

T-2377-00
2002 FCT 643

T-2377-00
2002 CFPI 643

B51 641 513 Private Thomas John Forsyth
(Applicant)

Soldat Thomas John Forsyth, numéro matricule B51
641 513 (demandeur)

v.

c.

The Attorney General of Canada and Lieutenant-Colonel Alain Ménard in his capacity as military judge (Respondents)

Le procureur général du Canada et le lieutenant-colonel Alain Ménard, en sa qualité de juge militaire (défendeurs)

INDEXED AS: FORSYTH v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T.D.)

RÉPERTORIÉ: FORSYTH c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(1^{re} INST.)

Trial Division, Gibson J.—Ottawa, May 13 and June 5, 2002.

Section de première instance, juge Gibson—Ottawa, 13 mai et 5 juin 2002.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Judicial review of Military Judge's decision Standing Court Martial had jurisdiction to try accused (applicant) after criminal charge based on same alleged conduct in civilian court withdrawn — Trial Division having exclusive jurisdiction under Federal Court Act, s. 18 to issue writ of prohibition directed to military judge in these circumstances — S. 28 not applicable — Standing Court Martial federal board, commission, other tribunal — S. 18.5 providing where Parliament expressly providing for appeal from decision of federal, board, commission or other tribunal, decision not subject to be prohibited — Trial Division's jurisdiction not ousted by s. 18.5 — Right of person charged to appeal decision such as that under review merely implied in contrast to Minister's right of appeal under National Defence Act, s. 230.1.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Contrôle judiciaire de la décision d'un juge militaire portant que la cour martiale permanente avait compétence pour juger l'accusé (le demandeur) après le retrait d'une accusation au criminel devant un tribunal civil fondée sur le même comportement reproché — La Section de première instance a compétence exclusive, en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, pour décerner un bref de prohibition dans de telles circonstances — L'art. 28 n'est pas applicable — Cour martiale permanente est un office fédéral — L'art. 18.5 prévoit que, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel d'une décision rendue par un office fédéral, la décision ne peut faire l'objet de prohibition — L'art. 18.5 n'écarte pas la compétence de la Section de première instance — Le droit d'un accusé d'interjeter appel d'une décision telle que celle faisant l'objet d'examen est implicite, par contraste avec le droit d'appel du ministre prévu à l'art. 230.1 de la Loi sur la défense nationale.

Administrative Law — Judicial Review — Prohibition — Judicial review of Military Judge's decision Standing Court Martial had jurisdiction to try accused (applicant) after criminal charge based on same alleged conduct withdrawn in civilian court — Applicant seeking to prohibit military trial from proceeding — MacKay v. Rippon, [1978] 1 F.C. 233 (T.D.) still relevant: prohibition discretionary where lack of jurisdiction not so apparent on face of proceeding — National Defence Act, s. 162 requiring Code of Service Discipline to be dealt with as expeditiously as possible — More expeditious to allow Military Court to deal with charge, appeal on ground of lack of jurisdiction than to apply for judicial review — Not in best interests of justice to grant prohibition as could set precedent, adding to complexity of military justice processes.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Prohibition — Contrôle judiciaire de la décision d'un juge militaire portant que la cour martiale permanente avait compétence pour juger l'accusé (le demandeur) après le retrait d'une accusation au criminel devant un tribunal civil fondée sur le même comportement reproché — Le demandeur demande un bref de prohibition pour empêcher la tenue du procès devant la cour martiale — MacKay c. Rippon, [1978] 1 C.F. 233 (1^{re} inst.) fait toujours autorité: la prohibition a un caractère facultatif lorsque l'incompétence n'est pas évidente au vu de la procédure — L'art. 162 de la Loi sur la défense nationale requiert qu'une accusation aux termes du code de discipline militaire soit traitée avec toute la célérité possible — L'obligation de célérité est mieux servie en permettant à la Cour martiale d'instruire l'accusation puis en portant appel pour incompétence, plutôt qu'en demandant un contrôle

Armed Forces — Judicial review of Military Judge's decision Standing Court Martial had jurisdiction to try accused (applicant) after charge based on same alleged conduct withdrawn in civilian court — Trial Division having jurisdiction under Federal Court Act, s. 18 to grant writ of prohibition directed to military judge in these circumstances; such jurisdiction not ousted by s. 18.5; not in interests of justice to exercise discretion to grant prohibition as not most expeditious way of proceeding as required by National Defence Act, s. 162 — Applicant cannot rely on own failure to obtain dismissal of charge (for want of evidence) to bar exercise of concurrent jurisdiction vested in military justice system — No unseemly competition between civilian, criminal justice systems.

This was an application for judicial review of an interlocutory decision of a Military Judge denying an application for a determination that the Standing Court Martial had no jurisdiction to try the accused. As a result of a domestic dispute, the applicant had been charged with common assault under the *Criminal Code*, but the charge was withdrawn on the day that the trial was scheduled to begin. The applicant was aware that the only witness to the assault, his former girlfriend, was not available to testify. The military authorities subsequently decided to proceed with the charge by Standing Court Martial. The applicant was seeking a writ of prohibition directed to the Military Judge to prohibit the trial from proceeding. *Federal Court Act*, section 18 confers exclusive jurisdiction on the Trial Division to issue a writ of prohibition against any federal board, commission or other tribunal, subject to section 28. Section 18.5 provides that where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal from a decision of a federal board, commission or other tribunal, that decision or order is not subject to be prohibited.

The issues were: (1) whether the Court had jurisdiction under *Federal Court Act*, section 18 to grant a writ of prohibition directed to a military judge in the circumstances herein; (2) whether the application for a writ of prohibition was barred by *Federal Court Act*, section 18.5; and (3) whether the Court should exercise its discretion to grant prohibition.

Held, the application should be dismissed.

judiciaire — Il ne serait pas dans l'intérêt véritable de la justice de décerner un bref de prohibition, comme cela pourrait constituer un précédent et rendrait plus complexe encore le système de justice militaire.

Forces armées — Contrôle judiciaire de la décision d'un juge militaire portant que la Cour martiale permanente avait compétence pour juger l'accusé (le demandeur) après le retrait d'une accusation au criminel devant un tribunal civil fondée sur le même comportement reproché — La Section de première instance a compétence en l'espèce, en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, pour décerner un bref de prohibition visant le juge militaire, cette compétence n'étant pas écartée par l'art. 18.5; il n'est pas dans l'intérêt véritable de la justice de décerner de manière discrétionnaire un bref de prohibition, cela ne constituant pas la façon de procéder avec la plus grande célérité possible, tel que le requiert l'art. 162 de la Loi sur la défense nationale — Le demandeur ne peut invoquer son propre défaut d'obtenir le rejet de l'accusation (pour absence de preuve) pour faire obstacle à l'exercice de la compétence concurrente du système de justice militaire — Il n'y a pas concurrence inconvenante entre les systèmes de justice civile et militaire.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision interlocutoire par laquelle un juge militaire a rejeté la demande d'une décision portant que la cour martiale permanente n'avait pas compétence pour juger l'accusé. Par suite d'une querelle domestique, le demandeur avait été inculpé de voies de fait simples en application du *Code criminel*, mais on avait retiré l'accusation le jour de la date fixée pour le début du procès. Le demandeur savait que le seul témoin des voies de fait reprochées, son ancienne petite amie, n'était pas disponible pour témoigner. Les autorités militaires ont par la suite décidé de faire instruire l'accusation par une cour martiale permanente. Le demandeur a demandé que soit décerné un bref de prohibition interdisant au juge militaire d'instruire le procès. L'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère, sous réserve de l'article 28, compétence exclusive à la Section de première instance pour décerner un bref de prohibition contre tout office fédéral. L'article 18.5 prescrit que, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, celle-ci peut faire l'objet de prohibition.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) la Cour avait-elle compétence en l'espèce, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour décerner un bref de prohibition visant un juge militaire; 2) l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* faisait-il obstacle à la demande d'un bref de prohibition; 3) la Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et décerner un bref de prohibition?

Jugement: la demande doit être rejetée.

(1) The Trial Division had exclusive jurisdiction to issue a writ of prohibition. Section 28 had no application, and it was not disputed that the Standing Court Martial was a federal board, commission or other tribunal.

(2) The Court's jurisdiction under section 18 to provide the relief requested was not ousted by section 18.5. *National Defence Act*, paragraph 230(b) gives every person subject to a Code of Service discipline a right to appeal to the Court Martial Appeal Court from a court martial in respect of the legality of any finding of guilty. The issue of the jurisdiction of the Standing Court Martial would go to the legality of any such guilty finding. Paragraph 230.1(b) permits the Minister to appeal to the Court Martial Appeal Court the legality of any finding of not guilty by a court martial (the converse of the right of appeal granted to a person charged by paragraph 230(b)). Paragraph 230.1(d) gives the Minister the right to appeal to the Court Martial Appeal Court the legality of a decision of a court martial that terminates proceedings on a charge. Such a decision would be the converse of the decision under review which upholds the jurisdiction of the Standing Court Martial in respect of the charge against the applicant. Paragraph 230.1(d) constitutes an express provision made by an Act of Parliament for an appeal that has no equivalent in favour of a person such as the applicant in section 230, or in any other provision of the *National Defence Act* or any other Act of Parliament. The right of a person such as the applicant to appeal from a decision such as that under review is merely implied.

(3) *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233 (T.D.) stated that where lack of jurisdiction is apparent on the face of the proceedings prohibition will issue but where want of jurisdiction is not so apparent then the granting of prohibition is discretionary. Despite the comment in *Rushnell v. Canada (Attorney General)* (2001), 201 F.T.R. 196 (F.C.T.D.) that *MacKay* could no longer be relied upon, it is still relevant and apt as it related to the discretionary nature of prohibition, and the "great caution and forbearance" that should be exercised before granting prohibition in cases such as this. Section 162 of the *National Defence Act* provides that charges under the Code of Service Discipline shall be dealt with as expeditiously as possible. It would have been consistent with section 162 if the applicant had allowed the Standing Court Martial to deal with the charge against him and then appealed a finding of guilt on the ground that it was not legal by reason of want of jurisdiction. Pursuit of this application for judicial review has taken substantially more time than would have been required to so proceed. It would be contrary to the best interests of justice to grant prohibition as to do so might constitute a precedent, and add complexity to the military justice system.

1) La Section de première instance avait compétence exclusive pour décerner un bref de prohibition. L'article 28 ne s'appliquait pas et nul ne contestait que la Cour martiale permanente était un office fédéral.

2) L'article 18.5 n'écartait pas la compétence conférée à la Cour, en vertu de l'article 18, d'accorder la mesure de redressement demandée. L'alinéa 230(b) de la *Loi sur la défense nationale* octroie à toute personne assujettie au code de discipline militaire un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour martiale en ce qui concerne la légalité de tout verdict de culpabilité d'une cour martiale. La question de la compétence de la cour martiale permanente est en rapport avec celle de la légalité d'un tel verdict. L'alinéa 230.1(b) autorise le ministre à en appeler devant la Cour d'appel de la cour martiale de la légalité de tout verdict de non culpabilité prononcé par une cour martiale (le pendant du droit d'appel conféré à l'accusé par l'alinéa 230(b)). L'alinéa 230.1(d) accorde au ministre un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour martiale en ce qui concerne la légalité d'une décision d'une cour martiale qui met fin aux délibérations à l'égard d'une accusation. Une telle décision constituerait le pendant de la décision sous examen qui confirme la compétence de la cour martiale permanente à l'égard de l'accusation portée contre le demandeur. Les dispositions de l'alinéa 230.1(d) sont des dispositions expresses d'une loi fédérale qui prévoient un droit d'appel et qui n'ont pas leur équivalent, en faveur d'une personne telle que le demandeur, à l'article 230 ou dans toute autre disposition de la *Loi sur la défense nationale* ou de toute autre loi fédérale. Le droit d'une personne telle que le demandeur d'en appeler d'une décision comme celle sous examen est simplement implicite.

3) La Cour a déclaré dans *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233 (1^{re} inst.) que, lorsque l'incompétence est évidente sur le vu des pièces procédurales, il y a lieu à prohibition, mais lorsque le vice de compétence n'est pas aussi clair, la délivrance d'un bref de prohibition est facultative. Malgré le commentaire formulé dans *Rushnell c. Canada (Procureur général)* (2001), 201 F.T.R. 196 (C.F. 1^{re} inst.), selon lequel on ne peut plus se fonder sur la décision *MacKay*, celle-ci est toujours pertinente et juste pour ce qui est du caractère facultatif du bref de prohibition, ainsi que de la «grande prudence et bienveillance» qu'il y a lieu d'exercer avant de décerner un tel bref dans une situation comme celle en l'espèce. L'article 162 de la *Loi sur la défense nationale* stipule qu'une accusation aux termes du code de discipline militaire doit être traitée avec toute la célérité possible. Il aurait été conforme aux dispositions de l'article 162 que le demandeur laisse la Cour martiale permanente traiter l'accusation portée contre lui, puis en appelle d'un éventuel verdict de culpabilité au motif qu'il n'était pas valide pour incompétence. Le temps requis pour procéder de la sorte aurait été beaucoup moins important que celui qui a été

That the applicant failed to take advantage of the opportunity to obtain dismissal of the charge against him which would have forever barred an equivalent charge being laid in the military justice system, should not bar exercise of the concurrent jurisdiction vested in the military justice system. The Crown's failure to disclose the knowledge that if the charge in the civilian justice system were withdrawn, a charge might have been laid in the military justice system, did not prejudice the applicant's opportunity to make full answer and defence to the charge against him in the civilian justice system. There was no basis on which to conclude that the concurrent jurisdiction of the military justice system, under the *National Defence Act* was ousted by the procedure followed in the civilian justice system. Further, there was no evidence that the conduct of Crown counsel and the conduct of military justice system authorities gave rise to an "unseemly competition" between the civilian and military justice systems, or caused a delay of such unreasonable duration that to permit the charge in the military justice system to proceed to trial would bring the administration of justice in Canada into disrepute.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.5 (as enacted *idem*, s. 5), 57 (as am. *idem*, s. 19).

National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 60(1)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 30), 66(1) (as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 20), 71 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 46), 130(1) (as am. by S.C. 1998, c. 35, ss. 33, 92), 139(1) (as am. *idem*, s. 35), 162 (as am. *idem*, s. 42), 173 (as am. *idem*, s. 174 (as am. *idem*), 175 (as am. *idem*), 230 (as am. by S.C. 1991, c. 43, s. 21; 2000, c. 10, s. 2), 230.1 (as enacted by S.C. 1991, c. 43, s. 21; 2000, c. 10, s. 3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Glowczeski v. Canada (Minister of National Defence), [1989] 3 F.C. 281; (1989), 41 C.R.R. 217; 27 F.T.R. 112 (T.D.); *Rushnell v. Canada (Attorney General)* (2001),

consacré à la demande de contrôle judiciaire. Il ne serait pas dans l'intérêt véritable de la justice de décerner un bref de prohibition, comme cela pourrait constituer un précédent et rendrait plus complexe encore le système de justice militaire.

Le défaut du demandeur de profiter de l'occasion d'obtenir le rejet de l'accusation, ce qui aurait empêché pour toujours qu'une accusation équivalente soit portée contre lui devant le système de justice militaire, ne devrait pas faire obstacle à l'exercice de la compétence concurrente accordée à ce système. Le fait que la Couronne n'a pas divulgué que, si l'accusation devant le système de justice civile devait être retirée, il se pouvait qu'une accusation soit portée devant le système de justice militaire, n'a empêché en rien le demandeur d'opposer une défense pleine et entière à l'accusation portée contre lui devant le système de justice civile. Il n'y avait aucun motif pour conclure que la compétence concurrente du système de justice militaire, en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, était écartée par la procédure engagée devant le système de justice civile. En outre, aucune preuve n'a été présentée quant au fait que le comportement de l'avocat de la Couronne ou celui des autorités du système de justice militaire dénotaient une «concurrency inconvenante» entre les systèmes de justice civile et militaire, ou ont entraîné un retard si déraisonnable que permettre l'instruction de l'accusation par le système de justice militaire est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.5 (édicte, *idem*, art. 5) 57 (mod., *idem*, art. 19).

Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 60(1)(a) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 30), 66(1) (mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 20), 71 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 46), 130(1) (mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 33, 92), 139(1) (mod., *idem*, art. 35), 162 (mod., *idem*, art. 42), 173 (mod., *idem*), 174 (mod., *idem*), 175 (mod., *idem*), 230 (mod. par L.C. 1991, ch. 43, art. 21; 2000, ch. 10, art. 2), 230.1 (édicte par L.C. 1991, ch. 43, art. 21; 2000, ch. 10, art. 3).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Glowczeski c. Canada (Ministre de la Défense nationale), [1989] 3 C.F. 281; (1989), 41 C.R.R. 217; 27 F.T.R. 112 (1^{re} inst.); *Rushnell c. Canada (Procureur général)*

201 F.T.R. 196 (F.C.T.D.); *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233; (1977), 78 D.L.R. (3d) 655; 36 C.C.C. (2d) 522 (T.D.).

CONSIDERED:

R. v. Lachance, 2002 CMAC 7; [2002] C.M.A.J. No. 7 (QL); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of an interlocutory decision of a Military Judge denying an application for a determination that the Standing Court Martial had no jurisdiction to try the accused. Application dismissed.

APPEARANCES:

Major David P. McNaim for applicant.
Brian R. Evernden, Major Ken Lindstein and Alain Préfontaine for respondent Attorney General of Canada.
No one appearing for respondent Lieutenant-Colonel Alain Ménard.

SOLICITORS OF RECORD:

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

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J.:

INTRODUCTION

[1] These reasons arise out of an application for judicial review of an interlocutory decision of Lieutenant-Colonel Alain Ménard, the presiding Military Judge at a Standing Court Martial convened to consider a charge preferred against Private Thomas John Forsyth (the applicant) in a charge sheet dated April 28, 2000. The charge detailed in the charge sheet is in the following terms:

AN OFFENCE PUNISHABLE UNDER SECTION 130 OF THE NATIONAL DEFENCE ACT THAT IS TO SAY,

(2001), 201 F.T.R. 196 (C.F. 1^{re} inst.); *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233; (1977), 78 D.L.R. (3d) 655; 36 C.C.C. (2d) 522 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Lachance, 2002 CACM 7; [2002] C.M.A.J. n° 7 (QL); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un juge militaire a rejeté la demande d'une décision portant que la cour martiale permanente n'avait pas compétence pour juger l'accusé. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Major David P. McNaim pour le demandeur.
Brian R. Evernden, Major Ken Lindstein et Alain Préfontaine pour le Procureur général du Canada, défendeur.
Personne n'a comparu pour le défendeur le lieutenant colonel Alain Ménard.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Cabinet du Juge-avocat général, Ottawa, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada, pour le Procureur général du Canada, défendeur.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE GIBSON:

INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire qui vise une décision interlocutoire rendue par le lieutenant-colonel Alain Ménard, le juge militaire présidant une cour martiale permanente convoquée pour instruire une accusation portée contre le soldat Thomas John Forsyth (le demandeur) au moyen d'un acte d'accusation daté du 28 avril 2000. L'inculpation est énoncée comme suit dans l'acte d'accusation:

[TRADUCTION]

UNE INFRACTION PUNISSABLE AUX TERMES DE L'ARTICLE 130 DE LA LOI SUR LA DÉFENSE

ASSAULT CAUSING BODILY HARM CONTRARY TO SECTION 267 OF THE CRIMINAL CODE

Particulars: In that he on or about 1 July 1999, at 7 Fowlers Court, at or near Combat Training Center Gagetown, Oromocto, New Brunswick did in committing an assault upon Kerri Kephart cause bodily harm to her.¹

[2] The particular decision under review² is the denial of a motion brought before Lieutenant-Colonel Alain Ménard (the Military Judge) at the commencement of the trial seeking a determination that the Standing Court Martial had no jurisdiction to try the accused. The Military Judge denied the application. The decision of the Military Judge that is under review was delivered on November 30, 2000.

BACKGROUND

[3] The factual background to the charge against the applicant and the issue before the Military Judge leading to the decision here under review are described in the reasons for decision of the Military Judge in the following terms:

The facts, as they relate to this application, can be summarized as follows: On July 1st, 1999, the accused lived at 7 Fowlers Court, Oromocto, New Brunswick, with his girlfriend Kerri Kephart. Late on 1 July 1999 the RCMP were called to a domestic dispute at their residence. The RCMP removed the accused from his residence and arrested him. He was taken to the RCMP station in Oromocto and incarcerated in the RCMP holding cells. He was released from custody approximately nine hours later when Sergeant Guillena attended at the RCMP holding cells. The accused was released on an undertaking and a promise to appear in Court. At his girlfriend's request, the undertaking was cancelled on or about 9 July 1999. The accused and his girlfriend separated and Ms Kephart moved back to the Province of Alberta. On 9 August 1999, the accused was charged with common assault under section 266 of the *Criminal Code*. On that day, he appeared in Court with his defence counsel. His case was adjourned until 23 August 1999. On 23 August 1999, a *not guilty plea* was entered and the trial was scheduled for 24 November 1999. On 24 November 1999, after consultation with the defence counsel, the provincial prosecutor asked for the charge to be withdrawn and the Court withdrew the charge.

On or about 24 January 2000, a Record of Disciplinary Proceedings was served to the accused indicating that a charge

NATIONALE, SOIT DES VOIES DE FAIT INFLIGEANT DES LÉSIONS CORPORELLES, UNE INFRACTION VISÉE À L'ARTICLE 267 DU CODE CRIMINEL.

Détails: En ce que le ou vers le 1^{er} juillet 1999, au 7, Fowlers Court, au Centre d'instruction au combat de Gagetown, à Oromocto (Nouveau-Brunswick), ou près de ce centre, il a, en se livrant à des voies de fait sur Kerri Kephart, infligé des lésions corporelles à cette dernière¹.

[2] La décision particulière faisant l'objet du présent contrôle judiciaire² est le rejet d'une requête présentée au lieutenant-colonel Alain Ménard (le juge militaire) au début du procès afin que soit rendue une décision portant que la cour martiale permanente n'avait pas compétence pour juger l'accusé. Le juge militaire a rejeté la demande. La décision du juge militaire faisant l'objet du contrôle judiciaire a été rendue le 30 novembre 2000.

CONTEXTE

[3] Le contexte entourant l'accusation portée contre le demandeur et la question soumise au juge militaire qui a donné lieu à la décision faisant l'objet du présent contrôle judiciaire sont décrits comme suit dans les motifs de la décision de ce juge:

[TRADUCTION] Voici le résumé des faits entourant la présente demande. Le 1^{er} juillet 1999, l'accusé vivait avec sa petite amie Kerri Kephart au 7, Fowlers Court, à Oromocto (Nouveau-Brunswick). Tard ce soir-là, la GRC a reçu un appel au sujet d'une querelle domestique à cette résidence. La GRC a fait sortir l'accusé de sa résidence et a procédé à son arrestation. L'accusé a été conduit au poste de la GRC à Oromocto et y a été incarcéré dans une cellule de détention provisoire. Il a été libéré environ neuf heures plus tard lorsque le sergent Guillena s'est présenté à son lieu de détention. L'accusé a été libéré après s'être engagé à comparaître. À la demande de la petite amie, l'engagement de l'accusé a été annulé le ou vers le 9 juillet 1999. L'accusé et M^{me} Kephart se sont séparés et cette dernière est retournée vivre en Alberta. Le 9 août 1999, l'accusé a été inculpé de voies de fait simples aux termes de l'article 266 du *Code criminel*. À cette date, il a comparu avec son avocat devant la cour. Sa cause a été reportée au 23 août 1999, date à laquelle un plaidoyer de non-culpabilité a été inscrit et la tenue du procès a été prévue pour le 24 novembre 1999. À cette date, le poursuivant de la province a demandé, après avoir consulté l'avocat de la défense, que l'accusation soit retirée. La cour a retiré l'accusation.

Le ou vers le 24 janvier 2000, on a signifié à l'accusé une copie du procès-verbal de procédure disciplinaire précisant

of assault causing bodily harm had been laid against him. On 17 February 2000, the referral authority recommended to the Directorate of Military Prosecutions that the charge be proceeded by Standing Court Martial. On 28 April 2000, the Directorate of Military Prosecutions preferred the charge and on 18 October 2000, the Court Martial Administrator convened this court martial.

The fact that both the civilian justice system and the military justice system had a concurrent jurisdiction to bring the accused to trial is not in dispute in this case. The matter to be determined is the following: Has the military justice system lost his *[sic]* jurisdiction over this matter by letting the civilian justice system proceed with the prosecution of the accused to the point of withdrawing the charge after the time a not guilty plea had been entered? I will answer by the negative.³

[4] Additional factual background worthy of note is as follows. On the day the civilian charge against the applicant was withdrawn, November 24, 1999, Ms. Kephart, the only witness to the alleged assault, was not in Court. She had not been subpoenaed. Despite the fact that the Crown had offered to cover her expenses to travel from her home in Alberta, to appear at the trial, she declined to voluntarily appear. The applicant and his defence counsel were aware that Ms. Kephart was not available to testify. Finally, Crown counsel was aware that, if the civilian charge against the applicant were to be withdrawn, military justice officials would consider laying a military charge against the applicant, with a view to seeking a carceral sentence if the applicant were convicted. This information was not disclosed to the applicant or his counsel by Crown counsel.

RELIEF REQUESTED

[5] The relief requested on behalf of the applicant on this application for judicial review is set out in the applicant's notice of application in the following terms:

1. A writ of prohibition or an order in lieu of a writ of prohibition directed to Lieutenant-Colonel Alain Menard, a Military Judge presiding at a Standing Court Martial at Canadian Forces Base Gagetown, New Brunswick, or any other Military Judge who may hold or sit in such Court, prohibiting the said Lieutenant-Colonel Alain Menard or any other Military Judge who may sit or hold in such Court from proceeding with the trial of the applicant upon

qu'une accusation de voies de fait infligeant des lésions corporelles avait été portée contre lui. Le 17 février 2000, l'autorité de renvoi a recommandé au directeur des poursuites militaires qu'une Cour martiale permanente instruisse l'accusation. Le 28 avril 2000, le directeur des poursuites militaires a porté l'accusation et, le 18 octobre 2000, l'administrateur de la cour martiale a convoqué la présente cour martiale.

Le fait que tant le système de justice civile que le système de justice militaire ont compétence concurrente pour traduire l'accusé en justice n'est pas contesté en l'espèce. La question à trancher est la suivante: le système de justice militaire a-t-il perdu sa compétence sur la présente affaire en laissant le système de justice civile poursuivre l'accusé jusqu'à ce qu'il y ait retrait de l'accusation après l'inscription d'un plaidoyer de non-culpabilité? Je répondrai par la négative.³

[4] D'autres faits sont également dignes de mention. Le jour où l'accusation contre le demandeur devant un tribunal civil a été retirée, soit le 24 novembre 1999, M^{me} Kephart, le seul témoin des voies de fait reprochées, n'était pas présente devant la Cour. Elle n'avait pas été assignée. Bien que la Couronne ait offert d'acquitter ses frais de déplacement entre sa demeure en Alberta et la Cour, M^{me} Kephart n'a pas accepté de comparaître volontairement. Le demandeur et son avocat savaient que M^{me} Kephart n'allait pas témoigner. Le poursuivant savait, finalement, que si l'accusation contre le demandeur devant un tribunal civil devait être retirée, les responsables de la justice militaire envisageraient de porter une accusation contre lui devant un tribunal militaire afin, en cas de condamnation, qu'une peine d'emprisonnement lui soit infligée. Le poursuivant n'a pas divulgué cette information au demandeur non plus qu'à son avocat.

MESURES DE REDRESSEMENT DEMANDÉES

[5] Les mesures de redressement demandées au nom du demandeur dans le cadre de sa demande de contrôle judiciaire sont énoncées comme suit dans son avis de demande:

[TRADUCTION]

1. Un bref de prohibition, ou une ordonnance en guise et lieu d'un bref, adressé au lieutenant-colonel Alain Ménard, juge militaire présidant une Cour martiale permanente à la Base des Forces canadiennes Gagetown, au Nouveau-Brunswick, ou à tout autre juge militaire pouvant tenir une séance de cette cour ou y siéger, et lui interdisant d'instruire le procès du demandeur fondé sur un acte d'accusation daté du 28 avril 2000 et alléguant que le ou

a Charge Sheet dated 28 April 2000 alleging that he on or about 1 July 1999, at 7 Fowlers Court, at or near Combat Training Centre Gagetown, Oromocto, New Brunswick, did in committing an assault upon Kerri Kephart cause bodily harm to her, contrary to section 130 of the *National Defence Act* and section 267 of the *Criminal Code*.

2. Such further and other relief as this Honourable Court deems just.⁴

THE ISSUES

[6] The issues on this application for judicial review, paraphrased from the applicant's memorandum of fact and law⁵ are the following:

1. Whether this Court has jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act*⁶ to grant a writ of prohibition directed to a Military Judge presiding at a court martial.
2. Whether this application for a writ of prohibition is barred by section 18.5 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*.
3. Whether a writ of prohibition should issue on the basis that the military justice system has lost jurisdiction.
4. Whether a writ of prohibition should issue on the basis that the second prosecution of the applicant in the military justice system is an abuse of process.

RELEVANT STATUTORY LAW

[7] The definition "federal board, commission or other tribunal" [as am. *idem*, s. 1] in subsection 2(1) of the *Federal Court Act*, subsection 18(1) and section 18.5 of that Act are set out in Schedule I to these reasons. It was not in dispute before me that the Standing Court Martial as constituted and the decision of which is here under review is a "federal board, commission or other tribunal" within the meaning given to that expression in subsection 2(1) of the *Federal Court Act*. Further, it was not in dispute before me that section 28 of the *Federal Court Act*, as referred to in the opening words of subsection 18(1) of that Act, is not relevant for the purposes of this matter.

vers le 1^{er} juillet 1999, au 7, Fowlers Court, au Centre d'instruction au combat de Gagetown, à Oromocto (Nouveau-Brunswick), ou près de ce centre, il a, en se livrant à des voies de fait sur Kerri Kephart, infligé des lésions corporelles à cette dernière, une infraction visée à l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* et à l'article 267 du *Code criminel*.

2. Toute mesure de redressement autre et additionnelle que l'honorable Cour pourra juger appropriée⁴.

QUESTIONS EN LITIGE

[6] Pour paraphraser l'exposé des faits et du droit du demandeur⁵, les questions en litige dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire sont les suivantes:

1. La Cour a-t-elle compétence, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*⁶, pour décerner un bref de prohibition visant un juge militaire qui préside une cour martiale?
2. L'article 18.5 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* fait-il obstacle à la présente demande de bref de prohibition?
3. Faut-il décerner un bref de prohibition au motif que le système de justice militaire a perdu compétence?
4. Faut-il décerner un bref de prohibition au motif que la deuxième poursuite contre le demandeur devant le système de justice militaire constitue un abus de procédure?

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[7] La définition d'«office fédéral» [mod., *idem*, art. 1] au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* ainsi que le paragraphe 18(1) et l'article 18.5 de cette Loi sont reproduits à l'annexe I des présents motifs. Il n'a pas été contesté devant moi que la cour martiale permanente telle qu'elle est constituée et dont la décision fait l'objet du présent contrôle judiciaire est un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il n'a pas non plus été contesté que l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, mentionné au début du paragraphe 18(1) de cette Loi, n'est pas pertinent aux fins de la présente affaire.

[8] Paragraph 60(1)(a) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 30], subsection 66(1) [as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 20], section 71 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 46], paragraph 130(1)(a) [as am. by S.C. 1998, c. 35, ss. 33, 92] and the closing words of subsection 130(1), paragraphs 139(1)(c) to (l) [as am. *idem*, s. 35], and sections 162 [as am. *idem*, s. 42], 173 [as am. *idem*] to 175 [as am. *idem*], 230 [as am. by S.C. 1991, c. 43, s. 21; 2000, c. 10, s. 2] and 230.1 [as enacted by S.C. 1991, c. 43, s. 21; 2000, c. 10, s. 3] of the *National Defence Act*⁷ are set in Schedule II to these reasons.

ANALYSIS

(1) Does this Court have jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act* to grant a writ of prohibition directed to a Military Judge in the circumstances here before the Court?

[9] The issue as stated in the foregoing subheading is essentially a restatement of the first issue identified on behalf of the applicant. For the purposes of my analysis, I will combine it with a consideration of the second issue question stated on behalf of the applicant, that is, whether or not the relief requested on behalf of the applicant is barred by section 18.5 of the *Federal Court Act*. If, as I will conclude, this Court has jurisdiction and exercise of that jurisdiction is not barred by section 18.5, I will then turn to the question of whether or not this Court should exercise its discretion to grant a writ of prohibition, as requested on behalf of the applicant, in all of the circumstances of this matter.

[10] As earlier indicated, section 28 of the *Federal Court Act*, as referred to in the opening words of subsection 18(1) of that Act, has no application on the facts of this matter. Thus, I am satisfied that the Trial Division has exclusive original jurisdiction to issue a writ of prohibition in the circumstances now before me if the Standing Court Martial presided over by the Military Judge whose decision is here under review is a “federal board, commission or other tribunal” as defined in subsection 2(1) of the *Federal Court Act* and if this Court’s jurisdiction is not ousted by section 18.5 of that

[8] L’alinéa 60(1)a) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 30], le paragraphe 66(1) [mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 20], l’article 71 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 46], l’alinéa 130(1)a) [mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 33, 92] et les derniers mots du paragraphe 130(1), les alinéas 139(1)c) à l) [mod. *idem*, art. 35] et les articles 162 [mod., *idem*, art. 42], 173 [mod., *idem*] à 175 [mod., *idem*], 230 [mod. par L.C. 1991, ch. 43, art. 21; 2000, ch. 10, art. 2] et 230.1 [édicte par L.C. 1991, ch. 43, art. 21; 2000, ch. 10, art. 3] de la *Loi sur la défense nationale*⁷ sont reproduits à l’annexe II des présents motifs.

ANALYSE

1) La Cour a-t-elle compétence, en vertu de l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour décerner un bref de prohibition visant un juge militaire dans les circonstances sous étude?

[9] La question telle qu’elle est énoncée dans le sous-titre qui précède est essentiellement une reformulation de la première question en litige présentée au nom du demandeur. Aux fins de mon analyse, je l’examinerai en même temps que la deuxième question en litige formulée au nom du demandeur, soit celle de savoir si l’article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* fait ou non obstacle à la mesure de redressement demandée au nom du demandeur. Si, tel que je le conclurai, la Cour a compétence et l’article 18.5 ne fait pas obstacle à l’exercice de cette compétence, j’examinerai alors la question de savoir si la Cour doit ou non exercer son pouvoir discrétionnaire et décerner un bref de prohibition en l’espèce, tel qu’il est demandé au nom du demandeur.

[10] Comme je l’ai déjà indiqué, l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, mentionné au début du paragraphe 18(1) de cette Loi, ne s’applique pas en l’espèce. Je suis par conséquent convaincu que la Section de première instance a compétence initiale exclusive pour décerner un bref de prohibition dans les circonstances sous étude, si la cour martiale permanente présidée par le juge militaire dont la décision fait l’objet du présent contrôle judiciaire est un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et si la compétence de la présente Cour n’est pas écartée par l’article 18.5

Act. For ease of reference, section 18.5 is repeated here:

18.5 Notwithstanding sections 18 and 18.1, where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal as such to the Court, to the Supreme Court of Canada, to the Court Martial Appeal Court, to the Tax Court of Canada, to the Governor in Council or to the Treasury Board from a decision or order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act. [Emphasis added.]

[11] I am satisfied that, pursuant to section 230 of the *National Defence Act*, and particularly paragraph (b) of that section, the applicant would have an appeal to the Court Martial Appeal Court from the legality of a finding of guilt made against him by the Standing Court Martial. One of the issues going to the legality of any such finding of guilt would be the jurisdiction of the Standing Court Martial, such jurisdiction being the precise issue determined by the presiding Military Judge in the decision that is here under review.⁸ But the foregoing conclusion begs the question of whether section 230, and particularly paragraph (b) of that section, constitutes a provision “expressly” providing for an appeal of the decision here under review.

[12] Section 230.1 of the *National Defence Act* provides for an appeal by the Minister where he or she questions the legality of any finding of not guilty by a Standing Court Martial, precisely the converse of the right of appeal granted to a person such as the applicant by paragraph 230(b). Section 230.1 goes further: it provides a right of appeal to the Minister respecting the legality of any decision of a Standing Court Martial that “terminates proceedings on a charge or that in any manner refuses or fails to exercise jurisdiction in respect of a charge”. Such a decision would be the converse of the decision here under review which upholds the jurisdiction of the Standing Court Martial in respect of the charge against the applicant. I am satisfied that this latter provision of section 230.1 constitutes an express provision made by an Act of Parliament for an appeal to the Court Martial Appeal Court that has no equivalent in

de la Loi. Par souci de commodité, l'article 18.5 est également reproduit ci-après.

18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi. [Je souligne.]

[11] Je suis convaincu qu'en vertu de l'article 230 de la *Loi sur la défense nationale* et particulièrement de son alinéa b), le demandeur pourrait en appeler devant la Cour d'appel de la cour martiale de la légalité d'un verdict de culpabilité prononcé contre lui par la cour martiale permanente. La légalité d'un tel verdict concerne notamment la compétence de la cour martiale permanente, la question de cette compétence étant précisément celle tranchée par le juge militaire ayant présidé dans la décision sous étude⁸. Mais cette conclusion oblige à se demander si l'article 230, particulièrement l'alinéa 230b), constitue une disposition prévoyant «expressément» qu'on peut interjeter appel de la décision faisant l'objet du présent contrôle judiciaire.

[12] L'article 230.1 de la *Loi sur la défense nationale* prévoit que le ministre peut interjeter appel lorsqu'il met en question la légalité de tout verdict de non-culpabilité d'une cour martiale permanente, soit un droit d'appel exactement inverse de celui conféré à une personne comme le demandeur en vertu de l'alinéa 230b). L'article 230.1 va plus loin et accorde au ministre un droit d'appel relativement à 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». Ce serait là une décision inverse de celle sous étude, qui confirme la compétence de la cour martiale permanente relativement à l'accusation portée contre le demandeur. Je suis convaincu qu'on a affaire avec ces dispositions de l'article 230.1 à une loi fédérale prévoyant expressément un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour

section 230 of the *National Defence Act* in favour of a person such as the applicant and, indeed, in any other provision of the *National Defence Act* or any other Act of Parliament to which I was referred.

[13] Contrasting the terminology of sections 230 and 230.1 of the *National Defence Act*, I conclude that the right of a person such as the applicant to appeal from a decision such as that which is here under review to the Court Martial Appeal Court, as a component of a finding of guilt, as provided in section 230, is not express, but when contrasted with the terminology of section 230.1, is merely implied.

[14] The second question arising out of the terminology of section 18.5 of the *Federal Court Act* is, then, whether a Standing Court Martial such as that giving rise to the decision here under review is a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning given to that expression in subsection 2(1) of the *Federal Court Act*. As earlier noted, that a Standing Court Martial is a “federal board, commission or other tribunal” was essentially not in dispute before me.

[15] In *Glowczeski v. Canada (Minister of National Defence)*,⁹ Mr. Justice Muldoon wrote at pages 284-285:

It hardly needs analytical demonstration that the *National Defence Act*, . . . and the QR & O [Queen’s Regulations and Orders for the Canadian Forces] are authentic “laws of Canada” within the meaning of section 101 [of the *Constitution Act, 1867*], for the “better administration” of which this Court is established. Also, it hardly needs analytical demonstration that, in so far as they are “exercising . . . jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament” including regulations made under the authority thereof, the respondents are each “a federal board, commission or other tribunal” within the meaning of that expression under section 2 of the *Federal Court Act*. [Citation omitted.]

[16] More recently, in *Rushnell v. Canada (Attorney General)*,¹⁰ my colleague Mr. Justice Rouleau reached a substantially similar conclusion. At paragraphs 12 to 14 of his reasons, he wrote:

Upon consideration of the question, I find it is clear that the Federal Court, Trial Division, has the jurisdiction to hear

martiale, en faveur d’une personne comme le demandeur, sans qu’existent de dispositions équivalentes à l’article 230 de la *Loi sur la défense nationale*, dans le reste de cette Loi ou dans toute autre loi fédérale à laquelle on m’ait renvoyé.

[13] Après avoir comparé le libellé des articles 230 et 230.1 de la *Loi sur la défense nationale*, je conclus que le droit d’une personne comme le demandeur d’en appeler devant la Cour d’appel de la cour martiale d’une décision telle que celle sous étude, en tant qu’élément d’un verdict de culpabilité comme le prévoit l’article 230, n’est pas exprès mais simplement implicite, par contraste avec le libellé de l’article 230.1.

[14] La deuxième question soulevée par le libellé de l’article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* est alors celle de savoir si une cour martiale permanente comme celle concernée par la décision sous étude est un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Comme je l’ai déjà mentionné, on n’a pas véritablement contesté devant moi qu’une cour martiale permanente constitue un «office fédéral».

[15] Dans *Glowczeski c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*⁹, le juge Muldoon a écrit ce qui suit, aux pages 284 et 285:

Il n’est point besoin d’analyse logique pour affirmer que la *Loi sur la défense nationale* [. . .] ainsi que les Ordonnances et règlements [Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes] sont véritablement des «lois du Canada» au sens de l’article 101 [de la *Loi constitutionnelle de 1867*], pour la «meilleure administration» desquelles cette Cour est établie. De même, il n’est point besoin d’analyse logique pour affirmer que, dans la mesure où il «exer[ce] . . . une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale, y compris ses règlements d’application, chacun des intimés est un «office fédéral» au sens de ce terme à l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. [Renvoi omis.]

[16] Dans *Rushnell c. Canada (Procureur général)*¹⁰, plus récemment, mon collègue le juge Rouleau en est venu à une conclusion pratiquement identique. Il a écrit ce qui suit aux paragraphes 12 à 14 de ses motifs:

Après avoir examiné la question, j’estime clair que la Section de première instance de la Cour fédérale a

an application for a writ of prohibition from an application [sic] facing charges in a Standing Court Martial procedure. Section 18 of the *Federal Court Act* clearly grants the Court this power. It is true that section 18.5 limits the scope of review to those matters for which an appeal before the Court Martial of Appeal [sic] already exists. However, it is my understanding that the *National Defence Act* does, in no way, allows [sic] for appeals before the Court Martial of Appeal [sic] of an interim decision. In fact, the grounds for appeals are quite limited, as can be ascertained by section 230 of that Act:

[Quotation of section 230 of the *National Defence Act* omitted.]

While it is true that on appeal, an accused will be free to raise the issue of reasonable apprehension of bias, section 230 in no way precludes this Court from exercising its supervisory role. In fact, the opposite conclusion would be constitutionally doubtful, as no other Court would be qualified to exercise a supervisory role on the Court Martial institution.

It is also clear from section 231 of the *National Defence Act* that the supervisory role of the Federal Court was preserved:

231. The right of any person to appeal from the finding or sentence of a court martial shall be deemed to be in addition to and not in derogation of any rights that the person has under the law of Canada.

[17] I reach a similar conclusion here. I am satisfied that this Court's jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act* to provide the relief that the applicant herein is seeking is not ousted by section 18.5 of that Act.

(2) Should this Court exercise its discretion to grant prohibition?

[18] In *MacKay v. Rippon*,¹¹ Mr. Justice Cattanach wrote at pages 245-246:

Prohibition, like all prerogative writs, is not granted as of right but upon judicial discretion exercised with great caution and forbearance for the furtherance of justice when other remedies are not available.

When lack of jurisdiction is apparent on the face of the proceedings prohibition will issue but where want of jurisdiction is not so apparent then the granting of prohibition is discretionary.

compétence pour connaître d'une demande de bref de prohibition présentée par un demandeur qui doit répondre d'une accusation devant une cour martiale permanente. L'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* accorde clairement ce pouvoir à la Cour. Il est vrai que l'article 18.5 limite la portée du contrôle concernant les affaires qui peuvent déjà faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de la cour martiale. Toutefois, à ce que je comprends, la *Loi sur la défense nationale* ne permet aucunement l'appel d'une décision provisoire. En fait, les motifs d'appel sont très limités, comme en témoigne l'article 230 de cette Loi:

[Citation de l'article 230 de la *Loi sur la défense nationale* omise.]

Bien qu'il soit vrai qu'un accusé peut soulever en appel la question d'une crainte raisonnable de partialité, l'article 230 n'empêche nullement la Cour d'exercer son rôle de surveillance. De fait, la conclusion contraire pourrait être mise en doute sur le plan constitutionnel, car aucun autre tribunal ne serait qualifié pour exercer un rôle de surveillance sur l'institution de la cour martiale.

Il ressort aussi clairement de l'article 231 de la *Loi sur la défense nationale* que le rôle de surveillance de la Cour fédérale est maintenu:

231. Le droit d'interjeter appel du verdict ou de la sentence de la cour martiale est réputé s'ajouter, et non déroger, aux droits personnels reconnus par le droit canadien.

[17] J'en viens à une conclusion semblable en l'espèce. Je suis convaincu que la compétence conférée à la Cour, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, d'accorder la mesure de redressement demandée par le demandeur aux présentes n'est pas écartée par l'article 18.5 de cette Loi.

2) La Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et décerner un bref de prohibition?

[18] Dans *MacKay c. Rippon*¹¹, le juge Cattanach a écrit ce qui suit aux pages 245 et 246:

Le bref de prohibition, comme tous les brefs de prérogative, n'est pas accordé de plein droit, mais en vertu du pouvoir discrétionnaire des tribunaux, exercé avec grande prudence et bienveillance pour que justice soit faite en l'absence d'autres recours.

Lorsque l'incompétence est évidente, sur le vu des pièces procédurales, il y a lieu à prohibition, mais lorsque le vice de compétence n'est pas aussi clair, la délivrance d'un bref de prohibition est facultative.

In my view such a lack of jurisdiction is not apparent in view of the plethora of decisions following the *Drybones* case.

It therefore seems to me that the question of want of jurisdiction should have been raised first as a plea in bar of trial before the Standing Court Martial as the applicants were entitled to do and did not choose to do so.

In the event of this having been done and the decision of the Standing Court Martial had been adverse to the applicants the questions of lack of jurisdiction would have been properly raised on appeal to the Court Martial Appeal Court and there is an appeal from the Court Martial Appeal Court to the Supreme Court of Canada. [Emphasis added.]

[19] The foregoing passage, together with an additional paragraph, was quoted by Mr. Justice Rouleau in his reasons in *Rushnell*.¹² My colleague took the position that it could not be relied on. At paragraph 11 of his reasons, he wrote:

I do not accept the respondents' arguments in this respect and do not believe that the above-cited case can be relied upon anymore. Both the *National Defence Act* and the *Federal Court Act* have been amended since the issuance of the *MacKay* decision. Furthermore, as is clear from the following passage, Cattanach, J.'s opinion was merely an *obiter*.

"However, as I have said, in view of the conclusion I have reached it is not incumbent upon me to consider the exercise of my discretion to grant prohibition and I do not do so in these instances. I do not do so because I do not wish my remarks to trammel any of my brother Judges who might be obliged to consider the exact question."

[20] With great respect to Mr. Justice Rouleau, I find the passage from Mr. Justice Cattanach's reasons, above quoted, to be both relevant and apt as it relates to the discretionary nature of the relief of prohibition, and also as to the "great caution and forbearance" that should be exercised before granting prohibition on the facts of a matter such as this "where want of jurisdiction is not so apparent" on the face of the decision under review.

[21] Section 162 of the *National Defence Act*, quoted in Schedule II to these reasons, makes it abundantly clear that a charge such as that now faced by the applicant is to be dealt with as expeditiously as the circumstances permit. It was open to the applicant,

À mon avis, en l'espèce l'incompétence n'est pas évidente, vu les nombreuses décisions qui ont suivi l'affaire *Drybones*.

Il me semble donc que l'exception d'incompétence aurait dû être soulevée d'abord comme fin de non-recevoir devant la Cour martiale permanente, ce que les requérants étaient en droit de faire, mais n'ont pas fait.

Si cela avait été fait et que la Cour martiale permanente ait débouté les requérants sur l'exception d'incompétence, celle-ci aurait pu faire l'objet d'un appel devant le Tribunal d'appel des cours martiales dont l'arrêt peut lui-même faire l'objet d'un pourvoi à la Cour suprême du Canada. [Non souligné dans l'original.]

[19] Le juge Rouleau a cité le passage qui précède ainsi qu'un paragraphe additionnel dans *Rushnell*.¹² Mon collègue était d'avis qu'on ne pouvait se fonder sur la décision *MacKay*. Il a écrit ce qui suit au paragraphe 11 de ses motifs:

Je ne retiens pas les arguments des intimés à cet égard et je ne crois pas qu'il soit encore possible de s'appuyer sur la décision précitée. La *Loi sur la défense nationale* et la *Loi sur la Cour fédérale* ont toutes deux été modifiées depuis le prononcé de la décision *MacKay*. De plus, comme le révèle clairement le passage suivant, l'opinion du juge Cattanach ne constituait qu'une remarque incidente:

Toutefois, comme je l'ai dit, vu la conclusion à laquelle j'arrive, il ne m'appartient pas d'examiner si je puis exercer mon pouvoir discrétionnaire pour accorder le bref de prohibition, ce que je refuse de faire en l'espèce. Je m'y refuse, car je ne veux pas que mes remarques puissent gêner mes collègues qui pourraient avoir à statuer sur ce point précis.

[20] En toute déférence pour l'opinion du juge Rouleau, je suis d'avis que le passage précité des motifs du juge Cattanach est à la fois pertinent et juste pour ce qui est du caractère facultatif du bref de prohibition, ainsi que de la «grande prudence et bienveillance» qu'il y a lieu d'exercer avant de décerner un tel bref dans une situation comme celle en l'espèce où «l'incompétence n'est pas évidente» au vu de la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire.

[21] L'article 162 de la *Loi sur la défense nationale*, reproduit à l'annexe II des présents motifs, prévoit très clairement qu'une accusation comme celle à laquelle le demandeur fait actuellement face doit être traitée avec toute la célérité que les circonstances permettent. Il était

having challenged the jurisdiction of the Standing Court Martial to deal with the charge against him, and having had his challenge rejected, to allow the Standing Court Martial to proceed and, if he were found guilty, to appeal that finding of guilt on the ground that it was not legal by reason of want of jurisdiction. There was no evidence before me that his liberty interest was at issue pending final determination by a military judge or, indeed, pending final disposition of any appeal to the Court Martial Appeal Court. I am satisfied that such a course of action, and only such a course of action rather than the course of action that was here adopted, would have been consistent with section 162 of the *National Defence Act*.

[22] In *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*,¹³ a case not cited before me, Mr. Justice Strayer, on facts and in a context very different from those before me, wrote at pages 596-597:

Thus, the direct and proper way to contest an originating notice of motion which the respondent thinks to be without merit is to appear and argue at the hearing of the motion itself. This case well illustrates the waste of resources and time in adding on to what is supposed to be a summary judicial review proceeding the process of an interlocutory motion to strike. This motion to strike has involved a hearing before a trial judge and over one half day before the Court of Appeal, the latter involving the filing of several hundred pages of material, all to no avail.

While what is at issue on this application for judicial review is not the contesting of an originating notice of motion but rather a challenge to jurisdiction with respect to a Standing Court Martial, the issue of waste of resources to which Mr. Justice Strayer refers is very similar. The time taken in pursuit of this application for judicial review has been substantial. If my decision herein is appealed, significant further time will be involved. All of this is to be contrasted with the time that would have been required to proceed with the Standing Court Martial before a military judge, a proceeding which is to be dealt with expeditiously, and then to appeal the result in the event of a finding of guilt.

loisible au demandeur, après avoir contesté la compétence de la cour martiale permanente de traiter l'accusation portée contre lui et vu rejeter sa contestation, de laisser poursuivre l'instance puis, s'il devait être trouvé coupable, d'en appeler relativement à la légalité du verdict de culpabilité pour absence de compétence. Aucune preuve ne m'a été présentée quant à toute atteinte au droit à la liberté du demandeur dans l'attente de la décision finale d'un juge militaire, ou même de la conclusion définitive de tout appel devant la Cour d'appel de la cour martiale. Je suis convaincu qu'une telle ligne de conduite, et celle-là seule plutôt que celle qui a été adoptée, aurait été conforme à l'article 162 de la *Loi sur la défense nationale*.

[22] Dans *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*¹³, un arrêt que les parties n'ont pas cité, le juge Strayer a écrit ce qui suit à la page 597 à l'égard de faits et d'un contexte fort différents de ceux en l'espèce:

Par conséquent, le moyen direct et approprié par lequel la partie intimée devrait contester un avis de requête introductive d'instance qu'elle estime sans fondement consiste à comparaître et à faire valoir ses prétentions à l'audition de la requête même. La présente cause illustre bien le gaspillage de ressources et de temps qu'entraîne l'examen additionnel d'une requête interlocutoire en radiation dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire qui devrait être sommaire. La présente requête en radiation a donné lieu, inutilement, à une audience devant le juge de première instance et à plus d'une demi-journée devant la Cour d'appel, ainsi qu'au dépôt, devant cette dernière, de plusieurs centaines de pages de documents.

Bien que la présente demande de contrôle judiciaire ne concerne pas la contestation d'un avis de requête introductive d'instance, mais plutôt une contestation de la compétence d'une cour martiale permanente, le problème de gaspillage de ressources mentionné par le juge Strayer se pose de manière très semblable. Le temps consacré à la présente demande de contrôle judiciaire a été considérable. S'il devait y avoir appel de ma décision, beaucoup de temps serait encore nécessaire. Tout cela par contraste avec le temps qui aurait été requis pour qu'un juge militaire d'une cour martiale permanente traite l'accusation, avec toute la célérité possible, puis qu'un appel soit interjeté en cas de verdict de culpabilité.

[23] Against the foregoing, I am satisfied that, on all of the facts of this matter, it would be contrary to the best interests of justice to grant prohibition in favour of the applicant in contemplation that such a grant might then constitute a precedent for added complexity in the processes of the military justice system. I reach this conclusion having in mind my conclusions which follow regarding the questionable merits of this application.

[24] Counsel for the applicant served notice of a constitutional question on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19] of the *Federal Court Act*. A copy of the notice, together with proof of service, was filed in this Court on November 15, 2001. In the notice, the constitutional question was set out in the following terms:

The constitutional issue to be addressed in this case is the interface between the concurrent criminal law jurisdiction of the civilian justice system administered by the provinces pursuant to s. 92 (14) of the *Constitution Act, 1867* and of the military justice system administered by military authorities pursuant to s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. The question to be determined is whether the civilian justice system's criminal law jurisdiction has primacy over the military justice system's criminal law jurisdiction. In other words, where the civilian justice system asserts criminal law jurisdiction over a matter, is the criminal law jurisdiction of the military justice system ousted? If this is not the case, does the Canadian Constitution permit a situation where there can be an unseemly competition between the civilian and military justice systems with each trying to assert its criminal law jurisdiction over a particular matter?

[25] Counsel for the applicant urged before me that the second prosecution of the applicant, that is to say the prosecution in the military justice system, amounts to an abuse of process in that the conduct of the Crown, both provincial and federal, violated the applicant's right to receive full and complete disclosure, impaired his right to make full answer and defence, and denied him the right to a trial within a reasonable time. Counsel further urged that the institution of a second prosecution against the applicant offends the general policy that multiple proceedings over the same matter should be avoided.

[23] Je suis convaincu, compte tenu de ce qui précède et de tous les faits d'espèce, qu'il ne serait pas dans l'intérêt véritable de la justice de décerner un bref de prohibition en faveur du demandeur, comme cela pourrait constituer un précédent qui rendrait plus complexe encore le système de justice militaire. J'en viens à cette conclusion en ayant à l'esprit mes conclusions exposées ci-après quant au bien-fondé douteux de la présente demande.

[24] L'avocat du demandeur a signifié un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et au procureur général de chaque province, en conformité avec l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19] de la *Loi sur la Cour fédérale*. Une copie de l'avis, ainsi que la preuve de la signification, ont été produits à la Cour le 15 novembre 2001. Dans l'avis, la question constitutionnelle était énoncée comme suit:

[TRADUCTION] La question constitutionnelle devant être traitée dans la présente affaire concerne la compétence concurrente en matière de droit pénal entre le système de justice civile administré par les provinces en vertu du paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et le système de justice militaire administré par les autorités militaires en vertu du paragraphe 91(7) de cette loi. La question à trancher est celle de savoir si la compétence en droit pénal du système de justice civile a ou non prépondérance sur la compétence du système de justice militaire. En d'autres termes, lorsque le système de justice civile fait valoir sa compétence de droit pénal à l'égard d'une question, la compétence de droit pénal du système de justice militaire est-elle écartée? En cas contraire, la constitution canadienne permet-elle qu'existe une situation où il puisse y avoir concurrence inconvenante entre les systèmes de justice civile et militaire, chacun faisant valoir sa compétence de droit pénal à l'égard d'une situation particulière?

[25] L'avocat du demandeur a soutenu que la seconde poursuite contre le demandeur, celle devant le système de justice militaire, équivalait à un abus de procédure comme le comportement de la Couronne, tant provinciale que fédérale, portait atteinte à son droit à une pleine communication de la preuve, à son droit de présenter une défense pleine et entière et à son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. L'avocat a soutenu en outre qu'engager une seconde poursuite contre le demandeur contrevient au principe général selon lequel il faut éviter les déclarations de culpabilité multiples à l'égard d'un même fait.

[26] I find no merit in any of these arguments.

[27] The proceeding against the applicant in the civilian justice system proceeded beyond the point where the applicant entered a plea of not guilty and, indeed, proceeded to the point of trial. At that point, Crown counsel advised the applicant and his counsel that he would be seeking a withdrawal of the charge and the applicant and his counsel were aware that the Crown's principal witness, perhaps even the Crown's only witness, was not available to testify. There was no evidence before me that the applicant or his counsel objected to a withdrawal. In fact, the evidence is to the contrary, notwithstanding that it should have been apparent to the applicant's counsel, if not to the applicant himself, that, if the charge against the applicant were not withdrawn, the result would almost inevitably have been a dismissal of the charge for want of evidence.

[28] It was indeed unfortunate that Crown counsel did not disclose to the applicant or his counsel, Crown counsel's knowledge that, if the charge in the civilian justice system were withdrawn, a charge might have been laid in the military justice system as indeed proved to be the case. But I am satisfied that this failure of disclosure was in no sense fatal: that is to say, that the failure of disclosure in no sense prejudiced the opportunity for the applicant, through his counsel, to make full answer and defence to the charge against him in the civilian justice system. The reality is that the applicant and his counsel were faced with a golden opportunity to obtain a dismissal of the charge against the applicant which would have forever barred an equivalent charge being laid in the military justice system. That they failed to take advantage of this opportunity should not now be relied upon to bar exercise of the concurrent jurisdiction vested in the military justice system.

[29] I find no basis whatsoever, on constitutional or other grounds, to differ from the conclusion of the Military Judge reflected in the decision here under review that, in all of the circumstances of this matter, the military justice system has not lost jurisdiction to institute proceedings arising out of the alleged conduct of the applicant which gave rise to the charge currently

[26] Je ne reconnais aucune valeur à ces arguments.

[27] La poursuite contre le demandeur devant le système de justice civile a été engagée jusqu'à un stade postérieur à l'inscription d'un plaidoyer de non-culpabilité et, en fait, jusqu'à la tenue du procès. À ce stade, l'avocat de la Couronne a informé le demandeur et son avocat qu'il demanderait le retrait de l'accusation, et ces derniers savaient que le principal, peut-être même le seul, témoin de la Couronne n'était pas disponible pour témoigner. Aucune preuve ne m'a été présentée selon laquelle le demandeur ou son avocat se sont objectés au retrait de l'accusation. La preuve va en fait en sens contraire, malgré qu'il aurait dû être manifeste pour l'avocat du demandeur, sinon même pour ce dernier, qu'au cas où l'accusation contre le demandeur n'aurait pas été retirée, le résultat final aurait presque inévitablement été le rejet, faute de preuve, de l'accusation.

[28] Il est de fait dommage que l'avocat de la Couronne n'ait pas divulgué au demandeur ou à son avocat que, si l'accusation devant le système de justice civile devait être retirée, il se pouvait qu'une accusation soit portée devant le système de justice militaire, comme cela s'est effectivement produit. Je suis cependant convaincu que ce défaut de divulguer n'avait rien de fatal. Ce défaut n'a empêché en rien le demandeur, par l'entremise de son avocat, d'opposer une défense pleine et entière à l'accusation portée contre lui devant le système de justice civile. En réalité, le demandeur et son avocat ont eu une occasion rêvée d'obtenir le rejet de l'accusation contre le demandeur, ce qui aurait empêché pour toujours qu'une accusation équivalente ne soit portée contre lui devant le système de justice militaire. Le défaut de profiter de cette occasion ne peut maintenant être invoqué pour faire obstacle à l'exercice de la compétence concurrente du système de justice militaire.

[29] Je conclus qu'il n'y a aucun motif, d'ordre constitutionnel ou autre, pour être en désaccord avec la conclusion du juge militaire exprimée dans la décision sous étude et selon laquelle, eu égard à toutes les circonstances de l'affaire, le système de justice militaire n'a pas perdu sa compétence pour tenter une poursuite relativement au comportement reproché du demandeur

outstanding against him in the military justice system. Put another way, I find no basis on which to conclude that the concurrent jurisdiction of the military justice system, under the *National Defence Act* has been ousted by the procedure followed in the civilian justice system, leading ultimately to the withdrawal of the charge against the applicant in that system.

[30] Further, I find no evidence before me on which to conclude that the conduct of Crown counsel and the conduct of military justice system authorities has given rise to an “unseemly competition” between the civilian and military justice systems, with each trying to assert, in some kind of competitive fashion, its jurisdiction arising out of the alleged conduct of the applicant.

[31] Finally, I find no basis on which to conclude that the conduct of Crown counsel and of military justice system authorities has caused a delay that is of such unreasonable duration that to permit the charge in the military justice system to proceed to trial would bring the administration of justice in Canada into disrepute.

CONCLUSION

[32] Based upon the foregoing, this application for judicial review and for the grant of relief in the nature of a writ of prohibition will be dismissed.

COSTS

[33] Counsel for the respondents urged that, in the event of success on the part of the respondents, costs should go in their favour. Counsel for the applicant noted that costs awards in criminal justice matters are extremely rare and an award simply is not warranted on the facts of this matter. While this judicial review arises in the context of a prosecution of the applicant in the military justice system, it is not, in and of itself, criminal in nature. The general rule on applications for judicial review such as this is the same as in actions before this Court; that is, costs follow the event in the absence of special circumstances justifying a different result. I find nothing on the facts of this matter or in the nature of the issues raised on this application for judicial review that

qui a donné lieu à l'accusation actuellement en instance contre lui devant ce système. En d'autres termes, je juge qu'il n'y a aucun motif pour conclure que la compétence concurrente du système de justice militaire, en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, a été écartée par la procédure engagée devant le système de justice civile et qui a abouti en un retrait de l'accusation portée contre le demandeur.

[30] En outre, aucune preuve ne m'a été présentée permettant de conclure que le comportement de l'avocat de la Couronne ou celui des autorités du système de justice militaire dénotaient une «concurrence inconvenante» entre les systèmes de justice civile et militaire, chacun d'eux essayant de faire valoir sa compétence, avec un certain esprit de concurrence, à l'égard du comportement reproché du demandeur.

[31] Finalement, je juge qu'il n'y a aucun motif pour conclure que le comportement de l'avocat de la Couronne et celui des autorités du système de justice militaire ont entraîné un retard si déraisonnable que permettre l'instruction de l'accusation portée par le système de justice militaire est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

CONCLUSION

[32] Compte tenu de ce qui précède, la présente demande de contrôle judiciaire et de délivrance d'un bref de prohibition sera rejetée.

DÉPENS

[33] L'avocat des défendeurs a soutenu que, si ceux-ci avaient gain de cause, les dépens devraient leur être adjugés. L'avocat du demandeur a souligné pour sa part que les attributions de dépens étaient extrêmement rares dans les affaires pénales et qu'en l'espèce, une telle attribution n'était tout simplement pas justifiée. Bien que le présent contrôle judiciaire se rapporte à une poursuite intentée contre le demandeur au sein du système de justice militaire, il n'est pas de nature pénale de ce seul fait. La règle générale pour les demandes de contrôle judiciaire comme celle qui nous occupe est la même que pour les actions devant la Cour, soit que les dépens suivent l'issue de la cause en l'absence de circonstances spéciales justifiant un résultat contraire. Je

would justify a variation from the general rule. In the result, my order will provide that the respondents are entitled to their costs, on the ordinary scale, if demanded.

conclus que rien dans les faits d'espèce ou dans la nature des questions soulevées dans la présente demande de contrôle judiciaire ne justifie de s'écarter de la règle générale. Par suite, mon ordonnance prévoira que les défendeurs ont droit aux dépens, s'ils le demandent, calculés de la façon ordinaire.

SCHEDULE I

[*Federal Court Act*]

2. (1) In this Act,

...

“federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

...

18. (1) Subject to section 28, the Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

...

18.5 Notwithstanding sections 18 and 18.1, where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal as such to the Court, to the Supreme Court of Canada, to the Court Martial Appeal Court, to the Tax Court of Canada, to the Governor in Council or to the Treasury Board from a decision or order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act.

ANNEXE I

[*Loi sur la Cour fédérale*]

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[. . .]

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant exercé ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitution-nelle de 1867*.

[. . .]

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

[. . .]

18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi.

SCHEDULE II

[*National Defence Act*]

60. (1) The following persons are subject to the Code of Service Discipline:

(a) an officer or non-commissioned member of the regular force;

...

66. (1) A person may not be tried or tried again in respect of an offence or any other substantially similar offence arising out of the facts that gave rise to the offence if, while subject to the Code of Service Discipline in respect of that offence, or if, while liable to be charged, dealt with and tried under the Code in respect of that offence, the person

(a) has been found not guilty by a service tribunal, civil court or court of a foreign state on a charge of having committed that offence; or

(b) has been found guilty by a service tribunal, civil court or court of a foreign state on a charge of having committed that offence and has been punished in accordance with the sentence.

...

71. Subject to section 66, nothing in the Code of Service Discipline affects the jurisdiction of any civil court to try a person for any offence triable by that court.

...

130. (1) An act or omission

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

...

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

...

139. (1) The following punishments may be imposed in respect of service offences and each of those punishments is a punishment less than every punishment preceding it:

...

(c) dismissal with disgrace from Her Majesty's service;

(d) imprisonment for less than two years;

ANNEXE II

[*Loi sur la défense nationale*]

60. (1) Sont seuls justiciables du code de discipline militaire:

a) les officiers ou militaires du rang de la force régulière;

[...]

66. (1) Ne peut être jugée — ou jugée de nouveau —, pour une infraction donnée ou toute autre infraction sensiblement comparable découlant des faits qui lui ont donné lieu, la personne qui, alors qu'elle est assujettie au code de discipline militaire à l'égard de cette infraction ou susceptible d'être accusée, poursuivie et jugée pour cette infraction sous le régime de ce code, se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes:

a) elle a été acquittée de cette infraction par un tribunal civil ou militaire ou par un tribunal étranger;

b) elle a été déclarée coupable de cette infraction par un tribunal civil ou militaire ou par un tribunal étranger et a été punie conformément à la sentence.

[...]

71. Sous réserve de l'article 66, le code de discipline militaire n'a pas pour effet d'empêcher un tribunal civil de juger toute infraction pour laquelle il a compétence.

[...]

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

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

[...]

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

[...]

139. (1) Les infractions d'ordre militaire sont passibles des peines suivantes, énumérées dans l'ordre décroissant de gravité:

[...]

c) destitution ignominieuse du service de Sa Majesté;

d) emprisonnement de moins de deux ans;

- (e) dismissal from Her Majesty's service;
- (f) detention;
- (g) reduction in rank;
- (h) forfeiture of seniority;
- (i) severe reprimand;
- (j) reprimand;
- (k) fine; and
- (l) minor punishments.

...

162. Charges under the Code of Service Discipline shall be dealt with as expeditiously as the circumstances permit.

...

173. A Standing Court Martial may try any officer or non-commissioned member who is liable to be charged, dealt with and tried on a charge of having committed a service offence.

...

174. Every military judge is authorized to preside at a Standing Court Martial, and a military judge who does so constitutes the Standing Court Martial.

175. A Standing Court Martial may not pass a sentence that includes a punishment higher in the scale of punishments than dismissal with disgrace from Her Majesty's service.

...

230. Every person subject to the Code of Service Discipline has, subject to subsection 232(3), the right to appeal to the Court Martial Appeal Court from a court martial in respect of any of the following matters:

- (a) with leave of the Court or a judge thereof, the severity of the sentence, unless the sentence is one fixed by law;
- (b) the legality of any finding of guilty;
- (c) the legality of the whole or any part of the sentence;
- (d) the legality of a finding of unfit to stand trial or not responsible on account of mental disorder;
- (e) the legality of a disposition made under section 201, 202 or 202.16; or
- (f) the legality of a decision made under subsection 196.14(1) or 196.15(1).

- e) destitution du service de Sa Majesté;
- f) détention;
- g) rétrogradation;
- h) perte de l'ancienneté;
- i) blâme;
- j) réprimande;
- k) amende;
- l) peines mineures.

[. . .]

162. Une accusation aux termes du code de discipline militaire est traitée avec toute la célérité que les circonstances permettent.

[. . .]

173. La cour martiale permanente a compétence en matière d'infractions d'ordre militaire imputées aux officiers et militaires du rang justiciables du code de discipline militaire.

[. . .]

174. La cour martiale permanente est constituée par un seul juge militaire.

175. La peine maximale que la cour martiale permanente peut infliger dans sa sentence est la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

[. . .]

230. Toute personne assujettie au code de discipline militaire peut, sous réserve du paragraphe 232(3), exercer un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour martiale en ce qui concerne les décisions suivantes d'une cour martiale:

- a) avec l'autorisation de la Cour d'appel ou de l'un de ses juges, la sévérité de la sentence, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi;
- b) la légalité de tout verdict de culpabilité;
- c) la légalité de la sentence, dans son ensemble ou tel aspect particulier;
- d) la légalité d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux;
- e) la légalité d'une décision rendue aux termes de l'article 201, 202 ou 202.16;
- f) la légalité de la décision prévue aux paragraphes 196.14(1) ou 196.15(1).

230.1 The Minister, or counsel instructed by the Minister for that purpose, has, subject to subsection 232(3), the right to appeal to the Court Martial Appeal Court from a court martial in respect of any of the following matters:

- (a) with leave of the Court or a judge thereof, the severity of the sentence, unless the sentence is one fixed by law;
- (b) the legality of any finding of not guilty;
- (c) the legality of the whole or any part of the sentence;
- (d) 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;
- (e) the legality of a finding of unfit to stand trial or not responsible on account of mental disorder;
- (f) the legality of a disposition made under section 201, 202 or 202.16; or
- (g) the legality of a decision made under subsection 196.14(1) or 196.15(1).

¹ Tribunal record entitled "Application On Jurisdiction", p. B.

² Tribunal record, pp. 164-167.

³ Tribunal record, pp. 164-165.

⁴ Applicant's application record, Tab 1, p. 3.

⁵ Applicant's application record, Tab 6, pp. 9-10.

⁶ R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)].

⁷ R.S.C., 1985, c. N-5.

⁸ The day following the hearing of this application for judicial review, the Court Martial Appeal Court of Canada issued its reasons for judgment in *R. v. Lachance*, 2002 C.M.A.C. 7; [2002] C.M.A.J. No. 7 (QL), May 14, 2002. In those reasons, Mr. Justice Létourneau, for the Court, wrote at paragraphs 6 and 7:

Paragraph 230(b) of the Act gives an accused a right to appeal "the legality of any finding of guilty". But it is still necessary that the appeal be filed against this verdict. In the present case, the notice of appeal is addressed to "the legality of one or more verdicts" but without specifying which ones The grounds of appeal contained in the notice of appeal are addressed only to the decision of the military judge dismissing the motion to stay the proceedings. And in paragraph 6 of his memorandum, the appellant writes:

230.1 Le ministre ou un avocat à qui il a donné des instructions à cette fin peut, sous réserve du paragraphe 232(3), exercer un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour martiale en ce qui concerne les décisions suivantes d'une cour martiale:

- a) avec l'autorisation de la Cour d'appel ou de l'un de ses juges, la sévérité de la sentence, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi;
- b) la légalité de tout verdict de non-culpabilité;
- c) la légalité de la sentence, dans son ensemble ou tel aspect particulier;
- d) 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;
- e) relativement à l'accusé, la légalité d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux;
- f) la légalité d'une décision rendue aux termes de l'article 201, 202 ou 202.16;
- g) la légalité de la décision prévue aux paragraphes 196.14(1) ou 196.15(1).

¹ Dossier du tribunal, [TRADUCTION] «Demande concernant la compétence», à la p. B.

² Dossier du tribunal, aux p. 164 à 167.

³ Dossier du tribunal, aux p. 164 et 165.

⁴ Dossier de la demande du demandeur, onglet 1, à la p. 3.

⁵ Dossier de la demande du demandeur, onglet 6, aux p. 9 et 10.

⁶ L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)].

⁷ L.R.C. (1985), ch. N-5.

⁸ Le lendemain de l'audience relative à la présente demande de contrôle judiciaire, la Cour d'appel de la Cour martiale a prononcé ses motifs dans la décision *R. c. Lachance*, 2002 C.A.C.M. 7; [2002] A.C.A.C. n° 7 (QL), le 14 mai 2002. Au nom de la Cour, le juge Létourneau a écrit ce qui suit aux paragraphes 6 et 7 de ces motifs:

L'alinéa 230(b) de la Loi accorde à un accusé un droit d'appel de «la légalité de tout verdict de culpabilité». Mais encore faut-il que l'appel soit logé à l'encontre de ce verdict. Dans le cas présent, l'avis d'appel s'attaque à «la légalité d'un ou de plusieurs verdicts», mais sans préciser lesquels [. . .] Quant à eux, les motifs d'appel contenus à l'avis d'appel ne portent que sur la décision du juge militaire rejetant la requête en arrêt des procédures. D'ailleurs, au paragraphe 6 de son mémoire l'appellant écrit: «Seule la décision du juge militaire

“[TRANSLATION] This is an appeal only of the military judge’s decision to dismiss the appellant’s motion.” But that decision is not a finding within the meaning of section 230 of the Act, and it is not a finding alone that can be appealed.

However, on an appeal specifically filed against a finding of guilty, a decision refusing to order a stay of proceedings may also be reviewed and set aside if the pre-trial delay is unreasonable, if it so prejudiced the accused that the trial should have been prohibited and, accordingly, it resulted in a conviction that is unlawful because it is contrary to the Charter. [Citation omitted.]

I am satisfied that the *Lachance* decision supports my conclusion on this point. The reasons in *Lachance*, provided to the Court and counsel for the applicant by counsel for the respondent, were drawn by the Court to the attention of counsel for the applicant and he was provided an opportunity to make written submissions with respect to them. Submissions were received and have been taken into account in these reasons.

⁹ [1989] 3 F.C. 281 (T.D.).

¹⁰ (2001), 201 F.T.R. 196 (F.C.T.D.).

¹¹ [1978] 1 F.C. 233 (T.D.).

¹² *Supra*, note 10.

¹³ [1995] 1 F.C. 588 (C.A.).

de rejeter la requête de l’appelant fait l’objet du présent appel». Or, cette décision n’est pas un verdict au sens de l’article 230 de la Loi qui peut faire seule l’objet d’un appel.

Par contre, l’appel proprement logé à l’encontre d’un verdict de culpabilité permet aussi de faire réviser et casser une décision refusant d’ordonner l’arrêt des procédures dans la mesure où le délai d’attente du procès est déraisonnable, a porté préjudice à l’accusé au point de devoir en interdire la tenue et, en conséquence, débouche sur un verdict illégal de culpabilité parce que contraire à la Charte. [Renvoi omis.]

Je suis convaincu que la décision *Lachance* était ma conclusion sur ce point. Les motifs dans *Lachance*, soumis par l’avocat du défendeur à la Cour et à l’avocat du demandeur, ont été portés à l’attention de ce dernier par la Cour et il a eu l’occasion de présenter des arguments écrits à leur sujet. Ces arguments ont été reçus et pris en compte dans les présents motifs.

⁹ [1989] 3 C.F. 281 (1^{re} inst.).

¹⁰ (2001), 201 F.T.R. 196 (C.F. 1^{re} inst.).

¹¹ [1978] 1 C.F. 233 (1^{re} inst.).

¹² *Supra*, note 10.

¹³ [1995] 1 C.F. 588 (C.A.).