

T-6020-80

T-6020-80

Corporal J. M. Luc Grégoire (*Petitioner*)

v.

Lieutenant-General J. J. Paradis, Lieutenant-General R. Gutknecht, Lieutenant-Colonel J. P. D. Boiteau, Lieutenant-Colonel N. Rouleau, Lieutenant-Colonel J. P. Plouffe, Major J. J. B. Pinsonneault, Major G. Babkine, Captain J. P. L'Espérance, Captain C. Blais (*Respondents*)

and

Attorney General of Canada and Attorney General of the Province of Quebec (*Mis-en-cause*)

Trial Division, Walsh J.—Montreal, March 3; Ottawa, March 11, 1981.

Prerogative writs — Prohibition — Petition to prevent respondents, a Court Martial, from continuing the trial of petitioner, a member of the Canadian Armed Forces, on criminal charges — Charges laid under s. 120 of the National Defence Act for breaches under the Criminal Code — Charges against the petitioner if brought under the Criminal Code would have been prescribed — Submission by petitioner that s. 59 of the National Defence Act providing for a longer prescription than the Criminal Code is contrary to s. 1(b) of the Canadian Bill of Rights — Whether this Court has authority to issue writ of prohibition — Whether s. 120 of the National Defence Act is ultra vires — Whether prosecution by way of military tribunal contrary to the Canadian Bill of Rights with respect to prescription — National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 59, 120, 198 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 245, 721(2) — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27(2) — Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 [R.S.C. 1970, Appendix III], s. 1(b) — The British North America Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5], ss. 91(7),(27), 92(14).

This is a petition by which means the petitioner, a member of the Canadian Armed Forces, seeks to prohibit the respondents, a Court Martial, from continuing the trial of petitioner with respect to charges laid under section 120 of the *National Defence Act* for breaches under the *Criminal Code*. Petitioner submitted, without success, before the Court Martial, that if the charges had been brought under the *Criminal Code*, they would have been time-barred (as the *Code* provides for a six-month prescription pursuant to section 721(2)) and that accordingly the prosecution of the charges under section 59 of the *National Defence Act* which provides a three-year prescription was contrary to section 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The first issue is whether this Court has the authority to grant a writ of prohibition, the right of the petitioner to appeal from a finding of a Court Martial under section 198 of the *National Defence Act* notwithstanding. The second issue is whether section 120 of the *National Defence Act* is *ultra vires*

Le caporal J. M. Luc Grégoire (*Requérant*)

c.

^a Le lieutenant-général J. J. Paradis, le lieutenant-général R. Gutknecht, le lieutenant-colonel J. P. D. Boiteau, le lieutenant-colonel N. Rouleau, le lieutenant-colonel J. P. Plouffe, le major J. J. B. Pinsonneault, le major G. Babkine, le capitaine J. P. L'Espérance et le capitaine C. Blais (*Intimés*)

et

^c Le procureur général du Canada et le procureur général de la province de Québec (*Mis-en-cause*)

Division de première instance, le juge Walsh—Montréal, 3 mars; Ottawa, 11 mars 1981.

Brefs de prérogative — Prohibition — Requête afin d'interdire aux intimés, qui constituent une Cour martiale, de procéder à l'instruction des charges criminelles retenues contre le requérant, un membre des Forces armées canadiennes — Les charges retenues en vertu de l'art. 120 de la Loi sur la défense nationale sont fondées sur des infractions prévues au Code criminel — Il y aurait eu prescription en vertu du Code criminel — Le requérant fait valoir que l'art. 59 de la Loi sur la défense nationale, qui prévoit une prescription plus tardive que celle du Code criminel, est contraire à l'art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits — Il échet d'examiner si la Cour a le pouvoir de lancer le bref de prohibition — Il échet d'examiner si l'art. 120 de la Loi sur la défense nationale est inconstitutionnel, ultra vires — Il échet d'examiner si engager une poursuite devant une juridiction militaire est en matière de prescription contraire à la Déclaration canadienne des droits — Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 59, 120 et 198 — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 245 et 721(2) — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, c. I-23, art. 27(2) — Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, c. 44 [S.R.C. 1970, Appendice III], art. 1b) — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5], art. 91(7),(27) et 92(14).

^h Cette espèce est une requête par laquelle son auteur, membre des Forces armées canadiennes, cherche à faire interdire aux intimés—qui constituent une Cour martiale—de procéder à l'instruction des charges retenues contre lui, en vertu de l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale*, pour des infractions prévues au *Code criminel*. Il a tenté, sans succès, de faire valoir devant la Cour martiale que si la poursuite avait été engagée sur le fondement du *Code criminel*, elle aurait été prescrite (car ⁱ l'article 721(2) du *Code* prévoit une prescription de six mois) et qu'en conséquence une poursuite fondée sur l'article 59 de la *Loi sur la défense nationale*, qui prévoit une prescription triennale, est contraire à l'article 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Il échet d'abord de décider si la Cour a le pouvoir d'accorder un bref de prohibition, malgré le droit du requérant de former appel de la décision d'une Cour martiale en vertu de l'article 198 de la *Loi sur la défense nationale*. Il échet ensuite d'examiner si l'article 120 de la *Loi sur la défense*

in incorporating globally into the statute all *Criminal Code* offences. The third issue is whether prosecution of certain charges by way of military Court Martial when those charges would already have been prescribed under the *Criminal Code* is contrary to the *Canadian Bill of Rights*.

Held, the application is dismissed. Although there appears to be a difference in judicial thinking as to whether the prosecution of offences against the *Criminal Code* brought into the *National Defence Act* by virtue of section 120 can properly be prosecuted by Court Martial procedure, or whether this would not be an infringement of the *Canadian Bill of Rights*, it cannot be held, in the present state of jurisprudence, that section 120 of the *National Defence Act* is *ultra vires* with respect to the prosecution of offences in Canada nor that they cannot be properly prosecuted under the provisions of the *National Defence Act*. It is not necessary to decide whether the Court has authority to issue a writ of prohibition since on the merits of the case, it should not be issued.

R. v. Hauser [1979] 1 S.C.R. 984, discussed. *MacKay v. The Queen* [1980] 2 S.C.R. 370, discussed. *R. v. Pontbriand* (1978) 1 C.R. (3d) 97, considered. *Smythe v. The Queen* [1971] S.C.R. 680, referred to.

APPLICATION.

COUNSEL:

J. D. Nolan for petitioner.
J. Ouellet, Q.C. for respondents.

SOLICITORS:

LeCorre, Paquette & Associés, Laval, for petitioner.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

WALSH J.: In seeking a writ of prohibition herein petitioner sets out that the provisions of the *National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4 giving anyone other than the Attorney General of a province the right to institute proceedings in the province for infractions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 are *ultra vires*, that counts 1 to 5 in the complaint laid against petitioner concern infractions of the *Criminal Code* taking place in the Province of Quebec so that no one but the Attorney General of that Province or a person duly authorized by him has the right to institute proceedings for these breaches, that the prosecution of the said charges is taking place by a person who is not the Attorney General of the Province of Quebec nor a person duly authorized by him but

nationale est inconstitutionnel, *ultra vires*, lorsque, globalement, il incorpore l'ensemble des infractions prévues au *Code criminel*. Enfin, troisièmement, il échet d'examiner si une instruction par une Cour martiale, alors qu'il y a prescription selon le *Code criminel*, est contraire à la *Déclaration canadienne des droits*.

Arrêt: la requête doit être rejetée. Bien qu'il y ait controverse dans la pensée judiciaire au sujet de savoir si une Cour martiale peut à bon droit connaître des infractions prévues au *Code criminel* incorporées à la *Loi sur la défense nationale* en vertu de l'article 120, ou si ce ne serait pas là enfreindre la *Déclaration canadienne des droits*, il ne peut être statué, en l'état actuel de la jurisprudence, que l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale* est inconstitutionnel, *ultra vires*, pour ce qui est des infractions commises au Canada, ni que cela ne peut se faire selon les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*. Il n'est pas nécessaire de décider si la Cour a le pouvoir de lancer un bref de prohibition puisqu'en l'espèce ce ne devrait pas être le cas.

Arrêts analysés: *R. c. Hauser* [1979] 1 R.C.S. 984; *MacKay c. La Reine* [1980] 2 R.C.S. 370. Arrêt examiné: *R. c. Pontbriand* (1978) 1 C.R. (3^e) 97. Arrêt mentionné: *Smythe c. La Reine* [1971] R.C.S. 680.

DEMANDE.

AVOCATS:

J. D. Nolan pour le requérant.
J. Ouellet, c.r. pour les intimés.

PROCUREURS:

LeCorre, Paquette & Associés, Laval, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE WALSH: En demandant en l'espèce un bref de prohibition, le requérant dit que les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, c. N-4, attribuant à des personnes autres que le procureur général d'une province le droit d'engager une procédure, dans la province, pour infraction au *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, sont un excès de pouvoir, *ultra vires*; que les chefs 1 à 5 de la plainte portée contre le requérant visent des infractions au *Code criminel*, commises dans la province de Québec, de sorte que nul si ce n'est le procureur général de cette province, ou celui qu'il a dûment autorisé, ne peut agir dans le cas de ces délits; que la poursuite desdites charges est menée par quelqu'un d'autre que le procureur général de la province de Québec, ou son représentant dûment

rather a federal prosecutor without power of attorney from the Attorney General of Quebec, that the breaches contained in counts 2 to 5 inclusively are prescribed by virtue of the law that created them which is the *Criminal Code* of Canada, and that section 59(1) of the *National Defence Act* which provides for the trial of a person by a military tribunal unless the proceedings are initiated after three years from the date of the breach is contrary to section 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 [R.S.C. 1970, Appendix III] in that it provides a prescriptive period longer than that provided in the law which created the breach, that is to say the *Criminal Code*, and that therefore said section 59(1) is illegal or inoperative with respect to the counts 2 to 5 in the complaint.

The affidavit supporting the petition states that petitioner is a member of the Canadian Army and the military police and was stationed at Valcartier at the dates in question. On March 21, 1980, charges were laid by Lieutenant-Colonel J. P. D. Boiteau, a Canadian officer at the time, and on May 6, 1980, Lieutenant-General R. Gutknecht, interim Commander of the mobile forces signed an order for convocation of a Disciplinary Court Martial held at Valcartier on May 29, 1980. The members of the Court were to be Major J. F. Bertrand, Captain J. G. Dubé and Captain S. J. Solo. Lieutenant-Colonel J. P. Plouffe of the Judge Advocate General's Office was named as Judge Advocate. Major P. Boutet was to be the prosecutor.

At the opening of the hearing and before pleading petitioner's attorney presented a petition to the Court Martial to decline jurisdiction with respect to the five first counts in the complaint, attacking the constitutional authority of Major P. Boutet to act as prosecutor and claiming that the Court Martial did not have jurisdiction to render judgment on those charges. A second petition was also produced with respect to the second, third, fourth and fifth counts on the grounds that if those charges had been brought under the *Criminal Code* they would have been prescribed and that accordingly proceedings under section 59 of the *National Defence Act* which provides a three-year prescription were contrary to section 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. These objections were

autorisé, par un procureur fédéral, qui n'a reçu aucun mandat du procureur général du Québec; que les délits visés aux chefs 2 à 5 inclusivement sont prescrits en vertu de la loi qui les crée, soit le *Code criminel* du Canada, et que l'article 59(1) de la *Loi sur la défense nationale*, qui prévoit qu'un individu est justiciable de la juridiction militaire à moins que la procédure ne soit ouverte dans les trois ans de la perpétration du délit, enfreint l'article 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44 [S.R.C. 1970, Appendice III], en ce qu'il prévoit une prescription plus longue que celle prévue dans la loi créatrice du délit, le *Code criminel*, et qu'il s'ensuit que ledit article 59(1) est illégal ou inopérant pour ce qui est des chefs 2 à 5 de la plainte.

La déposition sous serment, l'affidavit, qui justifie la requête dit que le requérant est membre de l'Armée canadienne et de la police militaire, et qu'il était stationné à Valcartier aux dates en cause. Le 21 mars 1980, il fut prévenu des charges retenues contre lui par le lieutenant-colonel J. P. D. Boiteau, un officier canadien à l'époque, et le 6 mai 1980, le lieutenant-général R. Gutknecht, commandant intérimaire des forces mobiles, signa l'ordre de convocation d'une Cour martiale disciplinaire qui se tint à Valcartier le 29 mai 1980. Les membres de la Cour devaient être le major J. F. Bertrand, le capitaine J. G. Dubé et le capitaine S. J. Solo. Le lieutenant-colonel J. P. Plouffe du bureau du juge-avocat général fut nommé juge-avocat. Le major P. Boutet devait agir pour la poursuite.

À l'ouverture de l'audience, avant de plaider au fond, le procureur du requérant présenta une requête à la Cour martiale excipant du déclinatoire relativement aux cinq premiers chefs de la plainte, contesta l'autorité constitutionnelle du major P. Boutet d'agir au nom de la poursuite et prétendit que la Cour martiale n'était pas compétente pour connaître des charges retenues. Une deuxième requête fut aussi présentée au sujet des deuxième, troisième, quatrième et cinquième chefs, motifs pris que si ces charges avaient été portées sur le fondement du *Code criminel*, elles auraient été prescrites et qu'en conséquence une procédure ouverte selon l'article 59 de la *Loi sur la défense nationale*, qui prévoit une prescription triennale, était contraire à l'article 1b) de la *Déclaration*

rejected but the Court Martial then agreed to adjourn to May 30, 1980, in order to permit petitioner to present a writ of prohibition to the Federal Court. The Court Martial proceeded on that date with petitioner pleading not guilty to all counts and after a hearing lasting all day was adjourned to June 25, 1980, the next date convenient to all parties. On June 11, 1980, petitioner presented a petition for the issue of a writ of prohibition to this Court returnable on June 16, 1980, at which date it was continued to July 14, 1980, written notes being requested. On July 14, 1980, it was continued to September 23, 1980, for argument and on that date Decary J. dismissed the petition for the prohibition on the ground that one of the members of the Court Martial, Captain Solo, had died on September 5, 1980, so by virtue of section 166(1) of the *National Defence Act* the Court Martial must be deemed to have been dissolved.

On December 2, 1980, Lieutenant-General J. J. Paradis, Commander of the mobile forces signed another order of convocation for the Court Martial to be held at Valcartier on December 9, 1980, with the president to be Major G. Babkine and the other members Captain J. P. L'Espérance and Captain H. A. Forget. The prosecuting officer was to be Major J. J. B. Pinsonneault, and Lieutenant-Colonel J. P. Plouffe of the Judge Advocate General's Office was named as Judge Advocate. On December 9, 1980, the Court Martial commenced with Captain C. Blais replacing Captain H. A. Forget. At the commencement of the proceedings the same objections were raised by petitioner as were raised at the preceding Court Martial. These objections were dismissed by the Court Martial. The Court Martial was then adjourned until April 28, 1980 (the date 1981 must be intended) in order that a decision could be made on the present petition which was produced on December 29, 1980.

There are nine counts in the complaint, the first five being laid by virtue of section 120 of the *National Defence Act* and the last four being laid under sections 115(a) or 119 of the *National Defence Act*. The charges laid under section 120 of the *National Defence Act* are with respect to the first count for breach of section 245(2) of the *Criminal Code* (assault causing bodily harm) and

canadienne des droits. Ces exceptions furent rejetées mais la Cour martiale accepta d'ajourner au 30 mai 1980 afin de permettre au requérant de demander un bref de prohibition en Cour fédérale. ^a Ce jour arrivé, la Cour martiale a repris l'instance, le requérant a plaidé non coupable sur tous les chefs et, après une instruction qui a pris tout le jour, a ajourné au 25 juin 1980, date la plus proche qui convenait à toutes les parties. Le 11 ^b juin 1980, le requérant présenta une requête pour lancement d'un bref de prohibition devant notre juridiction; elle fut instruite le 16 juin 1980, puis reportée au 14 juillet 1980, certaines pièces étant exigées. Le 14 juillet, le débat était reporté au 23 ^c septembre 1980, et, à cette date, le juge Decary rejeta la demande du bref, motif pris que l'un des membres de la Cour martiale, le capitaine Solo, était décédé le 5 septembre 1980 de sorte que, vu l'article 166(1) de la *Loi sur la défense nationale*, ^d la Cour martiale était réputée dissoute.

Le 2 décembre 1980, le lieutenant-général J. J. Paradis, commandant des forces mobiles, signa un second ordre de convocation d'une Cour martiale, devant se tenir à Valcartier le 9 décembre 1980, avec comme président le major G. Babkine et comme autres membres, le capitaine J. P. L'Espérance et le capitaine H. A. Forget. L'officier chargé de la poursuite devait être le major J. J. B. ^f Pinsonneault et le lieutenant-colonel J. P. Plouffe du bureau du juge-avocat général était nommé juge-avocat. Le 9 décembre la Cour martiale fut ouverte, le capitaine C. Blais remplaçant le capitaine H. A. Forget. Au début de l'instance, les ^g exceptions soulevées par le requérant lors de la précédente Cour martiale furent à nouveau soulevées. La Cour martiale rejeta ces exceptions. Elle fut alors ajournée jusqu'au 28 avril 1980 (il doit ^h s'agir de 1981) pour permettre de décider de la présente requête, présentée le 29 décembre 1980.

La plainte comporte neuf chefs; les cinq premiers sont portés en vertu de l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale* et les quatre derniers en vertu des articles 115a) ou 119 de la même Loi. Les charges retenues sur le fondement de l'article 120 et relatives au premier chef sont pour infraction à l'article 245(2) du *Code criminel* (voies de fait ayant causé des lésions corporelles) et celles

with respect to the second, third, fourth and fifth counts for breaches of section 245(1) of the *Criminal Code* for common assault, one of the said common assaults being against the same person petitioner is charged with assaulting and causing bodily harm to under the first count, and the other three common assault charges being assaults against three other persons.

The decision of the Judge Advocate Lieutenant-Colonel J. P. Plouffe dismissing the objections raised at the opening of the Court Martial on December 9, 1980, indicates that he gave very careful consideration to all the arguments raised and the jurisprudence cited which arguments and jurisprudence have been raised again in the present petition for writ of prohibition. He concluded that

(1) Charges laid under section 120 of the *National Defence Act* are service offences which include offences under this Act, the *Criminal Code*, or any other Act of the Parliament of Canada committed by a person while subject to the Code of Service Discipline.

(2) Section 120(1)(a) of the *National Defence Act* which includes as an offence under that Act offences that take place in Canada whether punishable under Part XII of the *National Defence Act* or which come under the *Criminal Code* or any other Act of the Parliament of Canada is *intra vires* the Parliament of Canada by virtue of the provisions of section 91(7) of *The British North America Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] giving the federal Parliament authority over "Militia, Military and Naval Service, and Defence" and that it was not adopted pursuant to section 91(27) by virtue of the federal authority over the criminal law. As a result section 92(14) of *The British North America Act, 1867* giving the provincial Legislatures authority over "The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts" is not applicable.

relatives aux deuxième, troisième, quatrième et cinquième chefs sont pour infractions à l'article 245(1) du *Code criminel*, voies de fait simples, certaines de ces dernières ayant été portées contre l'individu auquel le requérant aurait, selon le premier chef, causé des lésions corporelles, les trois autres charges de voies de fait simples concernant trois autres individus.

La décision du juge-avocat, le lieutenant-colonel J. P. Plouffe, qui rejeta les exceptions soulevées à l'ouverture de la Cour martiale le 9 décembre 1980, montre qu'il a étudié fort soigneusement tous les arguments présentés et la jurisprudence citée, arguments et jurisprudence qu'on a à nouveau invoqués en la présente instance au sujet du lancement du bref de prohibition. Il en avait conclu que:

(1) Les charges retenues selon l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale* sont des infractions militaires, lesquelles incluent les infractions à cette Loi, au *Code criminel* ou à toute autre loi du Parlement du Canada que commet un individu assujetti au Code de discipline militaire.

(2) L'article 120(1)a) de la *Loi sur la défense nationale*, qui assimile à une infraction à cette Loi les infractions, commises au Canada, punissables selon la Partie XII de la *Loi sur la défense nationale* ou qui relèvent du *Code criminel* ou de toute autre loi du Parlement du Canada, est de la compétence du Parlement du Canada en vertu des dispositions de l'article 91(7) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] lequel attribue au Parlement fédéral compétence pour ce qui concerne «la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays»; il n'avait pas été adopté sur le fondement de l'article 91(27), source de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Il s'ensuivait que l'article 92(14) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, attribuant au législateur provincial compétence pour ce qui concerne «l'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux» ne s'appliquait pas.

(3) With respect to the *Canadian Bill of Rights* argument to the effect that the counts 2, 3, 4 and 5 which would carry a six-month's prescription under section 721(2) of the *Criminal Code* whereas a three-year prescription applies in the *National Defence Act*, this is not contrary to the *Canadian Bill of Rights*. He points out that the Code of Service Discipline contained in the *National Defence Act* provides for different tribunals, different penalties and different prescriptions for the military. This is the situation in all Western countries since time immemorial and in Canada at least since 1868. By joining the Armed Forces a soldier does not escape from the jurisdiction of civilian tribunals, and by doing so he voluntarily submits to the supplementary juridical obligation provided for in Canadian military law. He refers to the Supreme Court cases of *MacKay*, *Lavell* and *Prata*, interpreting the *Canadian Bill of Rights* which hold that it does not require that all groups of citizens be treated in the same fashion, but provided the legislation has a valid federal objective, and individuals in the same group are treated equally it is not applicable. He refers to the Court Martial in Europe of one Corporal Mallard in which Colonel Barnes upheld an argument similar to that raised in the present case on the question of prescription, on the basis that justice delayed is justice denied, apparently founding his judgment on equitable arguments since there was a long delay in bringing the proceedings. Colonel Barnes declined jurisdiction on a charge laid under section 245(1) of the *Criminal Code*. In the present case Lieutenant-Colonel Plouffe finds that there was no abuse of procedure based on the Crown delaying too long in laying the Court Martial charges (this might be arguable since the offences charged in the first five counts took place on July 31, August 2 and August 8, 1979, and the charges were only laid on March 21, 1980).

In any event neither the decision of Colonel Barnes nor the decision of Lieutenant-Colonel Plouffe in the present case are binding on the Court, and if I have referred in some detail to the decision of Lieutenant-Colonel Plouffe it is not that the present proceedings constitute an appeal from it, but because it constitutes a convenient summary of the arguments submitted by petitioner

(3) Quant à l'argument relatif à la *Déclaration canadienne des droits*, le fait que les chefs 2, 3, 4, et 5 soient prescriptibles par six mois selon l'article 721(2) du *Code criminel* alors que la *Loi sur la défense nationale* prévoit, elle, une prescription triennale, ne serait pas contraire à la *Déclaration canadienne des droits*. Le Code de discipline militaire inclus dans la *Loi sur la défense nationale* prévoit pour les militaires des juridictions différentes, des peines différentes et des prescriptions différentes. C'est le cas dans tous les pays occidentaux depuis des temps immémoriaux et au Canada au moins depuis 1868. En s' enrôlant dans les Forces armées, un soldat n'échappe pas à la compétence des juridictions civiles mais, ce faisant, il souscrit volontairement à une obligation juridique supplémentaire qu'impose le droit militaire canadien. Les arrêts de la Cour suprême *MacKay*, *Lavell* et *Prata*, qui interprètent la *Déclaration canadienne des droits*, disent qu'elle n'exige pas que tous les groupes de citoyens soient traités de la même manière mais qu'il suffit que la loi ait un objet fédéral valide et que les individus d'un même groupe soient traités également. Il y a le cas du caporal Mallard, une Cour martiale qui eut lieu en Europe; le colonel Barnes a alors fait droit à un argument semblable à celui soulevé en l'espèce en matière de prescription et dit qu'un retard à juger est un déni de justice, motif pris apparemment d'arguments équitables; on avait attendu fort longtemps avant d'engager la procédure. Le colonel Barnes s'est déclaré incompétent pour connaître d'une charge retenue sur le fondement de l'article 245(1) du *Code criminel*. En l'espèce, le lieutenant-colonel Plouffe constatait qu'il n'y avait eu aucun abus des voies de droit pour cause de retard de la part de la Couronne à retenir ces charges devant la Cour martiale (ce qui est discutable puisque les infractions que visent les cinq premiers chefs auraient été perpétrées les 31 juillet, 2 et 8 août 1979, les charges n'étant retenues que le 21 mars 1980).

De toute façon, ni la décision du colonel Barnes, ni celle du lieutenant-colonel Plouffe en l'espèce, ne lient la Cour et si j'ai cité assez longuement la décision du lieutenant-colonel Plouffe, ce n'est pas que la présente instance constitue un appel de celle-ci mais plutôt parce qu'il s'agit là d'un résumé utile des arguments que soumet le requérant pour obtenir le bref de prohibition en cause

in seeking the present writ of prohibition, and the answers which the respondents make with respect to same.

The first issue to be decided is whether a writ of prohibition can lie in the present circumstances. In rendering a judgment refusing it in the case of *MacKay v. Rippon* [[1978] 1 F.C. 233] (which later went to the Supreme Court on an appeal from the Court Martial Appeal Court, in which the Supreme Court judgment, dated July 18, 1980, will be referred to later) Cattanach J. pointed out that prohibition, like all prerogative writs, is a discretionary remedy. He stated that it should have been raised as a plea in bar of trial before the Court Martial (that was done in this case and the objections were dismissed). He then goes on to state that if that had been done and the Standing Court Martial had been adverse special jurisdiction could have been raised before the Court Martial Appeal Court from which there is a further appeal to the Supreme Court of Canada. The right to review a decision of the Court Martial by the Federal Court of Appeal under section 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 is specifically precluded by virtue of subsection (6) of that section. He goes on to say [at page 246]:

The reason for the exclusion of Courts Martial from the supervisory jurisdiction of the Court of Appeal of a service offence and particularly of a Court Martial is obvious. There is an appeal to the Court Martial Appeal Court. Accordingly it seems incongruous to me that if there is no jurisdiction in the Court of Appeal to review under section 28 that there should be jurisdiction to do so in the Trial Division under section 18 of the *Federal Court Act* by way of a prerogative writ.

This argument was also raised in the present proceedings, but petitioner's counsel puts a different interpretation on the significance of the exclusion of section 28 application in proceedings for service offences under the *National Defence Act*, arguing that it is significant that there is no similar exclusion in the jurisdiction of the Trial Division over prerogative writs under section 18. Reference was made to section 198 of the *National Defence Act* which reads:

198. 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 he has under the law of Canada.

d'une part, et des réponses des intimés à ce sujet d'autre part.

Il échet d'examiner d'abord s'il y a lieu à bref de prohibition en l'espèce. En prononçant un jugement le refusant dans l'affaire *MacKay c. Rippon* [[1978] 1 C.F. 233] (qui plus tard alla en Cour suprême, en appel de la décision du Tribunal d'appel des cours martiales, un arrêt de la Cour suprême prononcé en date du 18 juillet 1980, auquel on se référera plus loin), le juge Cattanach rappela que le bref de prohibition, comme tout autre bref de prérogative, est un recours discrétionnaire. L'exception aurait dû être soulevée comme fin de non-recevoir devant la Cour martiale (ce qui fut fait en la présente espèce, les exceptions étant rejetées). Si cela avait été fait et que la Cour martiale permanente l'eût rejetée, on aurait pu décliner la compétence d'attribution devant le Tribunal d'appel des cours martiales, duquel on aurait pu se pourvoir en Cour suprême du Canada. Le contrôle de la décision de la Cour martiale par la Cour d'appel fédérale selon l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, est expressément exclu par le paragraphe (6) de cet article. Le juge ajoute [à la page 246]:

La raison de cette exclusion des cours martiales du pouvoir de surveillance de la Cour d'appel dans le cas d'une infraction militaire, et particulièrement lorsqu'elle est instruite par une cour martiale, est évidente; il existe une voie de recours devant le Tribunal d'appel des cours martiales. En conséquence, il me semble qu'il serait bien incongru, vu que la Cour d'appel est incompétente pour exercer un tel contrôle en vertu de l'article 28, que la Division de première instance soit compétente pour ce faire, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, par la voie d'un bref de prérogative.

On a aussi soulevé cet argument en l'espèce, mais l'avocat du requérant interprète différemment l'exclusion de l'article 28 en matière d'infraction militaire selon la *Loi sur la défense nationale*, faisant valoir qu'il est significatif qu'il n'y a pas d'exclusion semblable de la compétence de la Division de première instance en matière de bref de prérogative selon l'article 18. On a cité aussi l'article 198 de la *Loi sur la défense nationale*, que voici:

198. Le droit, pour toute personne, d'interjeter appel contre le verdict ou la sentence d'une cour martiale est censé s'ajouter, et non porter atteinte, aux droits qu'elle possède en vertu de la loi du Canada.

Petitioner's counsel contends that the finding of the Court Martial that it had jurisdiction and the rejection of his arguments is not an appealable judgment at that stage of the proceedings, the Court Martial merely having been adjourned to April 28 while awaiting the outcome of the decision on the writ of prohibition. At that stage it will be continued, whether on all nine counts if the writ of prohibition is rejected, or in any event on the last four counts even if the writ is granted. While he fears that he might be sentenced to confinement if convicted on any of the first five counts he suggests that this might not be the case with respect to the last four counts which deal with false declarations in documents in connection with reports which he made of the incidents. Since in the *National Defence Act* there is no provision for bail or for stay of execution of judgment, if he adopted the appeal procedure to the Court Martial Appeal Court and later if possible to the Supreme Court of Canada, he would if he had been convicted on any of the first five counts and sentenced to confinement as a result thereof have to remain in confinement throughout the hearings of the appeals which would probably not be finally decided until after the sentence had been served, which would be prejudicial. It is for that reason that he seeks a writ of prohibition so that if it is granted the Court Martial could only proceed with respect to the last four counts and he might well be at liberty while awaiting the outcome of the various appeals.

Against this counsel for respondents argues that by proceeding by way of a writ of prohibition rather than using the appeal procedures available under the *National Defence Act* petitioner can create a delay of trial on the first five counts until after the likely appeals to the Federal Court of Appeal and eventually to the Supreme Court of Canada, and by the time it is finally determined that the prohibition should not have been issued, if such is the case, and the Court Martial could proceed on those counts witnesses might no longer be available or the facts obscured by passage of time. Both arguments are arguments of convenience and should not affect the discretionary decision of whether a writ of prohibition can be granted or not. Certainly the fact that a person convicted under the *National Defence Act* and sentenced to confinement may have to remain in

L'avocat du requérant soutient que la constatation par la Cour martiale de sa compétence et le rejet de ses arguments sont un jugement dont on ne peut appeler en cet état de la cause, la Cour martiale s'étant contentée d'ajourner au 28 avril dans l'attente de la décision sur le bref de prohibition. Elle se poursuivra alors, soit sur les neuf chefs si le bref de prohibition est rejeté ou, de toute façon, sur les quatre derniers chefs même si le bref est accordé. Le requérant craint donc d'être condamné à une peine d'emprisonnement si déclaré coupable de l'un des cinq premiers chefs mais il pense que cela pourrait ne pas être le cas pour ce qui est des quatre derniers, lesquels portent sur de fausses dépositions écrites relatives aux rapports qu'il aurait faits sur les événements. Comme la *Loi sur la défense nationale* ne contient aucune disposition en matière de cautionnement ni de sursis, s'il avait choisi la procédure d'appel au Tribunal d'appel des cours martiales et éventuellement à la Cour suprême du Canada, il aurait dû, s'il avait été déclaré coupable de l'un des cinq premiers chefs, et condamné à une peine d'emprisonnement en conséquence, demeurer en détention tout au long de l'audition des appels, lesquels n'auraient probablement pas été jugés définitivement avant que la peine ne soit purgée, lui causant ainsi préjudice. C'est pour cette raison qu'il demande un bref de prohibition; s'il lui est accordé, la Cour martiale ne pourra connaître que des quatre derniers chefs, ce qui lui permettra de conserver sa liberté en attendant que soient résolus les divers appels.

L'avocat des intimés oppose à cet argument que le requérant, en ayant recours au bref de prohibition plutôt qu'à la procédure d'appel prévue par la *Loi sur la défense nationale*, peut retarder l'instruction des cinq premiers chefs jusqu'à une date postérieure aux appels prévisibles à la Cour d'appel fédérale et, éventuellement, à la Cour suprême du Canada et, lorsqu'il sera enfin jugé qu'il n'y a pas lieu à prohibition, le cas échéant, et que la Cour martiale pourra connaître de ces chefs, les témoins ne seront plus disponibles ou les faits auront été obscurcis par le passage du temps. Ce sont là deux arguments de commodité qui ne devraient pas jouer lorsqu'il s'agit de décider à discrétion si un bref de prohibition doit ou non être accordé. Certainement, le fait qu'un individu déclaré coupable sur le fondement de la *Loi sur la défense nationale* et condamné à une peine d'em-

confinement while awaiting the outcome of the appeals open to him under that Act is not in itself ground for attempting to by-pass the normal appeal procedure and seek to proceed instead by way of writ of prohibition. However in the circumstances of this case I do not find it necessary to decide whether the Court has authority to issue a writ of prohibition when appeal procedure under the *National Defence Act* is available, since on the merits of the case I have reached the conclusion that it should not be issued in any event.

It is now desirable to deal with the basis for this conclusion since the petitioner's arguments, based on the constitutionality of section 120 of the *National Defence Act*, and the effect of the *Canadian Bill of Rights* in view of the prejudice caused to petitioner as a result of the longer prescription under the *National Defence Act*, were both very fully argued with considerable reference to jurisprudence.

The second issue to be dealt with in this matter is petitioner's claim that section 120 of the *National Defence Act* is *ultra vires* in incorporating globally into that statute all *Criminal Code* offences. Part V of the *National Defence Act* is headed "Service Offences and Punishments" and sections 62 to 119 inclusive deal with service offences whereas section 120 has the effect of categorizing offences under the *Criminal Code*, not otherwise service offences as service offences and it is this to which petitioner takes exception.

Petitioner relies in part on the Supreme Court decision in the case of *The Queen v. Hauser*¹ in which it was found however that a charge laid by the Attorney General of Canada under the *Narcotic Control Act* was properly so laid notwithstanding the provisions of section 2 of the *Criminal Code* which reads:

2. ...

"Attorney General" means the Attorney General ... of a province in which proceedings to which this Act applies are taken and, with respect to

prisonnement doit éventuellement subir l'incarcération en attendant l'issue des appels que lui ouvre cette Loi, n'est pas en lui-même un motif pour chercher à passer outre à la procédure d'appel normale et à procéder en son lieu et place par le biais du bref de prohibition. Toutefois, en l'espèce, je ne juge pas nécessaire de décider si la Cour est autorisée à lancer un bref de prohibition, alors qu'on peut avoir recours à une procédure d'appel selon la *Loi sur la défense nationale*, puisque, sur le fond, j'en suis venu à la conclusion, de toute façon, qu'il n'y a pas lieu de lancer ce bref.

Il faut maintenant traiter du fondement de cette conclusion puisque les arguments du requérant, fondés sur la constitutionnalité de l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale*, et l'effet de la *Déclaration canadienne des droits*, vu le préjudice causé au requérant par suite de la prescription plus longue que prévoit la *Loi sur la défense nationale*, ont été tous deux débattus en long et en large et qu'une abondante jurisprudence a été citée.

Le deuxième point à traiter en l'espèce est la prétention du requérant voulant que l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale* soit inconstitutionnel, *ultra vires*, lorsqu'il incorpore globalement dans cette loi toutes les infractions du *Code criminel*. La Partie V de la *Loi sur la défense nationale* est intitulée «Infractions militaires et peines»; les articles 62 à 119 inclusivement ne traitent que d'infractions militaires mais l'article 120 a pour effet de qualifier d'infractions militaires les infractions prévues au *Code criminel* qui ne sont pas en soi des infractions militaires; c'est à cela que le requérant s'en prend.

Le requérant invoque cette portion de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *La Reine c. Hauser*¹ où il fut jugé toutefois qu'une charge portée par le procureur général du Canada, sur le fondement de la *Loi sur les stupéfiants*, l'avait été régulièrement, indépendamment de l'article 2 du *Code criminel*, que voici:

2. ...

«procureur général» désigne le procureur général ... d'une province où sont intentées des procédures visées par la présente loi et désigne, relativement

¹ [1979] 1 S.C.R. 984.

¹ [1979] 1 R.C.S. 984.

(b) proceedings instituted at the instance of the Government of Canada and conducted by or on behalf of that Government in respect of a violation of or conspiracy to violate any Act of the Parliament of Canada or a regulation made thereunder other than this Act,

means the Attorney General of Canada . . . ;

It was found that the *Narcotic Control Act* was such a statute. In rendering judgment Pigeon J. stated at page 992:

From a constitutional point of view, the distinction properly should be between enactments founded on the criminal law power and other enactments, as was pointed out on behalf of the three provinces which accept that, in legislating under any other head of power, the federal Parliament can completely provide for prosecutions by federal officials, although they deny such power for the enforcement of criminal law strictly so called.

Spence J. in his judgment at page 1003 stated:

I can see no bar to Parliament, in the discharge of its valid legislative power, providing that as to certain duties or procedures the provincial officials shall not be used exclusively but the power may also be exercised by a federal official who may be the Attorney General of Canada or any investigating or prosecuting agency designated by Parliament.

If it is conceded as it must be that the *National Defence Act* was legislated by virtue of section 91(7) of *The British North America Act, 1867* rather than section 91(27) dealing with criminal law even though it incidentally may incorporate offences under criminal law, then it would appear that section 120 is valid federal legislation.

Reference was also made by petitioner to the case of *Regina v. Pontbriand*² in which at page 110 Associate Chief Justice Hugessen stated:

To put the matter another way, the powers and privileges of the Attorney General to conduct, supervise and control criminal prosecutions are more than a matter of simple procedure but go to the very heart of the administration of criminal justice. The right to legislate in relation to those powers and privileges was, by ss. 92(14) and 135 of the B.N.A. Act, reserved to the provincial legislatures. Parliament, having the right to legislate on the procedure in criminal matters, may add to those powers and privileges but cannot take them away. In particular, Parliament cannot create its own Attorney General and seek to give him rights relating to the administration of criminal justice similar in nature and scope to those exercised by the Attorney General at the time of Confederation. Since the definition of "Attorney General" in s. 2 of the Criminal Code purports to do just this, it is, to that extent, *ultra vires*.

² (1978) 1 C.R. (3d) 97.

b) aux procédures instituées sur l'instance du gouvernement du Canada et dirigées par ce gouvernement ou pour son compte, qui sont relatives à la violation ou à un complot en vue de la violation d'une loi du Parlement du Canada ou d'un règlement établi en vertu d'une telle loi, sauf la présente loi,

a le procureur général du Canada . . . ;

On jugea que la *Loi sur les stupéfiants* était bien une loi de ce genre. Prononçant l'arrêt, le juge Pigeon dit, à la page 992:

b Du point de vue constitutionnel, la distinction à faire est entre les lois fondées sur le pouvoir législatif en matière de droit criminel et toutes les autres lois fédérales; c'est ce que disent les trois provinces qui reconnaissent que, lorsqu'il légifère dans ses autres domaines de compétence, le Parlement fédéral peut confier la direction des poursuites aux fonctionnaires fédéraux, mais ces provinces contestent cette compétence à l'égard des poursuites en droit criminel proprement dit.

Le juge Spence, dans son opinion individuelle, à la page 1003 dit:

d Je ne vois rien qui empêche le Parlement, dans l'exercice de son pouvoir législatif valide, de décréter, relativement à certains devoirs ou procédures, que les fonctionnaires provinciaux n'ont pas de rôle exclusif, mais le partagent avec des fonctionnaires fédéraux, dont le procureur général du Canada, ou un organisme d'investigation ou de poursuite désigné par le Parlement.

e Si on admet, comme il se doit, que la *Loi sur la défense nationale* a été promulguée sur le fondement de l'article 91(7) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, plutôt que sur celui de l'article 91(27), qui traite du droit criminel, même si incidemment il arrive qu'y sont incorporées des infractions selon le droit criminel, alors, semble-t-il, l'article 120 constitue un acte législatif fédéral valide.

g Le requérant a aussi cité l'affaire *Regina c. Pontbriand*² où, à la page 110, le juge en chef adjoint Hugessen dit:

[TRADUCTION] Autrement dit, les pouvoirs et privilèges du procureur général de conduire, surveiller et diriger les poursuites criminelles constituent plus qu'une simple question de procédure; ils sont au cœur même de l'administration de la justice en matière criminelle. En vertu des art. 92(14) et 135 de l'A.A.N.B., seules les législatures provinciales ont le droit de légiférer sur ces pouvoirs et privilèges. En vertu de sa compétence en matière de procédure criminelle, le Parlement peut augmenter ces pouvoirs et privilèges, mais il ne peut les enlever. Plus précisément, le Parlement ne peut créer son propre procureur général et tenter de lui donner sur l'administration de la justice en matière criminelle des droits qui équivalent à ceux qu'exerçait le procureur général à l'époque de la Confédération. Puisque c'est le but visé par la définition de «procureur général» à l'art. 2 du Code criminel, cette disposition est, dans cette mesure, *ultra vires*.

² (1978) 1 C.R. (3e) 97.

This was a *Narcotic Control Act* case however decided before the Supreme Court judgment in the case of *The Queen v. Hauser*. Petitioner argues that section 120 of the *National Defence Act* would not be *ultra vires* if it were limited to the prosecution of offences taking place outside Canada but when criminal prosecutions are taken by virtue of it in one of the provinces in Canada it is then an interference with sections 92(14) and 135 of *The British North America Act, 1867* and that by virtue of section 2 of the *Criminal Code* such prosecutions can only be undertaken by the Attorney General of the province in prosecuting an offence under the criminal law.

Reference was also made to the Supreme Court case of *MacKay v. The Queen* [[1980] 2 S.C.R. 370], a judgment dated July 18, 1980, also dealing with a Court Martial procedure in narcotic offences. One of the questions submitted for Court was whether "the *National Defence Act*, in as far as it permits criminal proceedings before service tribunals for offences committed in Canada contrary to the *Narcotic Control Act* or the *Criminal Code* to be instituted and conducted by military prosecutor and not by the Attorney General of a province or the Attorney General of Canada, *ultra vires* the Parliament of Canada?" Although this question was fully argued in factums submitted to the Court it was not raised nor argued before the Court in view of the fact that the *Hauser* case had decided that offences under the *Narcotic Control Act* were not criminal offences. The question of whether offences against the *Criminal Code* could be conducted under the procedure set out in the *National Defence Act* was therefore not decided. In rendering judgment however at page 397 of the reasons Justice Ritchie states:

The power to allow prosecutions by military authorities is a necessary aspect of dealing with service offences, which have always been considered part of military law. The legislation here derives its force from s. 91(7) and therefore there is no possible application for provincial powers under s. 91(24)*. The legislation is therefore exclusive to the power of Parliament, even for those matters which would normally fall under the *Criminal Code*, or the *Narcotic Control Act* but which, through the legislation and the application of military law properly fall into the category of service offences.

* Evidently section 92(14) is intended.

C'était là toutefois une affaire, portant sur la *Loi sur les stupéfiants*, décidée avant l'arrêt de la Cour suprême *La Reine c. Hauser*. Le requérant soutient que l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale* ne serait pas inconstitutionnel s'il était restreint à la répression d'infractions perpétrées à l'extérieur du Canada mais que les poursuites criminelles engagées sur son fondement dans l'une des provinces du Canada interfèrent avec les articles 92(14) et 135 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*; en vertu de l'article 2 du *Code criminel*, de telles poursuites ne pourraient être engagées que par le procureur général de la province et ne réprimeraient qu'une infraction selon le droit criminel.

On s'est en outre référé à l'arrêt de la Cour suprême *MacKay c. La Reine* [[1980] 2 R.C.S. 370], en date du 18 juillet 1980, qui traite lui aussi d'une instance devant une Cour martiale saisie d'infractions relatives aux stupéfiants. L'une des questions soumises à la Cour était de savoir si «la *Loi sur la défense nationale* est *ultra vires* du Parlement du Canada dans la mesure où elle permet au procureur à charge militaire et non au procureur général d'une province ou au procureur général du Canada d'instituer et de mener des poursuites criminelles devant des tribunaux militaires pour des infractions commises au Canada en violation de la *Loi sur les stupéfiants* ou du *Code criminel*?» Quoique cette question ait été débattue à fond dans les factums soumis, elle ne fut soulevée ni plaidée à l'audience vu l'arrêt *Hauser* qui avait décidé que les infractions à la *Loi sur les stupéfiants* n'étaient pas des infractions criminelles. La question de savoir si des infractions au *Code criminel* pouvaient faire l'objet de la procédure prévue à la *Loi sur la défense nationale* demeurait donc à décider. En prononçant l'arrêt toutefois, à la page 397 des motifs, le juge Ritchie dit:

Le pouvoir de permettre aux autorités militaires d'intenter des poursuites est un aspect nécessaire de la répression des infractions militaires que l'on a toujours considérées comme faisant partie du droit militaire. La loi en cause tire sa force du par. 91(7) et il n'y a donc pas d'application possible des pouvoirs provinciaux en vertu du par. 91(24)*. La Loi ressortit donc exclusivement au Parlement, même dans les domaines qui relèvent normalement du *Code criminel* ou de la *Loi sur les stupéfiants* mais qui, à cause de la Loi et de l'application du droit militaire, sont à bon droit inclus dans la catégorie des infractions militaires.

* Évidemment on veut dire l'article 92(14).

While this may have been *obiter dicta* under the circumstances it should be pointed out that his reasons were concurred in without comment by Justices Martland, Pigeon, Beetz and Chouinard.

Chief Justice Laskin at page 376 of his dissenting judgment stated:

The contention, here, however, is that in respect of s. 120 of the *National Defence Act* and of its supporting provisions, there has been a clear departure from an internal military code by the provision for prosecution, through military tribunals, of offences under the ordinary criminal law but without putting the accused members of the armed forces in the same position under that law as are other members of the public when similarly charged.

At page 377 he states:

There are some offences included in the category of service offences which are similar to *Criminal Code* offences but are separately dealt with as, for example, stealing in s. 104 and receiving under s. 105. These do not detract from the embracing character of s. 120 and it may be, although it is unnecessary to decide this here, that there is a choice in charging an accused in such cases either under the *Criminal Code* or under the particular sections just mentioned.

At page 380 he states:

In my opinion, it is fundamental that when a person, any person, whatever his or her status or occupation, is charged with an offence under the ordinary criminal law and is to be tried under that law and in accordance with its prescriptions, he or she is entitled to be tried before a court of justice, separate from the prosecution and free from any suspicion of influence of or dependency on others. There is nothing in such a case, where the person charged is in the armed forces, that calls for any special knowledge or special skill of a superior officer, as would be the case if a strictly service or discipline offence, relating to military activity, was involved. It follows that there has been a breach of s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* in that the accused, charged with a criminal offence, was entitled to be tried by an independent and impartial tribunal.

After quoting section 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* he concludes [at page 380]:

In short, I regard the provisions of the *National Defence Act* as inoperative in so far as they provide for the trial of offences against the ordinary law by service tribunals.

This dissenting judgment is based on the *Canadian Bill of Rights* argument which was also raised in the present matter and will be considered later rather than on the constitutionality of section 120.

Justice McIntyre in his judgment which was supported by Justice Dickson states at pages 408-409:

Il se peut qu'il s'agisse là d'*obiter dicta* en l'espèce mais on rappellera que les juges Martland, Pigeon, Beetz et Chouinard ont souscrit à ses motifs sans aucun commentaire.

^a Le juge en chef Laskin, à la page 376 de son opinion dissidente, dit:

On prétend toutefois en l'espèce que l'on a nettement débordé du cadre d'un code militaire interne par l'art. 120 de la *Loi sur la défense nationale* et les dispositions connexes, puisqu'on y prévoit la poursuite d'infractions aux lois pénales ordinaires devant des tribunaux militaires, sans que les membres des forces armées accusés soient placés, face à ces lois, dans la même situation que les autres membres du public accusés des mêmes infractions.

^c A la page 377, il ajoute:

Certaines infractions semblables à des infractions au *Code criminel* sont incluses dans la catégorie d'infractions militaires, mais font l'objet de dispositions distinctes comme, par exemple, le vol à l'art. 104 et le recel à l'art. 105. Ces exceptions ^d n'influent pas sur le caractère général de l'art. 120 et, bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce, il se peut que l'on ait le choix de poursuivre un accusé en pareil cas soit en vertu du *Code criminel* soit en vertu des dispositions spéciales que je viens de mentionner.

^e Et à la page 380 il dit:

A mon avis, il est fondamental que lorsqu'une personne, quel que soit son statut ou son occupation, est accusée d'une infraction à la loi pénale ordinaire et doit être jugée en vertu de cette loi et conformément à ses prescriptions, elle ait le droit d'être jugée par une cour de justice, distincte de la poursuite et ^f au-dessus de tout soupçon d'influence ou de dépendance d'autres personnes. Il n'y a rien dans le cas où l'accusé fait partie des forces armées, qui exige les connaissances ou l'habileté spéciales d'un officier supérieur, comme ce serait le cas si une infraction purement militaire ou disciplinaire relative à l'activité militaire était en cause. Il en découle que l'al. 2f) de la ^g *Déclaration canadienne des droits* a été violé, parce que l'accusé, inculpé d'une infraction criminelle, avait le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et non préjugé.

Après avoir cité l'article 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, il conclut [à la page 380]:

^h En bref, je considère que les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* sont inopérantes dans la mesure où elles prévoient que les infractions à la loi ordinaire sont jugées par des tribunaux militaires.

ⁱ Cette opinion dissidente est fondée sur la *Déclaration canadienne des droits*, argument qui fut aussi soulevé en l'espèce et sera considéré plus loin, plutôt que sur la constitutionnalité de l'article 120.

^j Le juge McIntyre, dans son opinion individuelle, à laquelle a souscrit le juge Dickson, dit, aux pages 408 et 409:

Section 2 of the *National Defence Act* defines a service offence as "an offence under this Act, the *Criminal Code*, or any other Act of the Parliament of Canada, committed by a person while subject to the Code of Service Discipline". The Act also provides that such offences will be triable and punishable under military law. If we are to apply the definition of service offence literally, then all prosecutions of servicemen for any offences under any penal statute of Canada could be conducted in military courts. In a country with a well-established judicial system serving all parts of the country in which the prosecution of criminal offences and the constitution of courts of criminal jurisdiction is the responsibility of the provincial governments, I find it impossible to accept the proposition that the legitimate needs of the military extend so far. It is not necessary for the attainment of any socially desirable objective connected with the military service to extend the reach of the military courts to that extent. It may well be said that the military courts will not, as a matter of practice, seek to extend their jurisdiction over the whole field of criminal law as it affects the members of the armed services. This may well be so, but we are not concerned here with the actual conduct of military courts. Our problem is one of defining the limits of their jurisdiction and in my view it would offend against the principle of equality before the law to construe the provisions of the *National Defence Act* so as to give this literal meaning to the definition of a service offence. The all-embracing reach of the questioned provisions of the *National Defence Act* goes far beyond any reasonable or required limit. The serviceman charged with a criminal offence is deprived of the benefit of a preliminary hearing or the right to a jury trial. He is subject to a military code which differs in some particulars from the civil law, to differing rules of evidence, and to a different and more limited appellate procedure. His right to rely upon the special pleas of "autrefois convict" or "autrefois acquit" is altered for, while if convicted of an offence in a civil court he may not be tried again for the same offence in a military court, his conviction in a military court does not bar a second prosecution in a civil court. His right to apply for bail is virtually eliminated. While such differences may be acceptable on the basis of military need in some cases, they cannot be permitted universal effect in respect of the criminal law of Canada as far as it relates to members of the armed services serving in Canada.

He again was dealing with the *Canadian Bill of Rights* argument. Chief Justice Laskin states however at page 386:

The result is that s. 120 of the *National Defence Act* must be held to be inoperative in so far as it subjects members of the armed forces to a different and, indeed, more onerous liability for a breach of the ordinary law as applicable to other persons in Canada who are also governed by that law.

It will be seen that there appears to be a difference in judicial thinking in the Supreme Court as to whether the prosecution of offences against the *Criminal Code* brought into the *National Defence*

L'article 2 de la *Loi sur la défense nationale* définit une infraction militaire comme «une infraction visée par la présente loi, par le *Code criminel* ou par toute autre loi du Parlement du Canada, et commise par une personne pendant son assujettissement au Code de discipline militaire». La Loi porte également a que ces infractions pourront faire l'objet de poursuites et de sanctions conformément au droit militaire. Si nous appliquons littéralement la définition d'infraction militaire, toutes poursuites contre des militaires pour toute infraction à toute loi pénale canadienne pourraient être menées devant des tribunaux militaires. Dans un pays doté d'un système judiciaire bien établi b desservant toutes les régions du pays et où la poursuite des infractions criminelles et la constitution des tribunaux de juridiction criminelle incombent aux gouvernements provinciaux, il m'est impossible d'accepter la thèse que les besoins légitimes des forces armées aillent aussi loin. Pour atteindre un objectif socialement souhaitable relié à la vie militaire, il n'est pas c nécessaire d'étendre autant la compétence des tribunaux militaires. On peut bien dire qu'en pratique, les tribunaux militaires ne chercheront pas à étendre leur compétence au champ entier du droit pénal applicable aux membres des forces armées. C'est d peut-être bien le cas, mais nous n'avons pas à examiner la conduite des tribunaux militaires dans les faits. Notre problème d consiste à définir les limites de leur compétence et, à mon avis, ce serait contrevenir au principe de l'égalité devant la loi que d'interpréter les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* de façon à donner ce sens littéral à la définition d'infraction militaire. La portée exhaustive des dispositions en cause de la *Loi sur la défense nationale* dépasse toute limite raisonnable ou e nécessaire. Le soldat inculpé d'une infraction criminelle est privé du bénéfice d'une enquête préliminaire ou du droit à un procès devant jury. Il est soumis à un code militaire qui diffère à certains égards du droit commun, à des règles de preuve différentes et à une procédure d'appel différente et plus restreinte. Son droit d'invoquer les plaidoyers spéciaux d'"autrefois f convict" ou d'"autrefois acquit" est modifié car, s'il est déclaré coupable d'une infraction par un tribunal civil, il ne peut être jugé de nouveau pour la même infraction par un tribunal militaire, mais sa déclaration de culpabilité par un tribunal militaire n'empêche pas une deuxième poursuite devant un tribunal civil. Son droit à un cautionnement est à toutes fins g pratiques éliminé. Bien que ces différences puissent être acceptables, compte tenu des besoins militaires, dans certains cas, on ne peut leur donner d'effet universel dans l'application du droit pénal canadien aux membres des forces armées en poste au Canada.

Lui aussi traitait donc de l'argument relatif à la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge en chef Laskin dit toutefois à la page 386:

En conséquence, l'art. 120 de la *Loi sur la défense nationale* doit être déclaré inopérant dans la mesure où, pour une violation de la loi ordinaire, il impose aux membres des forces armées une responsabilité différente et, d'ailleurs, plus lourde i que celle qui incombe aux autres personnes au Canada à qui cette loi-là s'applique aussi.

Il semblerait y avoir deux écoles de pensée en j Cour suprême lorsqu'il s'agit de savoir si une Cour martiale peut connaître des infractions au *Code criminel* incorporées à la *Loi sur la défense natio-*

Act by virtue of section 120 can properly be prosecuted by Court Martial procedure, or whether this would not be an infringement of the *Canadian Bill of Rights*, with five judges holding that prosecution in this manner does not constitute such an infringement while four hold that it would (Justice Estey having concurred in the dissenting judgment of the Chief Justice). Although dissenting in his discussion of the desirability of prosecuting offences under the *Criminal Code* Justice McIntyre, with Justice Dickson concurring agreed that in the case at bar, being prosecutions of trafficking and the possession of narcotics, they were offences sufficiently connected with the service to come within the jurisdiction of a military court.

It cannot be held, in the present state of the jurisprudence therefore that section 120 of the *National Defence Act* is *ultra vires* with respect to the prosecution of offences in Canada nor that they cannot be properly prosecuted under the provisions of the *National Defence Act*.

The third issue to be decided is whether the prosecution of petitioner under the second, third, fourth and fifth counts of the indictment by way of military Court Martial procedure when they would already have been prescribed had the proceedings been taken by virtue of the *Criminal Code* is contrary to the *Canadian Bill of Rights*. This argument was dealt with very thoroughly in great depth in the *MacKay* case (*supra*) although the issue of prescription did not arise in that action. There is no advantage in repeating these arguments at this stage of the proceedings. If section 59 of the *National Defence Act* providing a three-year prescription for all offences set out therein (which of course include those *Criminal Code* offences incorporated by virtue of section 120) is not *ultra vires*, and I do not conclude that it is, then the question arises whether this is not merely a question of procedure. Certainly if it is contrary to the *Canadian Bill of Rights*, as petitioner contends, to prosecute *Criminal Code* offences under the *National Defence Act* after they would have been prescribed if prosecuted under the *Criminal Code* if such offences were prosecuted in Canada, it would be even more discriminatory to say that they could be prosecuted abroad under the *National Defence Act* at any time before the expira-

nale en vertu de l'article 120 ou s'il ne s'agit pas là d'une violation de la *Déclaration canadienne des droits*, cinq juges tenant que cette procédure ne constitue pas une telle violation, quatre tenant que c'est le cas (le juge Estey ayant souscrit à l'opinion dissidente du juge en chef). Quoique dissident par sa discussion de l'à-propos de cette procédure dans le cas des infractions au *Code criminel*, le juge McIntyre, le juge Dickson souscrivant à cet avis, admet que dans l'espèce alors en cause, trafic et possession de stupéfiants, il s'agissait d'infractions suffisamment reliées à la vie militaire pour être de la compétence de la juridiction militaire.

On ne peut donc soutenir, dans l'état actuel de la jurisprudence, que l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale* est inconstitutionnel, *ultra vires*, pour ce qui est des infractions instruites au Canada même, ni pour dire que celles-ci ne peuvent faire l'objet de la procédure prévue à la *Loi sur la défense nationale*.

Le troisième point litigieux est de savoir si saisir le tribunal militaire des deuxième, troisième, quatrième et cinquième chefs des charges dont le requérant est prévenu, alors qu'ils seraient déjà prescrits si la procédure avait été ouverte en vertu du *Code criminel*, est contraire à la *Déclaration canadienne des droits*. Cet argument a été examiné à fond dans l'affaire *MacKay* (précitée); il est vrai cependant que la question de la prescription n'a pas alors été soulevée. Répéter les mêmes arguments en cet état de la cause n'ajoute rien. Si l'article 59 de la *Loi sur la défense nationale*, qui prévoit une prescription triennale pour toutes les infractions y contenues (ce qui bien entendu inclut ces infractions du *Code criminel* incorporées en vertu de l'article 120) n'est pas un excès de pouvoir, *ultra vires*, et je ne conclus pas qu'il l'est, se pose alors la question de savoir s'il ne s'agit pas purement d'un problème de procédure. Certainement s'il est contraire à la *Déclaration canadienne des droits*, comme le soutient le requérant, de procéder à l'instruction des infractions du *Code criminel* selon la *Loi sur la défense nationale*, alors qu'elles auraient été prescrites si instruites selon le *Code criminel*, au Canada, il serait encore plus discriminatoire de dire qu'elles pourraient l'être à l'étranger, selon la *Loi sur la défense*

tion of the three-year prescription period whereas a person prosecuted in Canada for similar offences would be protected by prescription unless such prosecution were brought within six months. While petitioner argues that the six-month prescription provided in the *Criminal Code* could be applied even if the offences were prosecuted abroad, I find no merit in this argument even though some support for it may be found in the decision of Colonel Barnes in the *Corporal Mallard* case in Europe which is of course not in any way binding on the Court. It a Court Martial is brought abroad under the provisions of the *National Defence Act*, it is clearly the three-year prescription of that Act which would have to be applied and not the six-month prescription provided in the *Criminal Code*.

Respondents argue that section 27(2) of the *Interpretation Act*³ may also be applied. The said section reads as follows:

27. ...

(2) All the provisions of the *Criminal Code* relating to indictable offences apply to indictable offences created by an enactment, and all the provisions of the *Criminal Code* relating to summary conviction offences apply to all other offences created by an enactment, except to the extent that the enactment otherwise provides. [Emphasis mine.]

While petitioner argues that this only applies to *Criminal Code* offences it is significant that it refers to "an" enactment which might well include the *National Defence Act* which "enactment otherwise provides".

Respondents also refer to section 244(4) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 which provides for a five-year prescription with respect to summary complaints in place of the six-month prescription of the *Criminal Code*. In the case of *Smythe v. The Queen*⁴ in which it was argued that the decision to prosecute by indictment pursuant to section 132(2) of the *Income Tax Act* (as it then was) which provided a minimum of two months' imprisonment rather than by summary conviction under the provisions of section 131(1) was contrary to the *Canadian Bill of Rights* it was held [headnote, page 681]:

³ R.S.C. 1970, c. I-23.

⁴ [1971] S.C.R. 680.

nationale, à tout moment avant l'expiration de la prescription triennale, alors que l'individu poursuivi au Canada pour des infractions similaires bénéficierait de la prescription semestrielle. Le requérant prétend que la prescription semestrielle prévue au *Code criminel* pourrait être appliquée même dans le cas des infractions instruites à l'étranger; je ne trouve aucun fondement à cet argument si ce n'est la décision du colonel Barnes dans l'affaire du *Caporal Mallard* instruite en Europe, affaire qui naturellement ne lie en aucune façon la Cour. Si une Cour martiale va à l'étranger en vertu des dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, c'est manifestement la prescription triennale de cette Loi qui s'applique, non la prescription semestrielle du *Code criminel*.

Les intimés soutiennent que l'article 27(2) de la *Loi d'interprétation*³ doit aussi être appliqué. Voici ledit article:

27. ...

(2) Toutes les dispositions du *Code criminel* relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels créés par un texte législatif, et toutes les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité s'appliquent à toutes les autres infractions créées par un texte législatif, sauf dans la mesure où ce dernier en décide autrement. [Soulignés ajoutés.]

Le requérant soutient que cela ne s'applique qu'aux infractions du *Code criminel* mais il est significatif que l'article parle d'"un" texte législatif, ce qui peut fort bien inclure la *Loi sur la défense nationale* qui alors «en décide autrement».

Les intimés citent aussi l'article 244(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63, qui prévoit une prescription de cinq ans en matière de plaintes sommaires, en lieu et place de la prescription semestrielle du *Code criminel*. Dans l'affaire *Smythe c. La Reine*⁴, dans laquelle on avait soutenu que la décision de choisir la voie de l'inculpation conformément à l'article 132(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* d'alors, qui prévoyait une peine d'emprisonnement minimum de deux mois, plutôt que la procédure sommaire de l'article 131(1), était contraire à la *Déclaration canadienne des droits*, on a jugé que [sommaire, page 681]:

³ S.R.C. 1970, c. I-23.

⁴ [1971] R.C.S. 680.

The provisions of s. 132(2) of the Act are not discriminatory and do not offend the principle of equality before the law. They do not, by themselves, place any particular person or class of persons in a condition of being distinguished from any other member of the community. They are applicable without distinction to everyone. The manner in which a Minister of the Crown exercises a statutory discretionary power conferred upon him for the proper administration of a statute is irrelevant in the consideration of the question whether the statute, in itself, offends the principle of equality before the law. Enforcement of the law and especially of the criminal law would be impossible unless someone in authority be vested with some measure of discretionary power. If an authority such as the Attorney General can have the right to decide whether or not a person shall be prosecuted, surely he may, if authorized by statute, have the right to decide what form the prosecution shall take. The situation is not altered because s. 132(2) provides for a minimum term of imprisonment.

This decision was referred to by Ritchie J. in his judgment in the *MacKay* case.

Respondents further contend that when an individual enlists in the Armed Forces he voluntarily submits to abide by the provisions of the *National Defence Act* which includes the Code of Service Discipline set out therein, including the incorporation of criminal law offences not specifically of a service nature by section 120 and the three-year prescription of section 59 and that provided he is not treated differently from any other enlisted member of the Armed Forces he cannot invoke discrimination under the provisions of the *Canadian Bill of Rights*.

While petitioner argues that there is no valid federal objective to sustain section 59 of the *National Defence Act* providing a longer prescription than that provided in the *Criminal Code* for summary conviction offences included by virtue of section 120, nevertheless he does not seek that it be held invalid but merely that it be found to be inoperative in cases where the six-month prescription period has expired so that the accused would no longer be liable for prosecution under the provisions of the *Criminal Code* for charges of common assault.

Although this argument may be somewhat stronger on the *Canadian Bill of Rights* issue than on the constitutional issue which I have already dealt with I do not conclude on examination of the Supreme Court of Canada jurisprudence arising out of the *Canadian Bill of Rights* that there is

L'article 132(2) de la Loi n'est pas discriminatoire et ne viole pas le principe de l'égalité devant la loi. Cet article n'établit en soi aucune distinction entre une personne ou classe de personnes particulière et quelque autre membre de la société. Ses dispositions s'appliquent sans distinction à tout le monde. La façon dont un ministre de la Couronne exerce un pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le législateur pour la bonne administration d'une loi n'entre pas en jeu lorsqu'on examine la question de savoir si cette loi, en soi, porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi. Il serait impossible, particulièrement en matière criminelle, d'appliquer la loi si un certain pouvoir discrétionnaire n'était dévolu à une personne ayant autorité. Si une personne ayant autorité, telle que le procureur général, peut avoir le droit de décider si une personne sera poursuivie ou non, elle peut à coup sûr, si la loi l'y autorise, avoir le droit de déterminer la forme que prendra la poursuite. La situation n'est pas changée du fait que l'art. 132(2) prévoit une période minimum d'emprisonnement.

Le juge Ritchie s'est référé à cette décision dans son arrêt dans l'affaire *MacKay*.

En outre, les intimés soutiennent que lorsqu'un individu s'enrôle dans les Forces armées, il accepte volontairement de respecter les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, laquelle inclut le Code de discipline militaire qui y est énoncé, y compris les infractions de droit criminel qui ne sont pas expressément d'une nature militaire mais qui y sont assimilées par l'article 120 ainsi que la prescription triennale de l'article 59; dans la mesure où il n'est pas traité différemment des autres membres en service des Forces armées, il ne peut plaider discrimination contrairement à la *Déclaration canadienne des droits*.

Le requérant fait valoir qu'il n'y a pas d'objet fédéral valide qui justifie l'article 59 de la *Loi sur la défense nationale* de prévoir une prescription plus longue que celle du *Code criminel* dans le cas des infractions sommaires qui y sont incluses en vertu de l'article 120; néanmoins, il ne demande pas de prononcer son invalidité mais simplement de le déclarer inopérant dans les cas où il y a prescription semestrielle, le prévenu ne pouvant plus être poursuivi en vertu du *Code criminel* pour voies de fait simples.

Il se peut que cet argument soit en quelque sorte plus fort lorsqu'il met en cause la *Déclaration canadienne des droits* plutôt que l'aspect constitutionnel dont j'ai déjà traité mais, après examen de la jurisprudence de la Cour suprême relative à la *Déclaration canadienne des droits*, je ne puis con-

sufficient support for his contention to justify a finding which appears to go contrary to the majority view in the *MacKay* case, even though it did not directly decide the issue in the present proceedings.

I therefore conclude that, even if the writ of prohibition could lie in the present proceedings despite appeal procedures being available to the petitioner under the provisions of the *National Defence Act*, which is highly doubtful, such writ should not be issued on the basis of the issues of law raised in the present case.

ORDER

Petitioner's application for a writ of prohibition herein is dismissed with costs.

clure que l'argument est suffisant pour justifier de paraître aller à l'opposé des vues de la majorité dans l'affaire *MacKay*, quoiqu'elle n'ait pas décidé précisément du litige en cause.

a

Donc je conclus que, même s'il pourrait y avoir lieu au bref de prohibition en l'instance, en dépit des procédures d'appel dont pourrait se prévaloir le requérant en vertu des dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, ce qui est plus que douteux, le bref ne doit pas être lancé, motif pris des points de droit soulevés en l'espèce.

b

ORDONNANCE

La demande de bref de prohibition du requérant en l'espèce est rejetée avec dépens.

c