pouvant justifier une demande de récusation à l’égard des juges Pelletier et Deschênes — la juge Sukstorf, n’ayant pas les capacités linguistiques suffisantes pour conduire un procès en langue française (paragraphe 94 de la décision de récusation).

[153] Il n’empêche, le juge militaire en chef adjoint a conclu dans la décision de récusation que la doctrine de nécessité ne le forçait pas à continuer à présider le procès (paragraphes 85 à 101 de la décision de récusation). En

Indeed, a new military judge (other than one of the three eligible military judges), or even a reserve military judge, can still be appointed by the Governor in Council and subsequently assigned by the Deputy Chief Military Judge to continue Colonel Dutil's trial at a court martial. That said, even if there would be some delay, the prosecution had known about this issue for some time already (paragraphs 91, 92, 96–97 of the recusal decision).

[154] Before this Court, the applicant pleaded in the alternative that the doctrine of necessity required the Deputy Chief Military Judge to assign one of the three eligible military judges—even if the grounds for non-assignment concerning each of them were reasonable—given the situation of necessity in the case at bar. In reality, the applicant is indirectly challenging the merits of the reasoning underlying the Deputy Chief Military Judge's reasoned decision to recuse himself and, therefore, not to assign Judges Sukstorf, Pelletier and Deschênes because of the evidence, troubling to say the least, adduced during the *voir dire*. Insofar as the applicant did not legally challenge the recusal decision, he should not be permitted to assert today, before this Court, the doctrine of necessity, which constitutes a collateral attack. Despite that, and if the Court must nevertheless decide this issue today, the doctrine of necessity is of no assistance to the applicant.

[155] In *Ref. re Remuneration of Judges of Prov. Court of PEI*; *Ref. re Independence & Impartiality of Judges of Prov. Court of PEI*; *R. v. Campbell*; *R. v. Ekmeçic*; *R. v. Wickman*; *Manitoba Prov. Judges Assn. v. Manitoba (Min. of Justice)*, [1998] 1 S.C.R. 3, the Supreme Court of Canada established certain scales for the application of the doctrine of necessity, and stated that it will not apply in circumstances where its application would involve positive and substantial injustice since it cannot be presumed that the policy of either the legislature or the law is that the rule of necessity should represent an instrument of such injustice. Secondly, when the rule does apply, it applies only to the extent that necessity justifies. These two limitations make clear that the doctrine should not be applied mechanically. To do so would gravely undermine the guarantee of an impartial and independent tribunal provided by section 11(d) of the

effet, un nouveau juge militaire (autre que l'un des trois juges militaires éligibles), ou encore un juge militaire de la réserve, pourra toujours être nommé par le gouverneur en conseil et être ensuite désigné par le juge militaire en chef adjoint pour continuer le procès en cour martiale du colonel Dutil. Cela dit, même s'il y aura un certain délai, cette problématique était connue de la poursuite depuis un certain temps déjà (paragraphes 91, 92, 96–97 de la décision de récusation).

[154] Devant cette Cour, le demandeur plaide subsidiairement que la doctrine de nécessité exigeait du juge militaire en chef adjoint qu'il désigne un des trois juges militaires éligibles — même si les motifs de non-désignation à l'égard de chacun de ceux-ci étaient raisonnables — vu la situation de nécessité qui prévaut en l'espèce. En réalité, le demandeur conteste indirectement le caractère bien fondé du raisonnement sous-tendant la décision motivée du juge militaire en chef adjoint de se récuser, et partant, de ne pas désigner les juges Sukstorf, Pelletier et Deschênes à cause des éléments, pour le moins troublants, qui ont été mis en preuve lors du *voir dire*. Dans la mesure où le demandeur n'a pas légalement contesté la décision de récusation, il ne devrait pas lui être permis de faire valoir aujourd'hui devant cette Cour la doctrine de nécessité, qui constitue une attaque collatérale. Qu'à cela ne tienne, et si la Cour doit malgré tout trancher aujourd'hui cette question, la doctrine de nécessité n'est d'aucun secours au demandeur.

[155] Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour prov. de l'ÎPÉ*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour prov. de l'ÎPÉ*; *R. c. Campbell*; *R. c. Ekmeçic*; *R. c. Wickman*; *Manitoba Prov. Judges Assn. c. Manitoba (Justice)*, [1998] 1 R.C.S. 3, la Cour suprême du Canada a établi certains barèmes d'application de la doctrine de la nécessité, et a précisé que celle-ci ne s'applique pas dans les cas où elle entraînerait une injustice concrète et substantielle, puisqu'on ne saurait présumer que le législateur ou le droit entendent que la règle de la nécessité serve d'instrument d'injustice. Deuxièmement, lorsque la règle est effectivement appliquée, elle ne l'est que dans la mesure justifiée par la nécessité. Ces deux limitations indiquent clairement que la doctrine ne devrait pas être appliquée machinalement. Le faire porterait gravement atteinte au droit d'être

Charter. In this case, the doctrine of necessity would not apply in a context of criminal or military justice where the fundamental rights of the accused may be irreparably compromised by the absence of an impartial and independent tribunal or by the language deficiency of the trial judge.

F. *The rule of law: the absolute rule of conduct*

[156] The applicant also argues that, given the strong presumption of impartiality to which judges are entitled (*Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 4, [2003] 2 S.C.R. 259, at paragraph 59; *Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis Canada Inc.*, 2008 FCA 394, at paragraph 6), the Deputy Chief Military Judge should have given, successively, each of the three eligible judges the opportunity to preside over the hearing, hear an objection already announced, and to then decide whether or not he could hear the case. Therefore, until all of the available judges have recused themselves one by one, the Deputy Chief Military Judge would have to assign another replacement military judge. In the Court's view, not only does such an approach go against the interests of the administration of justice, but it completely discredits the image of the courts martial while considerably weakening the institutional independence and the essential role of the Office of the Chief Military Judge in matters of military justice.

[157] One will agree that institutional independence includes administrative aspects that have a direct practical effect on the exercise of judicial functions, including assignment of judges, convening and the sittings of each court martial (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673 (*Valente*)). And, moreover, a Court Martial has the same powers, rights and privileges as are vested in a superior court of criminal jurisdiction with respect to the enforcement of its orders and all other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, and these latter powers also extend to each military judge for the exercise of his or her judicial duties (section 179 of the NDA).

[158] It must be noted that if the Deputy Chief Military Judge made the concrete decision, on June 17, 2019, to

jugé par un tribunal impartial et indépendant que garantit l'alinéa 11d) de la Charte. En l'espèce, la doctrine de la nécessité ne saurait s'appliquer dans un contexte de justice criminelle ou militaire où les droits fondamentaux de l'accusé peuvent être irrémédiablement compromis par l'absence d'un tribunal impartial ou indépendant ou par l'incapacité linguistique du juge du procès.

F. *La primauté du droit : la règle de conduite absolue*

[156] Le demandeur soutient également qu'étant donné la forte présomption d'impartialité à laquelle ont droit les juges (*Wewaykum Indian Band c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259, au paragraphe 59; *Apotex Inc. c. Sanofi-Aventis Canada Inc.*, 2008 CAF 394, au paragraphe 6), le juge militaire en chef adjoint aurait dû accorder, successivement, à chacun des trois juges éligibles la chance de présider l'audience, d'entendre une demande de récusation déjà annoncée et, ensuite de décider s'il pouvait ou non entendre la cause. Donc, jusqu'à ce que tous les juges disponibles se soient un à un récusés, il faudrait que le juge militaire en chef adjoint désigne un autre juge militaire remplaçant. De l'avis de la Cour, une telle approche va non seulement à l'encontre de la meilleure administration de la justice, mais elle a pour effet de totalement discréditer l'image des cours martiales, tout en affaiblissant considérablement l'indépendance institutionnelle et le rôle essentiel du Cabinet du juge militaire en chef en matière de justice militaire.

[157] On conviendra que l'indépendance institutionnelle inclut les aspects administratifs ayant directement un effet pratique sur l'exercice des fonctions judiciaires, incluant l'assignation des juges, la convocation et les séances de chaque cour martiale (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673 (*Valente*)). Et, d'ailleurs, pour l'exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, la Cour martiale possède les mêmes attributions qu'une cour supérieure de juridiction criminelle, et ces derniers pouvoirs s'étendent également à chaque juge militaire pour l'exercice des fonctions judiciaires qui lui sont conférés (article 179 de la LDN).

[158] Force est de constater que si le juge militaire en chef adjoint a pris concrètement la décision, le 17 juin

adjourn the matter before the Court Martial and to not assign a replacement judge among the three eligible military judges, it is not an act that was taken lightly. Quite the contrary. It is first and foremost to ensure the rule of law and to preserve the accused's right to a fair trial before an impartial and independent tribunal (paragraph 7 of the non-assignment decision). (See also *Ethical Principles for Judges*, Canadian Judicial Council, 2004 [at page 7]: "Judges should encourage and uphold arrangements and safeguards to maintain and enhance the institutional and operational independence of the judiciary.") And, because the confidence of the public and of military personnel depends on, among other things, the impartiality of the military judge, that confidence could be undermined if a replacement military judge were assigned among those currently eligible (paragraphs 7, 8 and 16 of the non-assignment decision).

[159] Having considered all of the grounds for non-assignment in light of the evidence in the record and the applicable principles of law, this Court is not satisfied that the challenged decision is unreasonable, or that it is otherwise tainted by a reviewable error of law or fact affecting the final outcome and justifying the intervention of this Court.

X. Exercise of judicial discretion with respect to the issuance of a writ of *mandamus* and remedial action

[160] As explained above, there was no excess of jurisdiction or usurpation of power by the Deputy Chief Military Judge, and the challenged decision is reasonable in all respects. Consequently, the applicant has not satisfied this Court that a writ of *certiorari* or a writ of *mandamus* can be granted. Alternatively, the respondents have invited this Court to disallow, in any event, the remedies sought by the applicant in the exercise of its judicial discretion.

[161] The issuance of a writ of *mandamus* is not automatic and, moreover, the applicant must comply with several cumulative conditions (*Lukacs v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 202, 14 Admin. L.R. (6th) 181, at paragraph 29; *Apotex; Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, 1979 CanLII 18, at page 574):

2019, d'ajourner la cause devant la Cour martiale et de ne pas désigner un juge remplaçant parmi les trois juges militaires éligibles, ce n'est pas un acte qui a été posé à la légère. Bien au contraire. C'est d'abord et avant tout pour assurer la primauté du droit et le respect du droit de l'accusé à un procès juste et équitable devant un tribunal impartial et indépendant (paragraphe 7 de la décision de non-désignation) (voir aussi *Principes de Déontologie Judiciaire*, Conseil Canadien de la magistrature, 2004 [à la page 7] : « Les juges, tant sur le plan institutionnel qu'opérationnel, favorisent et appliquent les mesures et les garanties qui visent à préserver et à accroître l'indépendance de la magistrature. ») Et, puisque la confiance du public et des militaires repose, entre autres choses, sur l'impartialité du juge militaire, cette confiance pourrait être minée si un juge militaire remplaçant était désigné parmi ceux qui sont actuellement éligibles (paragraphes 7, 8 et 16 de la décision de non-désignation).

[159] Ayant considéré l'ensemble des motifs de non-désignation à la lumière des preuves au dossier et des principes de droit applicables, cette Cour n'est pas satisfaite que la décision contestée est déraisonnable, ou que celle-ci est autrement entachée d'une erreur de droit ou de fait révisable affectant le résultat final et pouvant justifier l'intervention de la Cour.

X. Exercice de la discrétion judiciaire en matière d'émission de bref de *mandamus* et de réparation judiciaire

[160] Comme il a été expliqué plus haut, il n'y a eu aucun excès de compétence ou usurpation de pouvoir du juge militaire en chef adjoint, et la décision contestée est à tous égards raisonnable. Par conséquent, le demandeur n'a pas satisfait cette Cour qu'un bref de *certiorari* ou un bref de *mandamus* peut être accordé. Subsidiairement, les défendeurs ont invité cette Cour à refuser, en tout état de cause, les remèdes recherchés par le demandeur dans l'exercice de sa discrétion judiciaire.

[161] L'émission d'un bref de *mandamus* n'est pas automatique et d'ailleurs plusieurs conditions cumulatives doivent être respectées par le demandeur (*Lukacs c. Canada (Office des transports)*, 2016 CAF 202, au paragraphe 29; *Apotex; Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, 1979 CanLII 18, à la page 574) :

- | | |
|---|---|
| (1) there must be a legal duty to act; | (1) il doit exister une obligation légale d'agir à caractère public; |
| (2) the duty must be owed to the applicant; | (2) l'obligation doit exister envers le requérant; |
| (3) there must be a clear right to performance of that duty; | (3) il existe un droit clair d'obtenir l'exécution de cette obligation; |
| (4) where the duty sought to be enforced is discretionary, certain additional principles apply; | (4) lorsque l'obligation dont on demande l'exécution forcée est discrétionnaire, des principes additionnels s'appliquent; |
| (5) no adequate remedy is available to the applicant; | (5) le requérant n'a aucun autre recours; |
| (6) the order sought will have some practical value or effect; | (6) l'ordonnance sollicitée aura une incidence sur le plan pratique; |
| (7) the Court finds no equitable bar to the relief sought; and | (7) le tribunal estime que rien n'empêche d'obtenir le redressement demandé; |
| (8) on a balance of convenience an order of <i>mandamus</i> should be issued. | (8) compte tenu de la balance des inconvénients, une ordonnance de <i>mandamus</i> devrait être rendue. |

[162] First, the applicant must have a clear legal right. If there is a clear right to require the assignment of a judge, it must be of a public nature and the Director of Military Prosecutions may rely on it as the prosecutor. However, according to the principle of the rule of law, the simple fact that the decision maker must comply with the Charter cannot constitute a refusal to perform a legal duty, such that a writ of *mandamus* cannot be issued by the Court in such a case.

[163] The applicant relies on *Director of Military Prosecutions* rendered by the Federal Court of Appeal. However, the decision must be read in its entirety. The first issue concerned the legality of the Chief Military Judge's decision not to appoint a military judge, because such an assignment went against the open court principle. But that matter is very different from this case.

[164] The Federal Court of Appeal ruled that the Chief Military Judge and the applications Judge had both committed the same error of law by determining, from the start, that the sealing of the charge by the Director of Military Prosecutions for the brief period of time required for a military judge to rule on the issue of

[162] Premièrement, le demandeur doit avoir un droit légal clair. S'il existe un droit clair d'exiger la désignation d'un juge, celui-ci est nécessairement à caractère public et le directeur des poursuites militaires peut l'invoquer en tant que partie poursuivante. Toutefois, suivant le principe de la primauté du droit, le simple fait pour le décideur de se conformer à la Charte ne peut constituer un refus d'accomplir une obligation légale, de sorte qu'aucun bref de *mandamus* ne peut être émis par la Cour en pareil cas.

[163] Le demandeur s'appuie sur l'arrêt *Directrice des poursuites militaires* rendu par la Cour d'appel fédérale. Il faut lire l'ensemble de la décision, cependant. La première question touchait la légalité d'une décision de la juge militaire en chef de ne pas nommer de juge militaire, parce qu'une telle désignation allait à l'encontre du principe de la publicité des débats. Mais cette affaire est très différente du présent cas.

[164] La Cour d'appel fédérale a statué que la juge militaire en chef et la juge de première instance avaient tous les deux commis la même erreur de droit en déterminant au départ que la mise sous scellés de l'acte d'accusation par le directeur des poursuites militaires, durant la brève période requise pour qu'un juge militaire statue

confidentiality, contravened the constitutional principle of an open court. The Federal Court of Appeal concluded that no alternate avenue was open to the Director of Military Prosecutions in the case of a “classified” charge. However, if the issue of disclosure could not be submitted at the preliminary stage to the permanent court martial in the manner suggested by the Director of Military Prosecutions, the accused would likely never have been brought before justice. The Federal Court of Appeal therefore reversed the trial decision dismissing the application for judicial review. Without discussing or addressing the special conditions mentioned in *Apotex*, the Federal Court of Appeal issued a writ of *mandamus* ordering the Chief Military Judge to assign a military judge, and the Court Martial Administrator to convene a permanent court martial forthwith. Therefore, there is every reason to believe that if the constitutional principle of the open court—which had been raised prematurely—had been violated at the commencement of the trial by court martial, then the application for judicial review would have been dismissed and a writ of *mandamus* would not have been issued.

[165] It goes without saying that this case is different from *Director of Military Prosecutions* in many fundamental aspects. Non-assignment in the latter case occurred when the permanent court martial was not yet constituted. In the case at bar, Colonel Dutil’s court martial has already been constituted and its proceedings have only been adjourned.

[166] Second, even if one were to assume for a moment that there could be a legal duty to act, it is clear here that the order of *mandamus* sought will have no impact on a practical level. In addition, this Court finds that the public considerations that are mentioned later prevent the applicant from obtaining the relief sought. Moreover, the balance of convenience is clearly in favour of the accused, Dutil.

[167] Let us be categorical: In this context, none of the three current military judges available can preside over Colonel Dutil’s court martial without causing irreparable

sur la question de la confidentialité, contrevenait au principe constitutionnel de la publicité des débats. La Cour d’appel fédérale a conclu que le directeur des poursuites militaires ne disposait d’aucun autre moyen à sa disposition dans le cas d’un acte d’accusation « classifié ». Or, si la question de la divulgation ne pouvait pas être soumise préliminairement à la cour martiale permanente de la manière proposée par le directeur des poursuites militaires, l’accusé n’aurait sans doute jamais pu être traduit en justice. La Cour d’appel fédérale a donc infirmé la décision de première instance rejetant la demande de contrôle judiciaire. Sans discuter ou aborder les conditions particulières mentionnées dans l’arrêt *Apotex*, la Cour d’appel fédérale a émis un bref de *mandamus* ordonnant à la juge militaire en chef de désigner un juge militaire, et à l’administrateur de la cour martiale de convoquer sur le champ une cour martiale permanente. Il y a donc tout lieu de croire que si le principe constitutionnel de publicité des débats — qui avait été soulevé prématurément — avait été violé à l’ouverture du procès en cour martiale —, alors la demande de contrôle judiciaire aurait été rejetée et un bref de *mandamus* n’aurait pas été émis.

[165] Il va sans dire que la présente affaire se distingue de l’affaire *Directrice des poursuites militaires* sous plusieurs aspects fondamentaux. La non-désignation dans cette dernière affaire était intervenue alors que la cour martiale permanente n’était même pas encore constituée. Dans le cas sous étude, la cour martiale du colonel Dutil a déjà été constituée et ses procédures ne sont qu’ajournées.

[166] Deuxièmement, même en présumant pour un moment qu’il puisse exister une obligation légale d’agir, il est clair ici que l’ordonnance de *mandamus* sollicitée n’aura aucune incidence sur le plan pratique. De plus, la Cour estime que les considérations d’ordre public qui sont mentionnés plus loin empêchent le demandeur d’obtenir le redressement demandé. De surcroît, la balance des inconvénients est nettement en faveur de l’accusé Dutil.

[167] Soyons catégorique également : dans le contexte actuel, aucun des trois juges militaires disponibles actuels ne peut présider la cour martiale du colonel Dutil,

damage to the constitutional right granted to every accused, that is, the right to be tried by an independent and impartial tribunal. There is no possible proportionality or negotiation. In short, Judges Pelletier, Sukstorf and Deschênes cannot hear the case and are tainted by their past conduct or the positions that they were able to adopt. In a potentially toxic environment, only a new decision maker, from outside the Office of the Chief Military Judge, can remove the apprehension of bias already expressed by the Deputy Chief Military Judge. The evidence that was submitted during the *voir dire* is indeed eloquent and speaks for itself.

[168] The Office of the Chief Military Judge is a rather small unit of the Forces. It is clear that Colonel Dutil, who allegedly is its “commander” (which is challenged by the accused), has become an inevitable centre of attraction and that the charges have polluted the work environment and the relations of the officers and military personnel who are part of the workforce of the Office of the Chief Military Judge. Rumours. Information. Odds are that everyone has already formed an opinion. That includes, of course, the military judges. All of this is extremely damaging to the proper administration of the courts martial and the presumption of impartiality of its members. The strong presumption of impartiality has its limits. How can a military judge in office, today, argue seriously and with aplomb, that he has the distance and serenity required to exclude everything he may have already heard or seen? Do Judges Pelletier, Sukstorf and Deschênes really need to be assigned again by the defence, in turn, as part of a new *voir dire*, following an order of *mandamus* from this Court obliging the Deputy Chief Military Judge to nonetheless assign an available military judge? Is this the type of “spectacle” that we want to give to the public and to the litigants of the Code of Service Discipline?

[169] To ask the question is to answer it. In short, it would be futile here and contrary to the interests of the administration of justice to oblige the assignment of one of the three current military judges.

sans que ne soit irrémédiablement atteint le droit constitutionnel qui est accordé à tout accusé d’être jugé par un tribunal impartial et indépendant. Il n’y a pas de commune mesure ni de négociation possible. Bref, les juges Pelletier, Sukstorf et Deschênes ne peuvent entendre l’affaire et sont contaminés par leur comportement passé ou les prises de position qu’ils ont pu prendre. Dans un environnement potentiellement toxique, seul un nouveau décideur, provenant de l’extérieur du Cabinet du juge militaire en chef pourra faire disparaître les craintes de partialité déjà exprimées par le juge militaire en chef adjoint. La preuve qui a été soumise durant le voir-dire est d’ailleurs éloquente et parle d’elle-même.

[168] Le Cabinet du juge militaire en chef est une bien petite unité des Forces. Il est clair que le colonel Dutil, qui serait son « commandant » (ce qui est contesté par l’accusé), est devenu un centre incontournable d’attraction et que les accusations portées ont pollué l’environnement de travail et les relations des officiers et militaires faisant partie des effectifs du Cabinet du juge militaire en chef. Rumeurs. Dénonciations. Il y a fort à parier que tous et chacun se sont déjà fait une opinion. Ce qui inclut bien entendu les juges militaires. Tout ceci est hautement dommageable pour la bonne administration des cours martiales et la présomption d’impartialité de ses membres. La forte présomption d’impartialité a ses limites. Comment un juge militaire en place peut-il, aujourd’hui, prétendre sérieusement et avec aplomb, avoir la distance et la sérénité nécessaires pour faire exclusion de tout ce qu’il a pu entendre ou avoir vu déjà? Faut-il vraiment que les juges Pelletier, Sukstorf et Deschênes soient assignés derechef par la défense tour à tour dans le cadre d’un nouveau voir-dire, suite à une ordonnance de *mandamus* de cette Cour forçant le juge militaire en chef adjoint de désigner malgré tout un juge militaire disponible? Est-ce le genre de « spectacle » que l’on veut offrir au public et aux justiciables du Code de discipline militaire?

[169] Poser la question, c’est y répondre. Bref, il serait ici futile et contraire à la meilleure administration de la justice de forcer la désignation de l’un des trois juges militaires actuels.

[170] In passing, as described earlier, this Court was informed by counsel for respondent Dutil during the hearing of this application for judicial review in November 2019 that, on June 21, 2019, Judge Deschênes communicated directly with the military police on the subject of the case. However, a well-informed person examining the issue in detail, in a realistic and practical manner, would conclude that if a judge who is to hear a criminal case communicated with the police before the trial, that alone is a sufficient ground to raise a reasonable apprehension of bias. In addition, even if we were to give relative weight to what is reported in the email dated May 20, 2015—which constitutes hearsay and self-serving evidence—the fact remains that that evidence provides us with rather clear indications about the state of mind and opinion that Judge Deschênes may have had about Colonel Dutil’s guilt or innocence, especially after having spoken with Judge Pelletier and independent counsel. That is an important consideration with respect to the appearance of bias, and the least one can say is that Judge Deschênes is in conflict of interest, which is sufficient to personally disqualify her.

[171] Today, we must say it loudly and clearly: the litigants of the Code of Service Discipline are not second-class citizens. They all deserve fair treatment and the same quality of justice to which anyone accused of an offence punishable by imprisonment aspires and is entitled. Clearly, it was within the powers of the Deputy Chief Military Judge to protect the accused from flagrant injustice. Moreover, this Court would have acted in the same manner and granted a writ of prohibition to prevent the continuation of the trial before the Court Martial if the Deputy Chief Military Judge had instead assigned, on June 17, 2019, one of the three eligible military judges after their recusal (*Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, 1976 CanLII 2, at page 394, de Grandpré J. (dissenting); *Valente*, at paragraph 15).

[172] In passing, because of the findings at paragraphs 115, 121, 126, 131–133 and 145 of the *Pett* decision, the Deputy Chief Military Judge alternatively submits to this Court that the Director of Military

[170] Au passage, tel que précédemment décrit, la Cour a été informée par le procureur du défendeur Dutil lors de l’audience de la présente demande de contrôle judiciaire en novembre 2019, que la juge Deschênes a directement communiqué au sujet de la cause avec la police militaire le 21 juin 2019. Or, une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de manière réaliste et pratique, conclurait que si un juge qui doit entendre une cause criminelle a communiqué avant le procès avec la police, c’est un motif suffisant, en lui-même, pour soulever une crainte raisonnable de partialité. De plus, même en accordant un poids relatif à ce qui est rapporté dans le courriel du 20 mai 2015 — lequel constitue une preuve de ouï-dire et intéressée —, il n’en demeure pas moins que cette preuve nous fournit des indications assez claires sur l’état d’esprit et l’opinion que la juge Deschênes a pu se faire elle-même sur la culpabilité ou la non-culpabilité du colonel Dutil, surtout après avoir parlé au juge Pelletier et à un avocat indépendant. C’est une considération importante au niveau de l’apparence de partialité, et le moins qu’on puisse dire, c’est que la juge Deschênes est en conflit d’intérêts, ce qui est suffisant pour la disqualifier personnellement.

[171] Il faut aujourd’hui l’affirmer haut et fort : les justiciables du Code de discipline militaire ne sont pas des citoyens de seconde classe. Ils méritent tous et toutes un traitement équitable et la même qualité de justice auxquels aspirent et ont droit toute personne accusée d’une infraction punissable d’emprisonnement. Clairement, il relevait des pouvoirs du juge militaire en chef adjoint d’empêcher qu’une injustice flagrante soit causée à l’accusé. D’ailleurs, cette Cour aurait agi de même et aurait accordé un bref de prohibition pour empêcher la continuation du procès devant la Cour martiale si le juge militaire en chef adjoint avait plutôt désigné le 17 juin 2019 l’un ou l’autre des trois juges militaires éligibles à la suite de sa récusation (*Committee for Justice and Liberty c. L’Office national de l’énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, 1976 CanLII 2, à la page 394, le juge de Grandpré (dissident); *Valente*, au paragraphe 15).

[172] Au passage, en raison des conclusions se retrouvant aux paragraphes 115, 121, 126, 131 à 133 et 145 de la décision *Pett*, le juge militaire en chef adjoint soumet subsidiairement à la Cour que le directeur des poursuites

Prosecutions is not able to demonstrate to this Court today that there is a legal duty to assign a military judge to preside over the trial of Colonel Dutil. On the contrary, the *Pett* decision makes it impossible to assign a judge to preside over the trial of Judge Dutil by expressly acknowledging that such a process is contrary to paragraph 11(d) of the Charter. The very assignment of a military judge would give substance to the threat to the independence of the military judgeship rectified by the declaration of no force or effect issued in *Pett*. The Deputy Chief Military Judge submits that *Pett* is unequivocal: it is primarily the Inquiry Committee that must address possible breaches of applicable standards of conduct by military judges (at paragraphs 90–91, 100, 102). In this case, the Inquiry Committee did not relieve Judge Dutil of his duties. Therefore, he cannot be charged under the Code of Service Discipline at this stage.

[173] The applicant’s counsel forcefully argue that the Court Martial is not a superior court and that the general declaration of no force or effect in the order dated October 2, 2019, is valid only in the case of the court martial of Master Corporal Pett. I agree; this is a serious argument. But that does not remove the problem of independence in this case. It will be for another time. One can expect the accused, Dutil, to raise the fact that, in January 2018, he was still a chief military judge and that the charges were not validly laid, such that the Court Martial was not validly convened. That is certainly a ground of attack that he could argue before the Court Martial, or even through an application for judicial review seeking a writ of prohibition, coupled with a declaration of no force or effect.

[174] Without deciding today whether or not the Court Martial can issue a general declaration of no force or effect, the fact remains that the Federal Court, the Federal Court of Appeal and the Court Martial Appeal Court undoubtedly have the power to issue declarations of no force or effect (see *Bilodeau-Massé v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 604, [2018] 1 F.C.R. 386; Han-Ru Zhou, “*Erga Omnes or Inter Partes? The Legal Effects of Federal Courts’ Constitutional Judgments*” (2019), 97 *Can. Bar Rev.* 275, at pages 276–299, particularly at pages 286–290).

militaires n’est pas en mesure de démontrer à la Cour aujourd’hui qu’il existe une obligation légale de désigner un juge militaire pour présider le procès du colonel Dutil. Au contraire, la décision *Pett* rend impossible la désignation d’un juge pour présider le procès du juge Dutil en reconnaissant expressément qu’un tel processus est contraire à l’alinéa 11d) de la Charte. La désignation même d’un juge militaire concrétiserait la menace à l’indépendance de la magistrature militaire que rectifie la déclaration d’inopérabilité émise dans la décision *Pett*. Le juge militaire en chef adjoint soumet que la décision *Pett* est non équivoque : c’est d’abord le Comité d’enquête qui doit adresser les manquements potentiels aux normes de conduites applicables par les juges militaires (aux paragraphes 90–91, 100, 102). En l’espèce, le Comité d’enquête n’a pas relevé le juge Dutil de ses fonctions. Il ne peut donc pas faire l’objet d’accusations en vertu du Code de discipline militaire à ce stade.

[173] Les procureurs du demandeur soutiennent avec force que la Cour martiale n’est pas une cour supérieure et que la déclaration générale d’inopérabilité de l’ordre du 2 octobre 2019 ne serait valable que dans le cas de la cour martiale du caporal-chef Pett. J’en conviens, c’est un argument sérieux. Mais cela ne fait pas du coup disparaître le problème d’indépendance dans le présent dossier. Ce n’est que partie remise. On peut s’attendre à ce que l’accusé Dutil soulève le fait qu’en janvier 2018, il était toujours juge militaire en chef et que les accusations n’ont pas été valablement portées, de sorte que la Cour martiale n’a pas été valablement convoquée. C’est certainement un moyen d’attaque qu’il pourrait faire valoir devant la Cour martiale, ou encore par le biais d’une demande de contrôle judiciaire sollicitant un bref de prohibition, assortie d’une déclaration d’inopérabilité.

[174] Sans décider aujourd’hui si la Cour martiale peut ou non faire une déclaration d’inopérabilité générale, il n’empêche, la Cour fédérale, la Cour d’appel fédérale et la Cour d’appel de la cour martiale, possèdent indubitablement le pouvoir de faire des déclarations d’inopérabilité (voir *Bilodeau-Massé c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 604, [2018] 1 R.C.F. 386; Han-Ru Zhou, « *Erga Omnes or Inter Partes? The Legal Effects of Federal Courts’ Constitutional Judgments* » (2019), 97 *R. du B. can.* 275, aux pages 276–299, en particulier aux

One need only think of *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 232 C.C.C. (3d) 498 and *R. v. Leblanc*, 2011 CMAC 2, 281 C.C.C. (3d) 451, which led, respectively, to the legislative reforms of 2008 regarding the accused's ability to choose the type of court martial and of 2011 regarding military judges' security of tenure.

[175] The balance of convenience therefore favours retaining the status quo. Certainly, the issues of judicial and institutional independence raised in *Pett* and *D'Amico* were not specifically considered by the Deputy Chief Military Judge in the impugned decision. However, they are clearly present today in the context of the Court Martial. On the other hand, it is not up to this Court to determine whether or not Judge Pelletier erred in *Pett*. The same holds true with respect to Judge Sukstorf who has decided to follow the decision rendered by Judge Pelletier. The CMAC will likely be called on to examine the legality of the general declaration of no force or effect as part of the appeal filed by Master Corporal Pett, and if applicable, in the case of an eventual appeal made by Corporal D'Amico. The fact remains that, at this stage of the case, until a final response is given by the CMAC or another competent tribunal, there is no urgency or reason to undertake multiple proceedings by today obliging the Deputy Chief Military Judge to assign another military judge to preside over the court martial of Colonel Dutil.

[176] In short, for the reasons stated above, in the exercise of its judicial discretion, all of the remedies sought by the applicant are, in any event, disallowed today by this Court in order to ensure the rule of law and to avoid committing a flagrant injustice and to protect the accused from irreparable damage (*Khosa*, at paragraph 36; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, at paragraphs 37–39).

XI. Conclusion: what is the best path for the future?

[177] We are reaching the end of the current judicial review exercise. The discomfort is palpable. The charge of fraud laid against Colonel Dutil is serious, certainly, but nothing prevents it from being brought before a civilian

pages 286–290). Il suffit par ailleurs de penser aux arrêts *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3 et *R. c. Leblanc*, 2011 CACM 2, qui ont mené respectivement aux réformes législatives de 2008 quant à la capacité de l'accusé de choisir le type de cour martiale et de 2011 quant à l'immovibilité des juges militaires.

[175] La balance des inconvénients favorise donc le maintien du statu quo. Certes, les enjeux d'indépendance judiciaire et institutionnelle soulevés dans les décisions *Pett* et *D'Amico* n'ont pas été spécifiquement considérés par le juge militaire en chef adjoint dans la décision contestée. Cependant, ceux-ci sont de toute évidence présents aujourd'hui dans le cadre de la Cour martiale. D'un autre côté, il n'appartient pas à cette Cour de déterminer si le juge Pelletier s'est ou non trompé dans la décision *Pett*. Il en est de même pour la juge Sukstorf qui a décidé de suivre la décision du juge Pelletier. Vraisemblablement la CACM sera appelée à examiner la légalité de la déclaration générale d'inopérabilité dans le cadre de l'appel logé par le caporal-chef Pett, et le cas échéant, d'un appel éventuel du caporal D'Amico. Il n'empêche, à cette étape du dossier, tant qu'une réponse finale ne sera pas apportée par la CACM ou un autre tribunal compétent, il n'y a aucune urgence, ni raison de multiplier les procédures en forçant aujourd'hui le juge militaire en chef adjoint à désigner un autre juge militaire pour présider la cour martiale du colonel Dutil.

[176] Bref, pour les motifs plus haut, dans l'exercice de sa discrétion judiciaire, tous les remèdes recherchés par le demandeur sont, en tout état de cause refusés aujourd'hui par cette Cour afin d'assurer la primauté du droit et d'éviter qu'une injustice flagrante soit commise et qu'un tort irréparable soit causé à l'accusé (*Khosa*, au paragraphe 36; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, aux paragraphes 37–39).

XI. Conclusion : quelle est la meilleure voie pour l'avenir?

[177] Nous arrivons au terme du présent exercice de révision judiciaire. Le malaise est palpable. L'accusation de fraude portée contre le colonel Dutil est grave, certes, mais rien n'empêche qu'elle soit portée devant une cour

court. As for the charge of having a personal relationship, a military offence, why was an outside judge not simply assigned?

[178] As the Deputy Chief Military Judge himself raised, there seems to be a legislative gap in the case of conflict of interest at the level of the Office of the Chief Military Judge. However, as we saw earlier, in the case of the prosecutor, the problem was solved easily and quickly by the appointment of a Special Prosecutor, recruited in the reserve force.

[179] In principle, it would always be possible to assign a military judge from the reserve force (see section 165.223 of the NDA). Military judges from the reserve force are former military judges, chairpersons or judge advocates of a Court Martial, or counsel with at least 10 years of practice. If we wish to make an analogy, reserve force military judges are a little bit like deputy judges. They can have other occupations, but they shall not engage in any business or professional activity that is incompatible with the judicial duties that they may be required to perform (section 165.223 of the NDA). They may be assigned as required to preside at a court martial and hold judicial hearings. This constitutes an undeniable asset in the case where military judges from the regular force have a conflict of interest or any other cause of incapacity. The practical difficulty is that the number of former military judges, chairpersons or judge advocates of a Court Martial is necessarily limited. No doubt that is what explains why the reserve force judges panel is still blank after all these years.

[180] In the case of civil courts, legislative provisions will ordinarily provide for the appointment of *ad hoc* judges from outside, whether by the assignment of a judge from another court or a retired judge. Any conflict of interest, real or apparent, is thereby avoided. Any fear of partiality is wiped out at once. Alas, the NDA does not explicitly set out such mechanisms, other than the assignment of a reserve force military judge (section 165.22 of the NDA). And that is what is scandalous.

de justice civile. Quant à l'accusation d'avoir une relation personnelle, une infraction d'ordre militaire, pourquoi n'a-t-on pas, tout simplement, désigné un juge à l'extérieur?

[178] Tel que le juge militaire en chef adjoint l'a lui-même relevé, il semble y avoir une lacune législative dans le cas de conflit d'intérêts au niveau du Cabinet du juge militaire en chef. Pourtant, comme on l'a vu plus tôt, dans le cas du poursuivant, le problème a été réglé facilement et promptement par la nomination d'un procureur spécial, recruté dans la force de réserve.

[179] En principe, il serait toujours possible de désigner un juge militaire de la force de réserve (voir l'article 165.223 de la LDN). Les juges militaires de la force de réserve sont des anciens juges militaires, présidents ou juges-avocats d'une Cour martiale, ou des avocats ayant au moins 10 ans de pratique. Si l'on veut faire une analogie, les juges militaires de la force de réserve sont un peu comme des juges suppléants. Ils peuvent avoir d'autres occupations, mais ils ne peuvent exercer aucune activité commerciale ou professionnelle qui soit incompatibles avec les fonctions judiciaires qu'ils peuvent être appelés à exercer (article 165.223 de la LDN). Ils peuvent être désignés au besoin pour présider une cour martiale et tenir des auditions judiciaires. Cela constitue un atout indéniable dans le cas où les juges militaires de la force régulière ont un conflit d'intérêt ou une cause quelconque d'incapacité. La difficulté pratique, c'est que le nombre d'anciens juges militaires, présidents ou juges-avocats d'une Cour martiale est forcément restreint. C'est ce qui explique sans doute pourquoi le tableau des juges de la force de réserve est toujours vierge après toutes ces années.

[180] Dans le cas des tribunaux civils, des dispositions législatives vont ordinairement prévoir la nomination de juges *ad hoc* de l'extérieur, que ce soit par la désignation d'un juge d'une autre cour ou d'un juge à la retraite. Tout conflit d'intérêts, réel ou apparent est ainsi évité. Toute crainte de partialité est du coup annihilée. Hélas, la LDN ne prévoit pas explicitement de tels mécanismes, autre que la désignation d'un juge militaire de la force de la réserve (article 165.22 de la LDN). Et, c'est bien là qu'est le scandale.

[181] However, there was a time in the past when superior court judges could preside at Special General Courts Martial (section 155 of the NDA, R.S.C. 1970, c. N-4, amended to section 178 [repealed by S.C. 2008, c. 29, s. 12] of the NDA, R.S.C., 1985, c. N-5, then replaced by military judges by the passing of the *Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35). However, Special General Courts Martial were repealed by the *Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act*, S.C. 2008, c. 29. Certainly, it was a question of courts martial limited to cases of Code of Military Discipline offenders who were not military members, but the coexistence of the civil courts system was an integral part of the military justice system.

[182] It must be noted that the assignment of an *ad hoc* judge from a superior court would constitute the best alternative in the circumstances. Amending the current act is a promising avenue, at least on its face.

[183] In the absence of legislative action, in the interval, we must not exclude the possibility of contacting a superior court—including this Court or the Court Martial Appeal Court—so that it assigns a judge from its jurisdiction to preside at the trial of Colonel Dutil. Because any superior court has residual inherent jurisdiction to assist the lower courts when required. Thus, in the past the unusual nature of a situation has not prevented superior courts from taking the measures required to contribute to the proper administration of justice, to ensure the maintenance of the rule of law and to prevent flagrant injustices from being committed (*R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at paragraphs 24 et seq; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; see also Bora Laskin, *The British Tradition in Canadian Law* [London: Stevens, 1969], cited with approval; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, 1998 CanLII 818, at paragraph 29; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, 1995 CanLII 57, at paragraphs 29–33; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3

[181] Pourtant, il fut bien une époque, révolue, où des juges d'une cour supérieure pouvaient présider des cours martiales générales spéciales (article 155 de la LDN, S.R.C. 1970, ch. N-4, modifié en l'article 178 [abrogé par L.C. 2008, ch. 19, art. 12] de la LDN, L.R.C. (1985), ch. N-5, puis remplacés par les juges militaires par l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, ch. 35). Or, les cours martiales générales spéciales ont été abrogées par la *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, ch. 29. Certes, il s'agissait de cours martiales limitées aux cas de justiciables du Code de discipline militaire qui n'étaient pas des militaires, mais la coexistence du système des tribunaux civils faisait partie intégrante du système de justice militaire.

[182] Force est de constater que la désignation d'un juge *ad hoc* d'une cour supérieure constituerait la meilleure alternative dans les circonstances. Amender la loi actuelle : c'est là une avenue prometteuse, à première vue du moins.

[183] À défaut d'action législative, dans l'intervalle, il ne faudrait pas non plus écarter la possibilité de s'adresser à une cour supérieure — incluant la présente Cour ou la Cour d'appel de la cour martiale — pour que celle-ci désigne un juge de sa juridiction pour présider le procès du colonel Dutil. Car toute cour supérieure possède une compétence inhérente résiduelle pour assister les tribunaux inférieurs en cas de besoin. Ainsi, le caractère inédit d'une situation n'a pas empêché par le passé les cours supérieures de prendre les mesures qui s'imposaient pour contribuer à la bonne administration de la justice, pour assurer le maintien de la primauté du droit et prévenir que des injustices flagrantes ne soient commises (*R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, aux paragraphes 24 et suivants; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; voir aussi Bora Laskin, *The British Tradition in Canadian Law* [London : Stevens, 1969], cité avec approbation; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, 1998 CanLII 818, au paragraphe 29; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, 1995 CanLII 57, aux paragraphes 29–33; *Trial Lawyers*

S.C.R. 31, at paragraph 39). Without offering a final answer on this subject, it is another avenue to explore.

[184] To conclude, today we cannot have the accused bear the burden of what seems to be, unfortunately, the result of an absence of legislative or governmental lucidity. Public trust in the military justice system must be preserved. It is a key factor that we cannot appear to ignore when there is a risk of conflict of interest, apparent or real, which could shake the public trust in the administration of military justice. Justice is not a Pandora's box that can be opened as desired to see what is hiding in it, nor a game of chance where the accused must play Russian roulette with the prosecution. We are speaking of the career, the reputation, the freedom and the life in the future of an individual. There must exist a reasonable degree of probability that Colonel Dutil can benefit, in fact and in appearance, from a fair and equitable trial before the Court Martial. It is clearly not the case today. It is now up to the applicant and the military authorities concerned, including the Judge Advocate General, the defence staff and the Minister, to take note of these reasons, and, where applicable, to do what must be done in the circumstances.

[185] This application for judicial review is dismissed without costs.

JUDGMENT in T-1151-19

THE COURT ORDERS that this application for judicial review is dismissed without costs.

Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général), 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31, au paragraphe 39). Sans offrir de réponse finale à ce sujet, il s'agit d'une autre avenue à explorer.

[184] Pour conclure, on ne saurait aujourd'hui faire porter le fardeau à l'accusé de ce qui semble être, malheureusement, la résultante d'une absence de lucidité législative ou gouvernementale. Il faut préserver la confiance du public dans l'appareil de justice militaire. C'est un facteur clé qu'on ne saurait faire mine d'ignorer lorsqu'il y a un risque de conflit d'intérêts, apparent ou réel, qui pourrait ébranler la confiance du public envers l'administration de la justice militaire. La justice n'est pas une boîte de pandore qu'on peut ouvrir à souhait pour voir ce qui s'y cache, ni un jeu de hasard où l'accusé doit jouer à la roulette russe avec la poursuite. On parle de la carrière, de la réputation, de la liberté et de la vie future d'un individu. Il doit donc exister un degré raisonnable de probabilités que le colonel Dutil puisse bénéficier, en fait et en apparence, d'un procès juste et équitable devant la Cour martiale. Ce n'est manifestement pas le cas aujourd'hui. Il appartient maintenant au demandeur et aux autorités militaires concernées, incluant le juge-avocat général, l'état-major de la défense et le ministre, de prendre acte des présents motifs, et le cas échéant, de faire ce qui se doit dans les circonstances.

[185] La présente demande en contrôle judiciaire est rejetée sans frais.

JUGEMENT au dossier T-1151-19

LA COUR STATUE que la présente demande en contrôle judiciaire est rejetée sans frais.