

T-3286-79

T-3286-79

Private Donald Allen Esaryk (Applicant)

v.

Lieutenant-Colonel M. A. Bisal (Respondent)

Trial Division, Mahoney J.—Edmonton, September 11; Ottawa, September 14, 1979.

Prerogative writs — Prohibition — Practice — Court martial — Commanding officer's synopsis contained facts pertaining to other alleged facts originally sought to be included in the charge as well as to the one to which respondent limited the charge — Situation analogous to that of an accused committed to trial by a magistrate who considered evidence he ought not to have admitted — Respondent's jurisdiction not ousted — Application dismissed — Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, c. 109, art. 109.02.

APPLICATION.

COUNSEL:

P. B. Gunn for applicant.
P. Kremer for respondent.

SOLICITORS:

Gunn, Hardy & Co., Edmonton, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.: The respondent is President of a Standing Court Martial trying the applicant on a number of drug related charges. He has adjourned the Court Martial to permit this application to be brought. The application arises in the following circumstances:

Particulars of one of the charges read:

In that he between the 11th day of August 1978 and the 25th day of November 1978, in the vicinity of Canadian Forces Base Cold Lake, did unlawfully sell a quantity of substance held out by him to be Cannabis sativa in the form of Cannabis (marihuana) to 249 134 727 Private KRUIVITSKY, J. G.

As evidence was called in respect of that charge it became apparent that more than one offence was intended to be included in the single charge. The applicant's counsel objected and the respondent upheld the objection. The hearing proceeded and

Le soldat Donald Allen Esaryk (Requérant)

c.

Le lieutenant-colonel M. A. Bisal (Intimé)

Division de première instance, le juge Mahoney—Edmonton, le 11 septembre; Ottawa, le 14 septembre 1979.

Brefs de prérogative — Prohibition — Pratique — Cour martiale — Le résumé établi par l'officier faisait état de faits relatifs à des infractions reprochées que l'intimé avait cherché, à l'origine, à joindre à celle à laquelle il limitait sa poursuite — Situation semblable à celle d'un accusé renvoyé pour subir un procès par un magistrat qui a considéré des preuves qu'il n'aurait pas dû admettre — L'intimé n'est pas incompetent — Requête rejetée — Ordonnances et Règlements royaux applicables aux forces canadiennes, c. 109, art. 109.02.

DEMANDE.

AVOCATS:

P. B. Gunn pour le requérant.
P. Kremer pour l'intimé.

PROCUREURS:

Gunn, Hardy & Co., Edmonton, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE MAHONEY: L'intimé est président d'une cour martiale permanente qui juge le requérant sur certaines accusations en rapport avec les stupéfiants. Il a ajourné la Cour martiale pour permettre l'introduction de la présente requête. La demande est fondée sur les faits suivants:

L'une des accusations est ainsi rédigée:

[TRADUCTION] En ce qu'entre le 11 août 1978 et le 25 novembre 1978, au voisinage de la base des Forces canadiennes de Cold Lake, il a illégalement vendu une certaine quantité d'une substance qu'il estimait être du cannabis sativa sous forme de cannabis (marihuana) au soldat J. G. KRUIVITSKY, n° matricule 249 134 727.

Il ressortit toutefois des preuves présentées à l'appui de cette accusation, que celle-ci visait plus d'une infraction. L'avocat du requérant fit donc objection, et l'intimé admit l'objection. L'audition se poursuivit et la preuve de cette accusation fut

the evidence of the prosecution relating to that charge was completed. During the luncheon recess, article 109.02 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, c. 109, came to the applicant's counsel's attention.

The general scheme of the QR&O is that when a commanding officer determines not to deal with a disciplinary matter himself, he refers it to a higher authority who has the power to try the matter summarily, dismiss the charge or convene a Court Martial to try it. In making such a reference, the commanding officer is required to submit a synopsis. The material provision of article 109.02 is:

109.02 ...

(2) A synopsis shall:

(b) not include any reference, direct or indirect, to

(ii) facts prejudicial to the accused, other than facts that bear directly on the charge, ...

In this case, the synopsis contained facts pertaining to three alleged offences originally sought to be included in the charge as well as the one to which the respondent limited the charge.

In opposing the application, the respondent's counsel did not rely on the *dictum* in *MacKay v. Rippon*¹ to the effect that this Court lacks jurisdiction to entertain the application at all. I shall assume that it has. I shall also refrain from analyzing the tautology that seems implicit in the applicant's position.

The fact that the convening authority had before him information that, in the result, he ought not to have had is not, to my mind, analogous to the situation considered in *Doyle v. The Queen*,² where the magistrate had failed to put the accused to his election nor to that considered in recent Alberta and British Columbia decisions,³ where the information had not been confirmed by a justice of the peace. Such election and confirmation are both expressly required by the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

¹ [1978] 1 F.C. 233 at p. 246.

² [1977] 1 S.C.R. 597.

³ *The Queen v. McGinnis*, rendered June 14, 1979 (Alberta Supreme Court). *Maximick v. Keefer*, rendered March 1, 1979 (S.C.B.C.).

achevée. Pendant l'interruption pour le déjeuner, l'avocat du requérant prit connaissance de l'article 109.02 des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux forces canadiennes*, c. 109.

a

Selon l'esprit général des ORFC, lorsqu'un officier décide de ne pas régler lui-même une affaire disciplinaire, il la renvoie à l'autorité supérieure qui, elle, peut juger l'affaire sommairement, lever l'accusation ou réunir une cour martiale pour la juger. En effectuant ce renvoi, l'officier doit remettre un résumé. Voici ce que dit l'article 109.02 à ce sujet:

109.02 ...

(2) Le sommaire doit:

b) ne doit contenir aucune mention, directe ou indirecte

(ii) de faits préjudiciables à l'accusé, à part ceux qui se rapportent immédiatement à l'accusation; ...

d

Dans la présente cause, le résumé faisait état de faits relatifs à trois infractions alléguées qu'on avait, à l'origine, cherché à joindre à celle à laquelle l'intimé limitait l'accusation.

Dans son opposition à la requête, l'avocat de l'intimé ne s'est pas fondé sur le *dictum* de *MacKay c. Rippon*¹, selon lequel la Cour aurait aucune compétence pour connaître de la requête. De mon côté je la tiendrai pour compétente. Je m'abstiendrai également d'analyser la tautologie que paraît contenir la thèse du requérant.

Le fait que l'officier saisi ait disposé d'informations qu'en définitive il n'aurait pas dû avoir, ne crée pas, à mon avis, une situation analogue à celle examinée dans *Doyle c. La Reine*², où le magistrat n'avait pas permis à l'accusé de faire de choix, ni à celles examinées dans des jugements récents de l'Alberta et de la Colombie-Britannique³, dans lesquelles la dénonciation n'avait pas été confirmée par un juge de paix. Un tel choix et une telle confirmation sont expressément exigés par le *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34.

¹ [1978] 1 C.F. 233, à la p. 246.

² [1977] 1 R.C.S. 597.

³ *La Reine c. McGinnis*, jugement rendu le 14 juin 1979 (Cour suprême de l'Alberta). *Maximick c. Keefer*, jugement rendu le 1^{er} mars 1979 (C.S.C.-B.).

The respondent relies on the *dictum* of the Nova Scotia Supreme Court in *Trenholm v. The King*.⁴

Even if the faults of procedure are exactly what the applicant argues for, those mistakes or faults do not in the remotest way oust the jurisdiction of the Military Court any more than the mistakes of a Magistrate on a preliminary investigation rob the trial Court of jurisdiction to deal with an accused committed to that Court by the Magistrate.

While that may be somewhat too sweeping in light of the *Doyle* decision, it does seem apt in respect of the sort of error that is alleged here.

The applicant's situation here is analogous to that of an accused committed to trial by a magistrate who considered evidence he ought not have admitted. I cannot conceive that the jurisdiction of the trial court would, in such circumstances, be thereby ousted.

JUDGMENT

The application is dismissed with costs.

⁴ [1948] 1 D.L.R. 372 at p. 374.

L'intimé s'appuie sur le *dictum* du jugement de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse dans *Trenholm c. Le Roi*.⁴

[TRADUCTION] Même si les vices de procédure constituent la base de l'argumentation du requérant, ces vices ou erreurs ne rendent aucunement le tribunal militaire incompétent, pas plus que les erreurs d'un magistrat lors d'une enquête préliminaire ne retirent à la Cour de première instance sa compétence pour juger l'accusé que ce magistrat lui renvoie.

Même si ce principe est quelque peu trop général à la lumière du jugement *Doyle*, il semble toutefois pertinent à l'égard du type d'erreur allégué ici.

La situation du requérant est semblable ici à celle d'un accusé renvoyé pour subir son procès par un magistrat qui a examiné des preuves qu'il n'aurait pas dû recevoir. Or je ne sache point que de telles circonstances rendent la cour de première instance incompétente.

JUGEMENT

La requête est rejetée avec dépens.

⁴ [1948] 1 D.L.R. 372, à la p. 374.