

T-2548-91

T-2548-91

242 946 119 Master Corporal Christian Denault, 1st Battalion, Royal 22nd Regiment, Canadian Forces Base Lahr, Federal Republic of Germany (*Applicant*)

242 946 119 caporal-chef Christian Denault, 1^{er} bataillon, Royal 22^{ème} régiment, base des Forces canadiennes Lahr, République fédérale d'Allemagne (*requérant*)

v.

c.

Attorney General of Canada, Minister of National Defence and Commander Canadian Forces in Europe, Maj. Gen. B. L. Smith (*Respondents*)

Le procureur général du Canada, le ministre de la Défense nationale et le Commandant des Forces canadiennes en Europe, le major-général B. L. Smith (*intimés*)

INDEXED AS: DENAULT v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: DENAULT c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Dubé J.—Ottawa, October 10 and 22, 1991.

Section de première instance, juge Dubé—Ottawa, 10 et 22 octobre 1991.

Armed forces — Trial for murder by court martial — Each of three accused to be tried separately — Queen's Regulations and Orders providing accused not tried together unless Minister ordering joint trial — Accused seeking joint trial so that prosecution unable to compel one to testify against one or other of co-accused — Minister rejecting request on basis lacking authority to order joint trial as separate charges already laid — Whether Charter rights infringed.

Forces armées — Procès de meurtre par une cour martiale — Chacun des trois accusés sera jugé séparément — Les Ordonnances et Règlements royaux prévoient que les accusés ne sont pas jugés ensemble, sauf lorsque le ministre ordonne la tenue d'un procès conjoint — Les accusés veulent avoir un procès conjoint pour empêcher la poursuite de contraindre l'un ou plusieurs des accusés à témoigner contre l'un ou l'autre des co-accusés — La ministre a rejeté la requête au motif qu'elle n'avait plus l'autorité d'ordonner un procès conjoint, les inculpés ayant déjà été accusés de façon distincte — Y a-t-il violation des droits garantis par la Charte?

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Trial for murder by court martial — Three soldiers separately charged — Seeking joint trial to prevent prosecution from compelling co-accused to testify against each other — Under Queen's Regulations and Orders, no joint trial unless Minister ordering otherwise — Minister rejecting request as separate charges already laid — Whether Commander's decision to hold separate trials and Minister's denial of joint trial infringing applicant's rights under Charter ss. 7, 11(c),(d) and 15 — Practice as to joint trials under QR & O and Criminal Code contrasted — Separate trials infringing no Charter right — Applicant protected against self-crimination by Charter, s. 13 but Charter not protecting against testimony of co-accused.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Procès de meurtre devant une cour martiale — Trois militaires accusés séparément — Ils veulent avoir un procès conjoint pour empêcher la poursuite de contraindre les co-accusés de témoigner les uns contre les autres — En vertu des Ordonnances et Règlements royaux, il n'y a pas procès conjoint, sauf ordre contraire du ministre — La ministre rejette la requête, les accusations ayant déjà été portées — La décision du commandant de tenir des procès distincts et le refus de la ministre de permettre la tenue d'un procès conjoint violent-ils les droits du requérant garantis aux art. 7, 11(c),d) et 15 de la Charte? — Comparaison des règles de pratique applicables aux procès conjoints en vertu des ORFC et du Code criminel — Des procès distincts ne violent aucun droit garanti par la Charte — Le requérant est protégé contre l'auto-incrimination par l'art. 13 de la Charte, mais celle-ci ne protège pas contre le témoignage d'un co-accusé.

This was an application for prohibition to restrain the Commander, Canadian Forces in Europe, from holding separate trials of the accused and his two co-accused on a charge of first-degree murder, and for an order directed against the Minister and the Commander, by way of relief under section 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that provision be made for a joint trial.

Le requérant demandait un bref de prohibition interdisant au commandant des Forces canadiennes en Europe de tenir des procès distincts pour juger le requérant et ses deux coaccusés inculpés de meurtre au premier degré; le requérant sollicitait aussi, conformément à l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une ordonnance enjoignant au ministre et au commandant de prendre les mesures appropriées pour un procès conjoint.

The applicant was arrested, on April 29, 1991, by Canadian military authorities at CFB Lahr in Germany in connection with a homicide. Two other soldiers had been arrested the day before for the same offence. On June 20, 1991, the three accused were arraigned separately to be tried by a general court martial. On August 30, 1991, counsel for the applicant learned there were to be three separate trials. He applied to the Minister, asking that a joint trial be ordered. This request was refused by letter dated October 3, 1991. Dates have been set for the three trials, the first being October 30, 1991. One of the co-accused is named on the Crown's witness list for the applicant's trial. The summary of that witness's evidence describes events surrounding the alleged crime. The applicant argues that separate trials permit the Crown to call the co-accused as witnesses against each other, and that requiring him to testify about what he and the other soldiers may have done amounts to self-crimination.

Held, the application should be dismissed.

The *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* provide that "accused persons shall not be tried together by court martial" unless the Minister orders that they be charged and tried together. The *Criminal Code*, in paragraph 591(3)(b), empowers a court to order separate trials for accused who have been indicted jointly. Such an order would normally be given at the instance of an accused who wishes to call a co-accused as an exculpatory witness, since the practice under the Code is that persons jointly charged are jointly tried. The Code provides for joinder of counts, but not for joint trials of persons separately charged. At common law, a criminal trial must proceed on a single indictment or information.

The mere fact of having separate trials does not infringe the applicant's right to remain silent or the right not to have his testimony used against him. The testimony of the accused at the trial of any of the other accused cannot be used against him at his own trial: Charter, section 13. What the applicant fears is that the testimony of his co-accused will be used against him but the Charter affords no protection against that.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- 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. 7, 11(c),(d), 13, 15, 24.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 235(1), 591 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 119).
- National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 70.
- Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, s. 101.09.

Le 29 avril 1991, le requérant a été appréhendé par les autorités militaires canadiennes à Lahr en Allemagne relativement à un homicide. Deux autres militaires avaient été appréhendés la veille pour le même acte criminel. Le 20 juin 1991, les trois accusés ont été mis en accusation séparément pour être jugés par une cour martiale générale. Le 30 août 1991, le procureur du requérant a été avisé que trois procès distincts auraient lieu. Il a demandé à la ministre la tenue d'un procès conjoint, requête qui fut rejetée par lettre en date du 3 octobre 1991. Des dates ont été fixées pour les trois procès, le premier étant fixé pour le 30 octobre 1991. L'un des coaccusés figure sur la liste des témoins devant être convoqués par la Couronne au procès du requérant. Le sommaire de la déposition de ce témoin décrit les événements qui entourent le meurtre allégué. Le requérant fait valoir que des procès distincts permettent à la Couronne de citer les coaccusés à témoigner les uns contre les autres, et que le contraindre à témoigner à l'égard de ce que lui et les autres militaires peuvent avoir fait est assimilable à l'auto-incrimination.

Jugement: la demande devrait être rejetée.

Les *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* prévoient que les «accusés ne sont pas jugés ensemble par une cour martiale», à moins que le Ministre n'ordonne qu'ils soient accusés conjointement et jugés ensemble. L'alinéa 591(3)(b) du *Code criminel* permet au tribunal d'ordonner la tenue de procès distincts à l'égard d'accusés qui ont été inculpés conjointement. Un tel ordre serait normalement donné à l'instance d'un accusé désireux de citer un co-accusé à titre de témoin à décharge puisque selon le Code, les personnes accusées conjointement sont jugées conjointement. Le Code prévoit la réunion des chefs d'accusation, mais on n'y trouve aucune procédure applicable aux procès conjoints de personnes accusées séparément. En vertu de la common law, un procès criminel doit porter sur un seul chef d'accusation ou une seule dénonciation.

Le seul fait de tenir des procès distincts ne viole pas le droit au silence de l'accusé ni son droit à ce que son propre témoignage ne soit pas utilisé contre lui. Le témoignage d'un accusé au procès de l'un de ses co-accusés ne peut être utilisé contre lui à son propre procès: article 13 de la Charte. Ce que craint le requérant, c'est que les témoignages de ses coaccusés soient utilisés contre lui, mais la Charte n'offre aucune protection à cet égard.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 11(c),d), 13, 15, 24.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 235(1), 591 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 27, art. 119).
- Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), chap. N-5, art. 70.

Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes, art. 101.09.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Mazur (1986), 27 C.C.C. (3d) 359; 26 C.R.R. 113 (B.C.C.A.); leave to appeal refused [1986] 1 S.C.R. xi; (1986), 27 C.C.C. (3d) 359n; 26 C.R.R. 133n.

CONSIDERED:

R. v. Weir (No. 4) (1899), 3 C.C.C. 351 (Qué. Q.B.); *Phillips and Phillips v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 161; (1983), 50 N.B.R. (2d) 81; 3 D.L.R. (4th) 352; 131 A.P.R. 81; 8 C.C.C. (3d) 118; 35 C.R. (3d) 193; 48 N.R. 372.

REFERRED TO:

Regina v. Crooks (1982), 39 O.R. (2d) 193; 143 D.L.R. (3d) 601; 2 C.C.C. (3d) 57; 2 C.R.R. 124 (H.C.); *R. c. Miller*, [1983] C.S.P. 1094 (Qué.); *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; 50 C.R.R. 357 (Que. C.A.); *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; [1990] 5 W.W.R. 1; 47 B.C.L.R. (2d) 1; 57 C.C.C. (3d) 1; 77 C.R. (3d) 145; 49 C.R.R. 114; 110 N.R. 1; *Re Praisoody* (1990), 50 C.R.R. 335 (Ont. H.C.).

COUNSEL:

LCol D. Couture for applicant.
R. Morneau, Rosemarie Millar and LCol M. Crowe for respondents.

SOLICITORS:

Office of the Judge Advocate General, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following is the English version of the reasons for order rendered by

DUBÉ J.: By this originating motion the applicant, a soldier charged with first-degree murder, is applying for a writ of prohibition ordering the Commander of the Canadian Forces in Europe ("the Commander") not to hold separate trials to try the applicant and two other soldiers against whom the same charges have been laid, namely Master Corporal Leclerc and Private Laflamme. The application also asks the Court to make an order "in the nature of a remedy under subsection 24(1) 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]] directing

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. v. Mazur (1986), 27 C.C.C. (3d) 359; 26 C.R.R. 113 (C.A.C.-B.); autorisation d'interjeter appel refusée [1986] 1 R.C.S. xi; (1986), 27 C.C.C. (3d) 359n; 26 C.R.R. 133n.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. v. Weir (No. 4) (1899), 3 C.C.C. 351 (B.R. Qué.); *Phillips et Phillips c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 161; (1983), 50 N.B.R. (2d) 81; 3 D.L.R. (4th) 352; 131 A.P.R. 81; 8 C.C.C. (3d) 118; 35 C.R. (3d) 193; 48 N.R. 372.

DÉCISIONS CITÉES:

Regina v. Crooks (1982), 39 O.R. (2d) 193; 143 D.L.R. (3d) 601; 2 C.C.C. (3d) 57; 2 C.R.R. 124 (H.C.); *R. c. Miller*, [1983] C.S.P. 1094 (Qué.); *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; 50 C.R.R. 357 (C.A. Qué.); *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; [1990] 5 W.W.R. 1; 47 B.C.L.R. (2d) 1; 57 C.C.C. (3d) 1; 77 C.R. (3d) 145; 49 C.R.R. 114; 110 N.R. 1; *Re Praisoody* (1990), 50 C.R.R. 335 (H.C. Ont.).

AVOCATS:

Lcol D. Couture pour le requérant.
R. Morneau, Rosemarie Millar et Lcol M. Crowe pour les intimés.

PROCUREURS:

Bureau du juge-avocat général, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

LE JUGE DUBÉ: Par cette requête introductive d'instance le requérant, un militaire accusé de meurtre au premier degré, demande un bref de prohibition interdisant au Commandant des Forces canadiennes en Europe («le Commandant») de procéder à des procès séparés pour juger le requérant et deux autres militaires contre lesquels pèsent les mêmes accusations, soit le caporal-chef Leclerc et le soldat Laflamme. La requête recherche également l'émission d'un ordre «de nature de remède sous le paragraphe 24(1) 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, chap. 11

the Minister of National Defence ("the Minister") and the Commander to take the necessary steps to provide for a joint trial of the applicant and the other two co-accused.

The essential facts of this application are the following. On April 29, 1991 the applicant was apprehended by the military authorities in Lahr, Germany and imprisoned in the Canadian Forces Detention Centre at that location in connection with the death of Mr. William Bartholomew. The other two soldiers mentioned above had been apprehended the day before. On June 20, 1991 the three soldiers were arraigned separately to be tried by general court martial. On August 30, 1991 counsel for the applicant was told that three separate trials would take place. On September 6, 1991 counsel made an application to the Associate Minister of National Defence ("the Minister") asking that a joint charge and joint trial of the three accused be ordered. In support of his application, counsel made the following arguments:

[TRANSLATION] a. the three accused were charged for the murder of Mr. Bartholomew on April 28, 1991, allegedly a concerted act;

b. by proceeding in the manner indicated, the prosecution secures the right to compel one or more accused to testify against one or other of the co-accused, contrary to their fundamental right to remain silent;

c. the prosecution has complete freedom to orchestrate the order of the trials so as to favour the prosecution's interests to the detriment of the rights of the accused against self-incrimination;

d. the accused, including my client, could suffer serious prejudice as a result of this procedure;

e. this approach is not in accordance with practice under the Criminal Code of Canada, according to which individuals charged with the same offence are tried together unless a judicial authority has decided otherwise;

f. the provisions of s. 101.09(2) of the Q.R.O.C.F. authorize you to order that charges be laid jointly and the accused be tried jointly, whether on application by the prosecution or the defence;

g. the generally recognized rule regarding joint trials should be followed and it should be left to the proper judicial authorities to make the appropriate subsequent decisions, as is done in the Canadian legal system; and

(R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] intimant au ministre de la Défense nationale («le ministre») et au Commandant de prendre les mesures appropriées pour le procès conjoint du requérant et des deux autres coaccusés.

Les faits essentiels de cette requête sont les suivants. Le 29 avril 1991, le requérant fut appréhendé par les autorités militaires à Lahr en Allemagne et incarcéré au Centre de détention des Forces canadiennes à cet endroit relativement au décès de monsieur William Bartholomew. Les deux autres militaires précités avaient été appréhendés le jour précédent. Le 20 juin 1991, les trois militaires ont été mis en accusation séparément pour être jugés par une cour martiale générale. Le 30 août 1991, le procureur du requérant était avisé que trois procès séparés auraient lieu. Le 6 septembre 1991, le procureur a adressé une demande à la ministre associée de la Défense nationale («la ministre») pour qu'elle ordonne la mise en accusation conjointe et le procès conjoint des trois accusés. Au soutien de sa demande, le procureur a soumis les arguments suivants:

a. les trois accusés ont été mis en accusation pour le meurtre de M. Bartholomew le 28 avril 1991, présumément un acte collectif;

b. la poursuite en procédant de la façon proposée se réserve l'opportunité de forcer un ou plusieurs des accusés à témoigner contre l'un ou l'autre des co-accusés, ceci à l'encontre de leur droit fondamental au silence;

c. la poursuite a toute la liberté d'orchestrer l'ordre des procès de façon à favoriser les intérêts de la poursuite au détriment des droits des accusés contre l'auto-incrimination;

d. les accusés, y compris mon client, pourraient subir un préjudice grave à la suite de cette façon de procéder;

e. cette approche n'est pas conforme à la pratique sous le Code criminel du Canada en vertu de laquelle des individus accusés relativement à une même infraction sont jugés ensemble à moins qu'une autorité judiciaire n'en décide autrement;

f. les dispositions de l'article 101.09(2) des ORFC vous autorisent à ordonner la mise en accusation conjointe ainsi que le procès conjoint des accusés que ce soit à la demande de la poursuite ou de la défense;

g. la règle généralement reconnue concernant les procès conjoints devrait être suivie et l'on devrait laisser le soin aux autorités judiciaires compétentes de prendre les décisions subséquentes appropriées comme cela se fait dans le système judiciaire canadien; et

h. the holding of separate trials could result in inconsistent verdicts and inconsistent sentences, which certainly would not serve the ends of justice.

In his application counsel referred to section 101.09 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* ("QR&O"), which reads:

101.09—JOINT TRIAL

(1) Except as provided in (2) of this article, accused persons shall not be tried together by court martial.

(2) The Minister or an officer appointed by him for that purpose, may order that any number of accused persons be charged jointly and tried together by court martial for an offence alleged to have been committed by them collectively.

(3) When, in pursuance of an order made under (2) of this article, a court martial is convened to try persons charged jointly, an accused person may apply to the authority who convened the court martial to be tried separately, on the ground that the evidence of one or more of the accused persons whom it is proposed to try with him will be material to his defence. If the authority to whom application is made is satisfied that the application is well founded, he shall convene a separate court martial for the trial of the applicant. [My emphasis.]

By a letter dated October 3, 1991, the Minister rejected the request. She cited subsection 101.09(2) above and concluded from this that, as the three accused had been charged separately "before you made your application for a joint trial", she did not now have the authority to order that the three be tried together. The two relevant paragraphs of the Minister's letter are as follows:

[TRANSLATION] 3. I know that the military authorities charged your client with murder separately before you made your application for a joint trial. Accordingly, I consider that the exception to this rule of separate trials does not apply in the circumstances, since s. 101.09(2) of the Q.R.O.C.F. pertains to a situation in which a party is seeking to obtain a type of charge and of trial by ministerial order when charges have not yet been laid.

4. Since I do not have the authority to make the ministerial order in question, I think there is no point in my commenting on the validity of the arguments you make in your application for a joint trial, and it would even be improper for me to do so.

Under sections 111.06 and 111.07 of the QR&O, it is for the Commander to determine how general courts martial shall be held. Dates have already been set for the three trials, the first being that of the applicant which is set for October 30, 1991. It appears

h. la tenue de procès séparés pourrait résulter en des verdicts inconsistants, des sentences inconsistantes ce qui ne servirait certes pas les fins de la justice.

Dans sa demande, le procureur se réfère à l'article 101.09 des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* («ORFC») qui se lit:

101.09—PROCÈS CONJOINTS

(1) Sous réserve des prescriptions du paragraphe (2) du présent article, des accusés ne sont pas jugés ensemble par une cour martiale.

(2) Le Ministre, ou un officier qu'il désigne à cette fin, peut ordonner qu'un certain nombre de personnes soient accusées conjointement et jugées ensemble par une cour martiale pour un délit supposé avoir été commis par elles collectivement.

(3) Lorsque, par suite d'un ordre donné en vertu du paragraphe (2) du présent article, une cour martiale est convoquée pour juger des personnes accusées conjointement, un accusé peut demander à l'autorité qui convoque la cour martiale d'être jugé séparément, alléguant que le témoignage d'un ou de plusieurs accusés qu'on se propose de juger en même temps que lui serait essentiel à sa défense. Si l'autorité à qui est présentée cette requête est convaincue du bien-fondé de la demande, elle convoque une cour martiale distincte pour le procès du requérant. [Mon soulignement.]

Par lettre en date du 3 octobre 1991, la ministre rejetait la demande. Elle cite le paragraphe 101.09(2) précité et elle en conclut que vu que les trois accusés avaient été accusés de façon séparée «avant que vous fassiez votre demande pour un procès conjoint», elle n'avait pas l'autorité maintenant d'ordonner que les trois soient jugés ensemble. Les deux paragraphes pertinents de la lettre de la ministre sont les suivants:

3. Je sais que les autorités militaires ont accusé votre client de meurtre, de façon séparée, avant que vous fassiez votre demande pour un procès conjoint. Ainsi donc, je considère que l'exception à cette règle des procès séparés ne s'applique pas en l'espèce puisque l'alinéa (2) de l'article 101.09 des ORFC se rapporte à une situation où l'on veut obtenir, par ordre ministériel, un type d'accusation et un genre de procès alors que des accusations n'ont pas encore été portées.

4. Puisque je n'ai pas l'autorité en vertu des règlements de donner l'ordre ministériel en question, je pense qu'il est inutile et même qu'il ne convient pas que je commente la justesse des arguments que vous invoquez dans votre demande de procès conjoint.

En vertu des articles 111.06 et 111.07 des ORFC il appartient au Commandant de déterminer la tenue des cours martiales générales. Des dates ont déjà été fixées pour les trois procès, le premier étant celui du requérant fixé pour le 30 octobre 1991. Il appert au

from the additional summary of the evidence to be submitted at the applicant's trial that one of the three accused, Master Corporal Leclerc, is on the list of witnesses to be called. The summary of Master Corporal Leclerc's testimony describes the events surrounding the alleged murder of the victim William Bartholomew at the hands of the three accused. Clearly, if such evidence is admitted at the applicant's trial it could have a considerable effect on the outcome of the case.

It should be noted at the outset that counsel for the applicant is not challenging the constitutionality of section 101.09 above, to the effect that in general accused persons are not tried together by a court martial. His argument is that the Commander's decision to proceed with three separate trials and that of the Minister to reject the application for a joint trial are in the circumstances of the case an infringement of the rights guaranteed to the applicant and the co-accused under sections 7, 11(c),(d) and 15 of the Charter.

The applicant admitted that the prosecution enjoys certain prerogatives, such as decisions to select charges, the method of procedure and so on, but those prerogatives should not be exercised in a way calculated to secure an unfair advantage for the prosecution. Counsel alleged that according to well-established practice in civilian courts of criminal jurisdiction, persons facing the same charge in respect of a concerted enterprise will be tried together unless an order for a separate trial is made pursuant to section 591 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 119)]. He submitted that Canadian soldiers should benefit from the complete range of rights enjoyed by other Canadian citizens. This is particularly true in the case at bar, he said, in which the alleged offence is not typically military in nature but civilian, contrary to subsection 235(1) of the *Criminal Code*, and would not have been subject to military law had it not been for the fact that it was allegedly committed outside Canada, as can be seen from section 70 of the *National Defence Act*.¹

¹ R.S.C., 1985, c. N-5.

sommaire additionnel de la preuve qui sera soumise au procès du requérant que l'un des trois accusés, le caporal-chef Leclerc, est sur la liste des témoins à être convoqués. Le sommaire du témoignage du caporal-chef Leclerc décrit les événements qui entourent le meurtre allégué de la victime William Bartholomew aux mains des trois accusés. Évidemment, une telle preuve, si elle est admise au procès du requérant, peut avoir un effet considérable sur le dénouement de cette affaire.

Il faut retenir au départ que le procureur du requérant n'attaque pas la constitutionnalité de l'article 101.09 précité à l'effet qu'en général des accusés ne sont pas jugés ensemble par une cour martiale. Sa prétention est que la décision du Commandant de procéder à trois procès séparés et celle de la ministre de refuser la demande d'un procès conjoint constituent en l'espèce une violation des droits garantis au requérant et aux deux coaccusés en vertu des articles 7, 11(c),(d) et 15 de la Charte.

Le requérant reconnaît l'existence de certaines prérogatives de la poursuite, telles les décisions de choisir les accusations, le mode de procédure, etc., mais ces prérogatives ne doivent pas être exercées d'une manière calculée à procurer un avantage indu à la poursuite. Le procureur allègue que selon la pratique établie devant les cours de juridiction criminelle civile, les personnes accusées du même chef d'accusation relatif à une entreprise collective seront jugées ensemble à moins qu'un ordre pour procès séparé ne soit rendu en vertu de l'article 591 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 27, art. 119)]. Il soumet que les militaires canadiens devraient bénéficier de toute la gamme des droits garantis aux autres citoyens canadiens. Surtout dans la présente affaire, dit-il, où l'infraction alléguée n'est pas de nature typiquement militaire, mais plutôt de nature civile, contrairement au paragraphe 235(1) du *Code criminel*, et n'aurait pas été assujettie au droit militaire n'eût été du fait qu'elle fut présumément commise hors du Canada, tel qu'en fait foi l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale*.¹

¹ L.R.C. (1985), chap. N-5.

Counsel particularly stressed the applicant's right to remain silent, an integral part of the rules of fundamental justice contained in section 7 of the Charter. Although the applicant's trial is to be the first of the three, the fact remains that the prosecution has control over the order of the trials, could change this order and the applicant could do nothing about it. If such a decision were to be taken and the trial of one of the co-accused took place before that of the applicant, the latter would be a compellable witness in the proceedings of the co-accused in question. The applicant would then be required to testify on the same facts in support of the charge laid against him, although his trial was still to come.

Section 7 of the Charter guarantees everyone the right to life, liberty and security of the person. Paragraph 11(c) gives any person charged with an offence the right not to be compelled to be a witness against himself and paragraph 11(d) the right to be presumed innocent until proven guilty. Section 15 provides that every individual is equal before and under the law and has a right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination.

Clearly, the applicant enjoys the protection of section 13 of the Charter, which states that he has the right not to have any incriminating evidence given by him in any proceedings used to incriminate him in any other proceedings. In actual fact, counsel alleged, the information disclosed by him could cause great damage to his future defence, providing the prosecution with information to which it would not have had access without his testimony. As the charges are identical and the prosecution evidence almost identical against each of the three accused, the fact of compelling the applicant to testify against one or other of the co-accused amounts to compelling him to testify against himself.

Furthermore, even if the applicant's trial was held first, the latter would still be obliged to testify at the trial of each of the other two accused and, again in the submission of his counsel, would once more be deprived of his right to remain silent under section 7 of the Charter. If the applicant were compelled to testify in another trial on the same facts as the charge laid against him, the possibility of new evidence presented to the Court of Appeal, the possibility that

Le procureur insiste surtout sur le droit au silence du requérant, une partie intégrante des principes de justice fondamentale de l'article 7 de la Charte. Bien que le procès du requérant doit être le premier des trois, il n'en demeure pas moins que la poursuite détient le contrôle de l'ordre des procès et pourrait changer cet ordre sans que le requérant ne puisse intervenir. Si une telle décision devait être prise et que le procès de l'un des coaccusés procède avant celui du requérant, ce dernier serait un témoin contraignable dans les procédures du coaccusé en question. Le requérant serait alors appelé à témoigner sur les faits mêmes à l'appui de l'accusation portée contre lui, alors que son procès demeurerait à venir.

L'article 7 de la Charte garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. L'alinéa 11(c) accorde à tout inculpé le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même et l'alinéa 11(d) le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable. L'article 15 prévoit que toute personne a droit à l'égalité devant la loi et à la même protection et aux mêmes bénéfices indépendamment de toute discrimination.

Évidemment, le requérant bénéficie de la protection de l'article 13 de la Charte à l'effet qu'aucun témoignage incriminant qu'il donnerait à un procès ne puisse être utilisé pour l'incriminer lui-même dans d'autres procédures. Par contre, allègue le procureur, l'information divulguée par lui pourrait causer un extrême préjudice à sa future défense, fournissant à la poursuite de l'information à laquelle elle n'aurait pas eu accès sans son témoignage. Parce que les accusations sont identiques et la preuve de la poursuite presque identique contre chacun des trois accusés, le fait de contraindre le requérant à témoigner contre l'un ou l'autre des coaccusés est équivalent à le contraindre à témoigner contre lui-même.

Au surcroît, même si le procès du requérant se tenait le premier, ce dernier serait toujours contraignable à témoigner au procès de chacun des deux autres accusés et il serait, toujours selon le procureur, encore privé de son droit au silence sous l'article 7 de la Charte. Si le requérant était contraint à témoigner dans un autre procès sur les faits mêmes de l'accusation portée contre lui, la possibilité de preuve nouvelle au niveau de la Cour d'appel, la possibilité pour

the authorities could review the appellant's testimony and obtain additional evidence, and finally, the possibility of an order for a new trial are all factors which indicate how the applicant's rights would be infringed, according to counsel for the applicant.

The same arguments apply in support of identical applications by the other two co-accused.

To begin with, there is no provision like section 101.09 in the *Criminal Code*. On the contrary, paragraph 591(3)(b) provides that where it is satisfied that the interests of justice so require and there is more than one accused or defendant, the Court may order that one or more of them be tried separately, which suggests that the general rule is that several persons charged on the same indictment are to be tried jointly, contrary to section 101.09. Further, a Quebec Superior Court case dating from 1899, filed by the applicant, appears to confirm this conclusion.² It will suffice for me to quote this passage from Würtele J. (at page 352):

When several persons are indicted jointly, the Crown always has the option to try them either together or separately; but the defendants cannot demand as a matter of right to be tried separately.

Upon good ground being shown, however, for a severance, the presiding judge may, in his discretion, grant them separate trials.

The general rule is that persons jointly indicted should be jointly tried; but when in any particular instance this would work an injustice to any of such joint defendants the presiding judge should on due cause being shown permit a severance and allow separate trials.

Indeed, according to the submissions of one of the counsel for the applicant, in general persons accused in criminal cases are more likely to ask to be tried separately since they regard this as greater protection. From this standpoint, section 101.09 favours the accused person. As to the application before Würtele J., the accused had asked to be tried separately and he dismissed their application on the ground that they had not shown that a joint trial would cause them any detriment.

² *R. v. Weir (No. 4)* (1899), 3 C.C.C. 351 (Qué Q.B.).

les autorités de réviser le témoignage de l'appelant et d'obtenir de la preuve additionnelle et enfin la possibilité d'un ordre pour un nouveau procès sont autant de facteurs démontrant la violation des droits du requérant, toujours selon le procureur du requérant.

Et les mêmes arguments vont au soutien des requêtes identiques des deux autres coaccusés.

Dans un premier temps, il n'y a pas de stipulation parallèle à l'article 101.09 au *Code criminel*. Par contre, l'alinéa 591(3)(b) prévoit que lorsqu'il est convaincu que les intérêts de la justice l'exigent, le tribunal peut ordonner, s'il y a plusieurs accusés ou défendeurs, qu'ils subissent leurs procès séparément, ce qui porte à croire que le principe général est à l'effet que plusieurs accusés sur un même chef d'accusation sont jugés conjointement, soit l'effet contraire de l'article 101.09. D'ailleurs, une cause de la Cour supérieure du Québec datant de l'année 1899, déposée par le requérant, semble confirmer cette conclusion². Qu'il me suffise de citer ce passage du juge Würtele (à la page 352):

[TRADUCTION] Lorsque plusieurs personnes sont mises en accusation conjointement, la Couronne peut à son choix opter pour un procès conjoint ou des procès distincts; mais les défendeurs ne peuvent exiger de plein droit des procès distincts.

Toutefois, si on démontre l'existence de motifs valables justifiant la disjonction, le juge du procès peut leur accorder des procès distincts.

Selon la règle générale, les personnes mises en accusation conjointement doivent subir leur procès conjointement; mais lorsque, dans une instance particulière, il en résulterait une injustice pour l'un des défendeurs accusés conjointement, le juge du procès doit, si on démontre l'existence de motifs suffisants, permettre la disjonction et ordonner la tenue de procès distincts.

Effectivement, selon les représentations d'un des procureurs du requérant, en général les accusés dans les causes criminelles recherchent plutôt d'être jugés séparément puisqu'ils y voient une meilleure protection. Dans cette optique, l'article 101.09 favorise la personne accusée. Pour ce qui est de la requête devant le juge Würtele, les accusés avaient demandé d'être jugés séparément et il a rejeté leur requête au motif qu'ils n'avaient pas démontré qu'un procès conjoint leur causerait préjudice.

² *R. v. Weir (No. 4)* (1899), 3 C.C.C. 351 (B.R. Qué.).

The rule of practice in the *Criminal Code* is thus that persons charged jointly should be tried jointly. That is not the situation in the case at bar. The three applicants at bar were not charged jointly, but separately. Further, the basic rule in a court martial is that, in principle, the accused are not tried together, unless this is ordered by the Minister.

The *Criminal Code* sets out an elaborate procedure applicable to the joinder of counts, but no procedure of the kind is to be found for joint trials of more than one accused. In *Phillips and Phillips v. The Queen*,³ the Supreme Court of Canada held conclusively (at page 171) that at common law a criminal trial must proceed on a single indictment or information. Accordingly, Parliament must legislate if it wishes a single trial to deal with several indictments:

Throughout the *Code*, reference is made to trial on *the* indictment or *the* information. Even the provisions in relation to multiple counts and severance indicate that a trial is to proceed on one indictment or information. If it had been contemplated by Parliament that more than one information or indictment could be tried at the same time, these provisions for joinder or severance would have been unnecessary.

A trial judge thus has no jurisdiction to hear separate indictments or informations together. However, McIntyre J., who delivered the Supreme Court's judgment in *Phillips*, concluded that where there are separate informations or indictments that should have been charged jointly, it is open to the trial judge in his discretion to permit the amendment of one indictment or information to include the accused or charges from another indictment or information.

In *Mazur*⁴ the British Columbia Court of Appeal held that this latter part of McIntyre J.'s judgment was *obiter dicta* and is limited to the injustice that could result from a joint trial of two accused on sepa-

C'est donc que la règle de pratique sous le *Code criminel* est à l'effet que des personnes accusées conjointement doivent être jugées conjointement. Telle n'est pas la situation en l'espèce. Les trois requérants dans les trois présentes requêtes n'ont pas été accusés conjointement, mais séparément. De plus, la règle de base en cour martiale est à l'effet qu'en principe les accusés ne sont pas jugés ensemble, à moins que le ministre l'ordonne.

Le *Code criminel* énonce une procédure élaborée applicable à la réunion de chefs d'accusation mais on n'y retrouve aucune procédure du genre applicable aux procès conjoints de plus d'un accusé. Dans l'affaire *Phillips et Phillips c. La Reine*³, la Cour suprême du Canada a conclu (à la page 171) de façon définitive qu'en vertu de la common law un procès criminel doit porter sur un seul acte d'accusation ou une seule dénonciation. C'est donc que le législateur doit légiférer s'il veut qu'un seul procès porte sur plusieurs actes d'accusation:

Partout dans le *Code*, on parle de l'instruction de l'acte d'accusation ou de *la* dénonciation. Même les dispositions relatives aux chefs d'accusation multiples et à leur séparation indiquent qu'un procès doit porter sur un seul acte d'accusation ou une seule dénonciation. Si le législateur avait voulu qu'un seul procès puisse porter sur plus d'un acte d'accusation ou plus d'une dénonciation en même temps, ces dispositions relatives à la réunion ou à la séparation de chefs d'accusation auraient été inutiles.

Le juge du procès n'a donc pas la compétence pour instruire ensemble des actes d'accusation ou des dénonciations distincts. Cependant, le juge McIntyre, qui a rendu le jugement de la Cour suprême dans *Phillips*, a conclu que lorsqu'il y a des actes d'accusation ou des dénonciations distincts qui auraient dû être présentés conjointement, il était loisible au juge du procès de permettre, s'il y a lieu, la modification de l'acte d'accusation ou de dénonciation afin d'inclure les accusés ou les accusations visées par un autre acte d'accusation ou dénonciation.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu dans l'affaire *Mazur*⁴ que cette dernière partie du jugement du juge McIntyre était *obiter dicta* et qu'elle serait limitée à l'injustice qui pourrait décou-

³ [1983] 2 S.C.R. 161.

⁴ *R. v. Mazur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 359 (B.C.C.A.); leave to appeal denied by the Supreme Court of Canada on May 20, 1986 [[1986] 1 S.C.R. xi].

³ [1983] 2 R.C.S. 161.

⁴ *R. v. Mazur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 359 (C.A.C.-B.); autorisation d'en appeler refusée par la Cour suprême du Canada le 20 mai 1986 [[1986] 1 R.C.S. xi].

rate indictments. It does not in any way apply to separate trials on separate indictments, as in the case at bar. That Court of Appeal further held that a Provincial Court judge did not have jurisdiction to amend the indictment so as to add a co-accused if the Crown objected.

In the case at bar, the applicant and the other two soldiers in question were arraigned separately and the Commander decided to hold separate trials. The Minister subsequently exercised her discretion and decided not to reverse that decision.

At the hearing counsel for the applicant referred to the case law⁵ under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to show that imposition of a separate trial would infringe his "right to remain silent". In my opinion, the mere fact of having separate trials does not infringe any of the rights conferred by the Charter. Additionally, requiring a co-accused to testify at the trial of another co-accused could possibly infringe the witness' rights; under section 13 of the Charter, everyone has the right not to have his testimony in a trial used against him. If that protection is infringed, the person affected can assert his rights at the proper time and place.

The threat of an infringement which the applicant fears at this stage is not really that his own testimony will be used against him, but that the testimony of the other two accused will be used against him. The Charter does not protect an accused against the testimony of his co-accused.

Further, the application at bar does not ask that the co-accused not be heard in evidence against the other co-accused. The application asks the Court to prohibit the Commander from holding separate trials, or to instruct the Minister to order a joint trial. For the reasons mentioned, I cannot allow such an application.

The application is accordingly dismissed.

⁵ *Regina v. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193 (H.C.); *R. c. Miller*, [1983] C.S.P. 1094 (Qué.); *R. v. Mazur*, No. 4, *ibid.*; *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (Que. C.A.); *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Re Praisoddy* (1990), 50 C.R.R. 335 (Ont. H.C.).

ler d'un procès conjoint de deux accusés suite à des actes d'accusations séparés. Elle ne s'applique aucunement aux procès séparés suite à des actes d'accusations distincts, le cas en l'espèce. De plus, cette Cour d'appel a conclu qu'un juge de la Cour provinciale n'avait pas juridiction d'amender l'acte d'accusation afin d'ajouter un coaccusé en l'absence du consentement de la Couronne.

Dans le cas présent, le requérant et les deux autres militaires en question ont été mis en accusation séparément et le Commandant a décidé de procéder à des procès séparés. La ministre a par la suite exercé sa discrétion et décidé de ne pas infirmer cette décision.

Au cours de l'audition, le procureur du requérant s'est référé à la jurisprudence⁵ sous la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le but de démontrer que l'imposition d'un procès séparé violait son «droit au silence». À mon avis, le seul fait de tenir des procès séparés ne viole aucun des droits prévus à la Charte. Par ailleurs, l'imposition à un coaccusé de venir témoigner au procès d'un autre coaccusé pourrait éventuellement violer les droits du témoin: en vertu de l'article 13 de la Charte, chacun a droit à ce que son propre témoignage dans une procédure ne soit pas utilisé contre lui à son propre procès. Si cette protection est violée, alors la personne lésée pourra faire valoir ses droits en temps et lieu.

La menace de violation que craint le requérant à ce stade n'est pas vraiment que son propre témoignage soit utilisé contre lui-même, mais que les témoignages des deux autres accusés soient utilisés contre lui. La Charte ne protège pas un accusé contre les témoignages de ses coaccusés.

De plus, la présente requête ne demande pas que les coaccusés ne soient pas entendus en preuve contre les autres coaccusés. La requête demande d'interdire au Commandant de procéder à des procès séparés, ou d'intimer au ministre d'ordonner un procès conjoint. Pour les motifs précités, je ne peux acquiescer à une telle requête.

La requête est donc rejetée.

⁵ *Regina v. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193 (H.C.); *R. c. Miller*, [1983] C.S.P. 1094 (Qué.); *R. v. Mazur*, n° 4, *ibid.*; *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (C.A. Qué.); *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Re Praisoddy* (1990), 50 C.R.R. 335 (H.C. Ont.).