

T-1944-77; T-1945-77

T-1944-77; T-1945-77

Robert Cameron MacKay (*Applicant*)

v.

Clive L. Rippon (*Respondent*)

and

Brian Joseph Kevany (*Applicant*)

v.

Clive L. Rippon (*Respondent*)

Trial Division, Cattanach J.—Vancouver, May 16 and 27, 1977.

Jurisdiction — Prerogative writs — Prohibition — Armed forces personnel commit offence that is also military offence — Offenders to be tried by court martial — Application for prohibition — Whether incorporation of offence applicable to all persons in Canada into military code infringes applicants' declared right to equality before the law and the protection of the law — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18 — Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, s. 1(b) [R.S.C. 1970, Appendix III] — National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 120.

The applicants, both members of the Canadian Armed Forces, were respectively charged with six and four offences for trafficking in drugs contrary to the *Narcotic Control Act*. These offences were also service offences as defined by the *National Defence Act*. The applicants, by originating notices of motion brought pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, seek to prohibit the respondent, the President of a Standing Court Martial, from proceeding to trial of and adjudication upon the alleged offences. It is argued that the provisions of the *National Defence Act* providing for trial by Court Martial of members of the armed forces for offences charges which are also applicable to all persons in Canada infringe the applicants' declared right to equality before the law and the protection of the law, and therefore are inoperative.

Held, the application is dismissed. 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. Lack of jurisdiction is not apparent in view of the plethora of decisions following the *Drybones* case. It is, nevertheless, not necessary to exercise this discretion. The question of want of jurisdiction should have been raised first, as a plea in bar of trial before the Standing Court Martial. If this had been done, and if the decision of the Standing Court Martial had been adverse to the applicants, the question of lack of jurisdiction would have been properly raised on appeal to the Court Martial Appeal Court and there is an appeal from that court to the Supreme Court of Canada. The right to apply to the Federal Court of Appeal for judicial review with respect to the decision of a Court Martial is specifically precluded by virtue of subsection (6). Accordingly it seems incongruous that if there is no jurisdiction in the Court

Robert Cameron MacKay (*Requérant*)

c.

^a **Clive L. Rippon** (*Intimé*)

et

Brian Joseph Kevany (*Requérant*)^b

c.

Clive L. Rippon (*Intimé*)^c Division de première instance, le juge Cattanach—Vancouver, les 16 et 27 mai 1977.

Compétence — Brefs de prérogative — Prohibition — Des membres des Forces armées commettent des infractions qui constituent également des infractions militaires — Les contrevenants doivent être jugés par une cour martiale — Demande de prohibition — L'incorporation au code de discipline militaire, des infractions opposables à tous les habitants du Canada prive-t-elle les requérants de leur droit à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 18 — Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, c. 44, art. 1b), [S.R.C. 1970, Appendice III] — Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 120.

Les requérants, tous deux membres des Forces armées canadiennes, ont été inculpés respectivement de six et de quatre infractions distinctes de trafic de stupéfiants, perpétrés en violation de la *Loi sur les stupéfiants*. Ces infractions constituent également des infractions militaires au sens de la *Loi sur la défense nationale*. Les requérants, se fondant sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, demandent qu'il soit interdit à l'intimé, président d'une cour martiale permanente, d'instruire et de juger les infractions dont ils sont inculpés. On fait valoir que les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* qui prévoient l'instruction par une cour martiale composée de militaires, des infractions opposables à tous les habitants du Canada, privent les requérants du droit à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi, et sont donc inopérantes.

Arrêt: la demande est rejetée. 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. L'incompétence n'est pas évidente vu les nombreuses décisions qui ont suivi l'affaire *Drybones*. Cependant, il n'est pas nécessaire d'exercer ce pouvoir discrétionnaire. L'exception d'incompétence aurait dû être soulevée d'abord comme fin de non-recevoir devant la Cour martiale permanente. 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. Le droit de demander à la Cour d'appel fédérale de réviser la décision d'une cour martiale est expressément exclu par le paragraphe (6). En conséquence il serait bien incongru, vu que la Cour d'appel est incompétente en vertu de

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 prerogative writ.

The Queen and Archer v. White [1956] S.C.R. 154; *Curr v. The Queen* [1972] S.C.R. 889 and *Regina v. Burnshine* [1975] 1 S.C.R. 693, followed. *Rex v. Kirkup* (1950) 34 Cr. App. R. 150 and *Rex v. Russell* (1951) 1 W.W.R. (N.S.) 585, approved. *The Queen v. Drybones* [1970] S.C.R. 282 and *The Attorney General of Canada v. Lavell* [1974] S.C.R. 1349, discussed. *Prata v. M.M. & I.* [1972] F.C. 1405, applied.

APPLICATION for prohibition.

COUNSEL:

David R. Wilson for applicants.
Mark M. de Weerd, Q.C., for respondent.

SOLICITORS:

Wilson, Hitch & Easdon, Victoria, for applicant Robert Cameron MacKay.
Cook, Roberts & Whittaker, Victoria, for applicant Brian Joseph Kevany.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

CATTANACH J.: The applicants herein are both members of the 3rd Battalion, Princess Patricia's Canadian Light Infantry and are both stationed at the Canadian Forces Base at Esquimalt, British Columbia.

The applicants have been respectively charged with six and four offences alleged to have been there committed and which offences are for trafficking in drugs contrary to the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 and which offences are, by virtue of section 120 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4 "service offences" as defined in section 2 of that Act and as such form part of the "Code of Service Discipline" which is outlined in Parts IV and IX of that Act.

The applicants, by originating notices of motion brought pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* seek to prohibit the respondent, who is the President of a Standing Court Martial, from proceeding to the trial of and adjudication upon the offences alleged to have been committed by the applicants on the ground that the provisions of the *National Defence Act* and Regulations thereunder

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.

Arrêts suivis: *La Reine et Archer c. White* [1956] R.C.S. 154; *Curr c. La Reine* [1972] R.C.S. 889 et *Regina c. Burnshine* [1975] 1 R.C.S. 693. Arrêts approuvés: *Rex c. Kirkup* (1950) 34 Cr. App. R. 150 et *Rex c. Russell* (1951) 1 W.W.R. (N.S.) 585. Arrêts analysés: *La Reine c. Drybones* [1970] R.C.S. 282 et *Le Procureur général du Canada c. Lavell* [1974] R.C.S. 1349. Arrêt appliqué: *Prata c. M. M. & I.* [1972] C.F. 1405.

DEMANDE de prohibition.

AVOCATS:

David R. Wilson pour les requérants.
Mark M. De Weerd, c.r., pour l'intimé.

PROCUREURS:

Wilson, Hitch & Easdon, Victoria, pour le requérant Robert Cameron MacKay.
Cook, Roberts & Whittaker, Victoria, pour le requérant Brian Joseph Kevany.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE CATTANACH: Les deux requérants en cause font partie du troisième bataillon canadien d'infanterie légère «Princess Patricia» et sont stationnés à la base des Forces armées canadiennes d'Esquimalt, en Colombie-Britannique.

Ils ont été inculpés respectivement de six et de quatre infractions distinctes de trafic de stupéfiants, perpétrées en violation de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1, présumément à la base même; en vertu de l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, c. N-4, ces infractions constituent des «infractions militaires» au sens de l'article 2 de cette loi et donc, des infractions au «Code de discipline militaire» institué par les Parties IV et IX de la Loi.

Les requérants, se fondant sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, demandent qu'il soit interdit à l'intimé, président d'une cour martiale permanente, d'instruire et de juger les infractions dont ils sont inculpés, faisant valoir que les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* et de ses règlements d'application, qui prévoient l'instruction, par une cour martiale composée de militaires,

providing for trial by Court Martial of members of the armed services on charges which are offences under the general criminal law of Canada applicable to all persons in Canada are rendered inoperative because the applicants are denied "the right of the individual to equality before the law and the protection of the law" contrary to section 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 [see R.S.C. 1970, App. III].

This contention as I appreciate it, amounts simply to this—that the applicants, in order to enjoy equality before the law and the protection of the law, are entitled to be tried before the civilian courts of the land vested with criminal jurisdiction and to be required to be tried under military law is a deprivation of those rights.

Military law and its administration in armed forces has subsisted since time immemorial and it has subsisted in Canada since the first Canadian military force was organized one year after Confederation. However it is a fundamental constitutional principle that a soldier does not, by virtue of joining the armed forces and the consequent military character he assumes, escape the jurisdiction of the civil courts of this country. Accordingly the ordinary law that applies to all citizens also applies to members of the armed forces but by joining the armed forces those members subject themselves to additional legal liabilities, disabilities and rights, that is to say to Canadian military law.

Without a code of service discipline the armed forces could not discharge the function for which they were created. In all likelihood those who join the armed forces do so in time of war from motives of patriotism and in time of peace against the eventuality of war. To function efficiently as a force there must be prompt obedience to all lawful orders of superiors, concern, support for and concerted action with their comrades and a reverence for and a pride in the traditions of the service. All members embark upon rigorous training to fit themselves physically and mentally for the fulfilment of the role they have chosen and paramount in that there must be rigid adherence to discipline.

des infractions au droit pénal général du Canada, auquel tous les habitants du Canada sont assujettis, sont inopérantes vu qu'autrement ce serait priver les requérants du «droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi», en violation de l'article 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44 [voir S.R.C. 1973, App. III].

Cette prétention équivaut à mon sens simplement à ceci: les requérants, pour jouir de l'égalité et de la protection de la loi, auraient le droit d'être jugés par les juridictions de droit commun compétentes en matière criminelle; les traduire en justice selon le droit militaire constituerait une privation de l'exercice de leurs droits.

Le droit militaire, administré au sein des Forces armées, existe depuis des temps immémoriaux; au Canada, il remonte à l'époque où a été créée la première force armée canadienne, un an après la Confédération. Toutefois, il existe un principe constitutionnel fondamental voulant qu'un soldat n'échappe pas, du fait de son enrôlement dans l'armée et du statut militaire qui en conséquence devient le sien, aux juridictions de droit commun de notre pays. Il s'ensuit que le droit commun applicable à tous les citoyens s'applique aussi aux membres des Forces armées, mais ceux-ci souscrivent du fait de leur enrôlement des obligations juridiques additionnelles, acquièrent ou perdent certains droits, c'est-à-dire qu'ils sont alors régis par le droit militaire canadien.

Sans code de discipline militaire, les Forces armées ne pourraient accomplir la fonction pour laquelle elles ont été créées. Vraisemblablement ceux qui s'enrôlent dans les Forces armées le font, en temps de guerre, par patriotisme et, en temps de paix, pour prévenir la guerre. Pour qu'une force armée soit efficace, il faut qu'il y ait prompt obéissance à tous les ordres licites des supérieurs, respect des camarades, encouragement mutuel et action concertée; il faut aussi respecter les traditions du service et en être fier. Tous les membres des Forces armées se soumettent à un entraînement rigoureux pour être à même, physiquement et moralement, de remplir le rôle qu'ils ont choisi et, en cela, le respect strict de la discipline est d'une importance capitale.

Many offences which are punishable under civil law take on a much more serious connotation as a service offence and as such warrant more severe punishment. Examples of such are manifold such as theft from a comrade. In the service that is more reprehensible since it detracts from the essential *esprit de corps*, mutual respect and trust in comrades and the exigencies of the barrack room life style. Again for a citizen to strike another a blow is assault punishable as such but for a soldier to strike a superior officer is much more serious detracting from discipline and in some circumstances may amount to mutiny. The converse, that is for an officer to strike a soldier is also a serious service offence. In civilian life it is the right of the citizen to refuse to work but for a soldier to do so is mutiny, a most serious offence, in some instances punishable by death. Similarly a citizen may leave his employment at any time and the only liability he may incur is for breach of contract but for a soldier to do so is the serious offence of absence without leave and if he does not intend to return the offence is desertion.

This Parliament has recognized and has enacted, in the *National Defence Act*, a special code of conduct dictated by the special conditions of service discipline and has specified therein the punishable breaches of discipline.

Such a special code applicable exclusively to service personnel is ineffective without equipping the armed forces with its own courts for enforcing those breaches. Certain offences are punishable by the offender's subordinate commander, his commanding officer or by Courts Martial. Parliament has placed reliance for the proper execution of this important function in the responsibility and integrity of those officers, who do not necessarily have legal training, and the officers who comprise a Court Martial who have the advantage of a judge advocate who has legal qualifications, and who may alone be a Standing Court Martial.

As previously indicated under section 120 of the *National Defence Act* an offence that is punishable

Plusieurs infractions de droit commun sont considérées comme beaucoup plus graves lorsqu'elles deviennent des infractions militaires, ce qui autorise l'imposition de sanctions plus sévères. Les exemples en ce domaine sont légion, ainsi le vol au détriment d'un camarade. Dans l'armée la chose est plus répréhensible puisqu'elle porte atteinte à cet «esprit de corps» si essentiel, au respect mutuel et à la confiance que doivent avoir entre eux des camarades, ainsi qu'au moral de la vie de caserne. Pour un citoyen, en frapper un autre, c'est se livrer à des voies de faits punissables en tant que telles, mais pour un soldat, frapper un officier supérieur, c'est beaucoup plus grave; c'est porter atteinte à la discipline et, en certains cas, cela peut équivaloir à une mutinerie. A l'inverse, l'officier qui frappe un soldat commet aussi une infraction militaire sérieuse. Dans la vie civile, un citoyen peut à bon droit refuser de travailler, mais le soldat qui agit ainsi commet une mutinerie, ce qui est une infraction des plus graves, passible de mort en certains cas. De même, un citoyen peut quitter son emploi en tout temps, sa conduite ne sera entachée que d'inexécution d'obligations contractuelles mais, pour un soldat, agir ainsi constitue une infraction sérieuse, qualifiée d'absence sans permission et, s'il n'a pas l'intention de revenir, de désertion.

Le Parlement a reconnu et adopté, dans la *Loi sur la défense nationale*, un code spécial dicté par les nécessités spéciales de la discipline militaire; s'y trouvent énumérées les diverses infractions à cette discipline.

Un tel code, qui ne s'applique qu'au personnel militaire, serait inefficace si les Forces armées n'étaient pas dotées de leurs propres tribunaux pour sanctionner les infractions. Certains délits relèvent du supérieur immédiat de leur auteur, d'autres de son chef de corps et d'autres des cours martiales. Le Parlement, confiant en leur sens des responsabilités et en leur intégrité, a confié l'exercice de cette fonction importante à ces officiers, lesquels ne possèdent pas nécessairement de formation juridique, ainsi qu'aux officiers qui forment une cour martiale, lesquels ont l'avantage d'avoir pour collègue un juge-avocat qui, lui, possède une formation juridique et qui, seul, peut constituer une cour martiale permanente.

Comme il est dit plus haut, en vertu de l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale* une infrac-

under the *Criminal Code* or any other Act of the Parliament of Canada is also a service offence and punishable as such. Where a minimum is provided in the legislation creating the civil offence and an accused is convicted by a military tribunal for that offence as a service offence then the military tribunal shall impose a penalty in accordance with the enactment prescribing the minimum penalty but the military tribunal may also impose, in addition, a penalty lesser than the minimum penalty provided, in accordance with the scale of punishments outlined in section 125 of the *National Defence Act*. Those lesser punishments are peculiar to the armed forces and include dismissal from the service, reduction in rank and forfeiture of seniority.

The fact that a member of the armed forces has been tried, convicted and punished by the military courts does not oust the jurisdiction of the civil courts but by section 61 of the *National Defence Act* where a person has been sentenced by a service tribunal and is subsequently tried by a civil court for the same offence the civil court is obliged, in imposing punishment, to take into account the punishment imposed by a service tribunal for the service offence.

At one time the converse was equally so, that is that where a person was tried, convicted and punished by the civil courts the military courts might also try that person and if convicted the punishment imposed would likewise be imposed after taking into account that imposed by the civil court. The legislation has been changed and it is no longer permissible for a military court to try a member of the forces who has been tried by the civil court for the same offence.

It follows from the differences between a civil court and a military court that there are differences in administration, procedure, the sentences imposed, the qualifications of the judges who will try the matter, some minor differences in evidence respecting the admission of confessions, appeal from sentence other than the legality thereof, and the general law usually applicable in respect of remission of sentence, suspension of sentence, absolute or conditional discharge, probation, parole, bail and the like. All of these differences, and perhaps others, were carefully pointed out and

tion aux lois du Parlement du Canada, notamment au *Code criminel*, constitue aussi une infraction militaire, passible de sanction en tant que telle. Lorsque la loi qui crée une infraction de droit commun prévoit une sanction minimale et que l'inculpé est déclaré coupable de cette infraction en tant qu'infraction militaire par une juridiction militaire, alors la juridiction militaire doit imposer une sanction conforme à la loi prévoyant une peine minimale; mais elle peut aussi imposer, en sus, une sanction inférieure à ce minimum, pourvu qu'elle soit conforme à l'échelle des sanctions fixée par l'article 125 de la *Loi sur la défense nationale*. Ces sanctions inférieures sont particulières aux Forces armées et comprennent: la destitution, la rétrogradation et la déchéance d'ancienneté.

Le fait qu'un membre des Forces armées soit jugé, déclaré coupable et condamné par les juridictions militaires n'enlève pas aux tribunaux de droit commun leur compétence mais, en vertu de l'article 61 de la *Loi sur la défense nationale*, lorsqu'un tribunal de droit commun juge celui qui a déjà été condamné par un tribunal militaire, pour la même infraction, il doit, avant d'imposer une sanction, tenir compte de celle imposée par la juridiction militaire à l'égard de l'infraction militaire.

Il fut un temps où l'inverse était également vrai, et où celui qui était jugé, déclaré coupable et condamné par les juridictions de droit commun pouvait aussi être jugé subséquentement par les juridictions militaires et, advenant une déclaration de culpabilité, la sanction imposée devait tenir compte de celle imposée par la juridiction de droit commun. La loi a été modifiée et maintenant il est interdit à une juridiction militaire de juger un membre des Forces armées déjà jugé par les juridictions de droit commun pour la même infraction.

Il découle des différences entre juridiction de droit commun et juridiction militaire des différences dans l'administration de ces tribunaux, la procédure qu'ils emploient, les sentences qu'ils prononcent, les qualifications des juges chargés d'instruire les causes, quelques différences accessoires dans le droit de la preuve, en matière de recevabilité des aveux, dans les recours ouverts contre une condamnation, lorsque sa légalité n'est pas en cause, et dans le droit général applicable habituellement en matière de remise de peine, de sursis, de libération avec ou sans condition, de

elaborated upon by counsel for the applicants from which he contended that by reason of the applicants being obliged to stand trial by Court Martial they have been deprived of equality before the law.

The military law, which stands side by side with the general law of the land, is equally part of the law of the land but it is limited to members of the armed services and other persons who are subject to that law.

However, the issue in these matters is whether that segment of the law of the land is rendered inoperative by the *Canadian Bill of Rights* which received Royal Assent on August 10, 1960.

The pertinent sections of the *Canadian Bill of Rights* read:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

- (a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;
- (b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;
- (c) freedom of religion;
- (d) freedom of speech;
- (e) freedom of assembly and association; and
- (f) freedom of the press.

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared

At the outset it is abundantly clear that there is no discrimination in the provisions of the *National Defence Act* by reason of race, national origin, colour, religion or sex, but that fact is not, in itself, determinative of the issue herein because as was stated by Laskin J. (as he then was) in *Curr v. Queen* [1972] S.C.R. 889 at page 896 the existence of any of the forms of prohibited discrimination is not a *sine qua non* of the operation of section 1 of the *Canadian Bill of Rights*. The

probation, de libération conditionnelle, de cautionnement, etc. Toutes ces différences, et d'autres peut-être, ont été signalées en détail et analysées par le procureur des requérants qui soutient qu'en conséquence, parce que ceux-ci sont obligés de subir leur procès devant une cour martiale, ils ne peuvent jouir de l'égalité devant la loi.

Le droit militaire, qui côtoie de près le droit commun général, en fait lui-même partie, quoi qu'il soit restreint dans son application aux membres des Forces armées et à d'autres personnes assujetties également audit droit militaire.

Toutefois, ce qu'il s'agit de déterminer ici, c'est si cette partie du droit commun est rendue inopérante par le jeu de la *Déclaration canadienne des droits*, qui a reçu la sanction royale le 10 août 1960.

Voici le texte des articles pertinents de la *Déclaration canadienne des droits*:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

- a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;
- b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;
- c) la liberté de religion;
- d) la liberté de parole;
- e) la liberté de réunion et d'association, et
- f) la liberté de la presse.

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

Au départ, il est parfaitement clair que les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* ne font pas de discrimination en raison de la race, de l'origine nationale, de la couleur, de la religion ou du sexe; mais ce fait ne suffit pas en lui-même à résoudre le litige. En effet, comme l'a dit le juge Laskin (maintenant juge en chef) dans *Curr c. La Reine* [1972] R.C.S. 889, à la page 896, l'existence de l'une ou l'autre des formes interdites de discrimination n'est pas une condition *sine qua non*

question has to be determined as to whether the provisions of the *National Defence Act* prescribing trial by military tribunals of members of the armed forces for offences which are also made military offences, infringe on the applicants' declared right to equality before the law and the protection of the law.

The provisions of the *National Defence Act* providing for service offences triable by service tribunals has subsisted in substantially and basically the same form before the enactment of the *Canadian Bill of Rights* and it is clear from section 5(2) that the *Canadian Bill of Rights* is to apply to all laws of Canada already in existence at the time it came into force as well as to laws enacted thereafter.

The law prior to the enactment of the *Canadian Bill of Rights* as to the supervisory function of the Court over military tribunals is clear.

In *The Queen and Archer v. White* [1956] S.C.R. 154 it was held that *certiorari* would not lie in respect of a conviction for a service offence in the R.C.M.P. and the similarity between the R.C.M.P. and the armed forces was emphasized.

In the view of Rand J., service offences are matters of domestic discipline to which a member of a force has agreed to submit by joining the force and that the courts established by the Act to deal with such offences were intended to be the exclusive means for dealing with such offences and the superior courts should not interfere unless the statutory powers are abused or the action taken is not authorized.

In this connection he said at page 159:

Parliament has specified the punishable breaches of discipline and has equipped the Force with its own courts for dealing with them and it needs no amplification to demonstrate the object of that investment. Such a code is *prima facie* to be looked upon as being the exclusive means by which this particular purpose is to be attained. Unless, therefore, the powers given are abused to such a degree as puts action taken beyond the purview of the statute or unless the action is itself unauthorized, that internal management is not to be interfered with by any superior court in exercise of its long established supervisory jurisdiction over inferior tribunals.

de l'application de l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits*. Les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* prévoyant que les membres des Forces armées relèvent des juridictions militaires pour des infractions déclarées infractions militaires, il faut se demander si ces dispositions violent le droit des requérants à l'égalité devant la loi et à la protection de celle-ci.

Les susdites dispositions prévoyant que les infractions militaires seront instruites par une juridiction militaire n'ont pas pour l'essentiel varié depuis l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*; il est clair par ailleurs, d'après son article 5(2), que cette déclaration s'applique à toutes les lois du Canada, préexistantes ou postérieures à son entrée en vigueur.

Le droit antérieur à l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, en ce qui concerne la fonction de surveillance des juridictions militaires par le présent tribunal, est clair également.

Dans *La Reine et Archer c. White* [1956] R.C.S. 154, il a été statué qu'il n'y avait pas lieu à *certiorari* en matière de déclaration de culpabilité consécutive à une faute de service au sein de la G.R.C., et la similitude existant entre la G.R.C. et les Forces armées était soulignée.

Selon le juge Rand, les fautes de service sont du domaine de la discipline interne à laquelle les membres d'un corps organisé consentent à se soumettre lorsqu'ils joignent ses rangs; la loi a entendu conférer aux tribunaux créés par elle pour connaître de ces infractions compétence exclusive en la matière et les juridictions supérieures ne devraient pas intervenir, à moins d'abus des pouvoirs légaux accordés ou d'actions non autorisées.

A cet égard, le juge Rand dit à la page 159:

[TRADUCTION] Le Parlement a énuméré les entorses à la discipline qui entraînent une sanction et, afin de permettre à la Gendarmerie d'y faire face, il l'a dotée de ses propres tribunaux. Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur les raisons qui justifient cette façon de faire. *Prima facie*, il convient de considérer un pareil code comme étant l'unique moyen prévu pour atteindre ce but donné. Ainsi, en l'absence d'un abus de pouvoir tel qu'il situerait l'acte en dehors des limites de la loi et dans la mesure où l'acte est autorisé, il n'appartient pas à une cour supérieure, dans l'exercice d'une compétence depuis longtemps établie relative à la surveillance des tribunaux inférieurs, d'intervenir dans la conduite des affaires internes d'un tel organisme.

Abbott J. had this to say at pages 168 and 169:

The *Royal Canadian Mounted Police Act* and the regulations made thereunder constitute a code of law regulating the recruitment, administration and discipline of the Force.

Although not part of Canada's armed forces, the Royal Canadian Mounted Police are in many respects organized on a military basis, and the terms of recruitment and the provisions made for uniforms, quarters, rations, discipline and pensions closely resemble those of the Army, Navy and Air Force. The necessity for maintaining high standards of conduct and of discipline in the Royal Canadian Mounted Police is just as great as it is for the armed forces, and in this respect I can see no distinction in principle between the two bodies.

In my opinion, therefore, the authorities which hold that the Courts have no power to interfere with matters of military conduct and military discipline generally are applicable to matters involving the conduct and discipline of a force such as the Royal Canadian Mounted Police. See *Rex v. Army Council ex parte Ravenscroft* [1917] 2 K.B. 504, and the authorities discussed and approved therein.

In *Rex v. Kirkup* (1950) 34 Cr. App. R. 150 the Lord Chief Justice of England (Lord Goddard) has said that where an offence has been committed by a serving soldier in relation to government property at the barracks or camp or other place where he is stationed the proper person to deal with the matter is his commanding officer so that the offence may be dealt with under military law.

That indicates the course that prevails in England and was adopted and approved by the B.C. Court of Appeal in *Rex v. Russell* (1951) 1 W.W.R. (N.S.) 585.

As I appreciate the significance of these two decisions it is that offences by service personnel should be dealt with by service tribunals as a matter of practice and not by the civilian authorities and courts. I can see no logical reason for limiting the class of service offence to an offence with respect to government property as Lord Goddard did.

The courts have consistently declined to interfere with the proceedings of military tribunals because of serious faults in procedure by prohibition which errors if committed by an inferior civil court would undoubtedly have gone to that court's jurisdiction.

It may be significant to note that under section 201 of the *National Defence Act* there is now established a Court Martial Appeal Court to hear

Le juge Abbott ajoute, aux pages 168 et 169:

[TRADUCTION] La *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* et ses règlements d'application forment un code de droit régissant le recrutement, l'administration et la discipline de cette force policière.

Bien qu'elle ne soit pas intégrée aux Forces armées du Canada, la Gendarmerie royale du Canada est pour plusieurs de ses aspects organisée sur le plan militaire; les modalités de recrutement, les dispositions en matière d'uniforme, de quartiers de résidence, de rations, de discipline et de pension ressemblent beaucoup à ceux des Forces armées de terre, de mer et de l'air. Il est tout aussi nécessaire de maintenir des normes élevées de conduite et de discipline au sein de la Gendarmerie royale du Canada que dans les Forces armées et, à cet égard, je ne puis voir aucune distinction de principe entre ces deux corps.

A mon avis donc, la jurisprudence suivant laquelle les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'intervenir en matière de conduite et de discipline militaire en général est applicable en matière de conduite et de discipline d'une force policière comme la Gendarmerie royale du Canada. Voir *Rex c. Army Council ex parte Ravenscroft* [1917] 2 K.B. 504, et la jurisprudence qui y est citée et approuvée.

Dans *Rex c. Kirkup* (1950) 34 Cr. App. R. 150 lord Goddard, juge en chef d'Angleterre, a dit que lorsqu'un soldat de l'armée active commet une infraction reliée aux biens de l'État dans les quartiers, camps ou autres lieux où il est stationné, c'est à son chef de corps qu'il appartient d'instruire l'affaire et de traiter l'infraction conformément au droit militaire.

C'est là une indication de la tendance prévalant en Angleterre, tendance adoptée et approuvée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Rex c. Russell* (1951) 1 W.W.R. (N.S.) 585.

A mon sens, ces deux décisions signifient que les infractions perpétrées par le personnel militaire doivent normalement être instruites par les juridictions militaires et non par les autorités civiles et les tribunaux de droit commun. Je ne vois aucune raison logique de limiter la catégorie des infractions militaires aux infractions impliquant les biens publics, comme l'a fait lord Goddard.

Les tribunaux ont toujours refusé d'intervenir dans les affaires des tribunaux militaires par voie de prohibition en cas d'erreurs graves dans les procédures, bien que les mêmes erreurs, commises par une juridiction inférieure de droit commun, eussent été de leur ressort.

Il est intéressant de noter que l'article 201 de la *Loi sur la défense nationale* crée un Tribunal d'appel des cours martiales, chargé d'instruire et

and determine all appeals from the decisions of a Court Martial. The judges of Court Martial Appeal Court are not less than four judges of the Federal Court of Canada and such additional judges of a superior court of criminal jurisdiction as are appointed by the Governor in Council. The Court Martial Appeal Court may disallow or allow an appeal and if the appeal is allowed set aside the finding and direct a finding of not guilty or direct a new trial. This Court may find that a sentence imposed by a Court Martial is illegal but it is precluded from imposing the legal punishment which is done by a reference to the Minister who imposes the legal punishment. Similarly if the appeal is allowed on one charge and confirmed on another the Court does not reduce the sentence but again refers the matter to the Minister for the imposition of a lesser sentence. That the Court Martial Appeal Court is precluded from varying a sentence imposed by a Court Martial is doubtless based on the assumption that service personnel are best qualified to determine the punishment for a service offence and that assumption has been accepted by Parliament.

However, I mention the Court Martial Appeal Court because counsel for the applicants in his submissions that the applicants were denied equality before the law emphasized that the applicants, by being remanded for trial by Court Martial, are precluded from being tried before a judge appointed pursuant to section 96 of *The British North America Act, 1867* and to point out that the judges of the Court Martial Appeal Court are limited to judges so appointed and to the judges of a court established under section 101 "for the better Administration of the Laws of Canada".

As I appreciate the submission of counsel for the applicants it places principal reliance on the decision of the Supreme Court of Canada in *The Queen v. Drybones* [1970] S.C.R. 282. The respondent, Drybones, who was an Indian, was convicted, in the Northwest Territories, of being intoxicated off a reserve, contrary to the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, s. 94(b). There were no reserves in the Northwest Territories. Section 94(b) applied only to Indians. It rendered the respondent guilty of a punishable offence by reason of conduct which would not have been

de juger leurs décisions en appel. Ce tribunal doit se composer d'au moins quatre juges de la Cour fédérale du Canada et, en sus, d'un certain nombre de juges des cours supérieures de juridiction criminelle, nommés par le gouverneur en conseil. Ce tribunal peut accueillir ou rejeter l'appel. Dans le premier cas, il rejette le verdict et ordonne l'enregistrement d'un verdict de non-culpabilité ou la tenue d'un nouveau procès. Le Tribunal peut conclure à l'illégalité d'une condamnation d'une cour martiale, mais il ne peut imposer la sanction légale appropriée, ce qui est réservé au Ministre auquel le Tribunal doit déférer le cas. De même si l'appel est accueilli sur un chef d'accusation, mais rejeté sur un autre, le Tribunal ne peut réduire la sentence; ici encore, il doit déférer le dossier au Ministre qui verra à réduire la peine. Le fait que la loi refuse au Tribunal d'appel des cours martiales le pouvoir de modifier les condamnations de ces cours repose sans aucun doute sur la présomption que l'autorité militaire est la mieux qualifiée pour fixer la sanction à imposer en cas d'infraction militaire, et cette présomption a été acceptée par le Parlement.

J'évoque le Tribunal d'appel des cours martiales parce que le procureur des requérants, soutenant que ceux-ci se sont vus refuser l'égalité devant la loi, a souligné le fait qu'ils ont été traduits devant une cour martiale et privés d'un procès devant un juge nommé en vertu de l'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Mais précisément le Tribunal d'appel des cours martiales n'est composé que de juges nommés en vertu de cet article ainsi que de juges d'une cour constituée en vertu de l'article 101 «pour la meilleure administration des lois du Canada».

Si je comprends bien, le procureur des requérants s'appuie principalement sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *La Reine c. Drybones* [1970] R.C.S. 282. L'intimé, Drybones, un Indien, avait été déclaré coupable, dans les territoires du Nord-Ouest, d'avoir été ivre hors d'une réserve, en infraction à l'article 94b) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, c. 149. Il n'existait pas de réserve dans les territoires du Nord-Ouest. L'article 94b) ne s'appliquait qu'aux Indiens seulement. Il rendait l'intimé coupable d'une infraction pénale pour un acte qui n'aurait pas été passible de

punishable if indulged in by a person not an Indian.

It was felt by the majority that section 94(b) deliberately created a specific type of offence, which could be committed only by an Indian and accordingly an inequality before the law had been created based upon racial grounds.

Section 94(b) was therefore held to be inoperative.

Ritchie J. who delivered the majority reasons was careful to point out at page 298 that while section 94(b) was inoperative because it made an offence punishable at law on account of race, for a person to do something which all Canadians who are not members of that race may do with impunity, the same considerations do not by any means apply to all provisions of the *Indian Act*.

The Attorney General of Canada v. Lavell [1974] S.C.R. 1349 concerned a female Indian who married a non-Indian as a result of which the Registrar struck her name from the Indian Register pursuant to section 12(1)(b) of the *Indian Act*.

At page 1370 Mr. Justice Ritchie distinguished the *Lavell* case from the *Drybones* case by pointing out that in *Drybones* section 94(b) could not be enforced without denying equality of treatment but no such inequality of treatment between Indian men and women follows from the application of section 12(1)(b).

The *ratio decidendi* of the *Lavell* case, as I appreciate it, is that the *Canadian Bill of Rights* is not effective to amend or alter the terms of *The British North America Act, 1867* and the exclusive legislative authority vested in Parliament to legislate in relation to "Indians, and Lands reserved for Indians" could not be effectively exercised without enacting laws establishing qualifications required to entitle persons to enjoy Indian status.

In *Curr v. The Queen* [1972] S.C.R. 889 at 899 Laskin J. (as he then was) considered the extent to which the courts might, under section 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* (the due process of law provision) have power to control substantive feder-

sanction si son auteur n'était pas un Indien.

La majorité de la Cour a été d'avis que l'article 94b) créait délibérément une infraction précise qui ne pouvait être perpétrée que par un Indien et qu'en conséquence il y avait création d'une inégalité devant la loi en vertu de considérations raciales.

L'article 94b) a donc été jugé inopérant.

Le juge Ritchie, qui a rédigé les motifs de la majorité de la Cour, a prudemment fait remarquer, à la page 298, que, quoique l'article 94b) soit inopérant parce qu'était réputé infraction punissable en droit, pour une personne, à cause de sa race, un acte que ses concitoyens canadiens qui ne sont pas de cette race peuvent poser sans encourir aucune sanction, cela est bien loin d'être applicable à toutes les dispositions de la *Loi sur les Indiens*.

Dans l'arrêt *Le Procureur général du Canada c. Lavell* [1974] R.C.S. 1349, une Indienne avait épousé un non-Indien et le registraire avait radié son nom du registre conformément à l'article 12(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*.

A la page 1370, le juge Ritchie distingue l'affaire *Lavell* de l'affaire *Drybones* en faisant remarquer que dans cette dernière, l'article 94b) ne pouvait être appliqué sans priver l'intéressé de l'égalité de traitement, mais que semblable inégalité de traitement entre Indiens et Indiennes ne résultait pas de l'application de l'article 12(1)(b).

A mon avis, la *ratio decidendi* de l'affaire *Lavell*, c'est que la *Déclaration canadienne des droits* ne saurait avoir pour effet de modifier ni de réviser les dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, et que la compétence législative exclusive attribuée au Parlement sur les «Indiens et les terres réservées pour les Indiens» ne peut être exercée en pratique sans adopter des lois fixant les conditions requises pour que tel ou tel individu ait le statut d'Indien.

Dans l'arrêt *Curr c. La Reine* [1972] R.C.S. 889, aux pages 899-900, le juge Laskin (maintenant juge en chef) examinait l'étendue du pouvoir de contrôle des tribunaux en vertu de l'article 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* (la dispo-

al legislation. On the assumption that such power might exist, he said:

... compelling reasons ought to be advanced to justify the Court in this case to employ a statutory (as contrasted with a constitutional) jurisdiction to deny operative effect to a substantive measure duly enacted by a Parliament constitutionally competent to do so, and exercising its powers in accordance with the tenets of responsible government, which underlie the discharge of legislative authority under the *British North America Act*.

In *Regina v. Burnshine* [1975] 1 S.C.R. 693 it was contended that section 150 of the *Prisons and Reformatories Act*, R.S.C. 1970, c. P-21, which permits the courts in British Columbia to impose a punishment greater than that which could otherwise be imposed by a court in other provinces except Ontario and upon a person not within a certain age group was inoperative because it infringed the "equality before the law" provision in section 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

By a majority of six to three it was held that section 1 of the *Canadian Bill of Rights* declared the existence of six defined human rights and freedoms all of which existed under the common law. The Bill did not purport to define new rights and freedoms. Section 2 protected them from infringement by any federal statute. A concept of "equality before the law" giving each the right to insist that no statute could be enacted which did not have application to all persons in all areas of Canada would involve a substantial impairment of the sovereignty of the Parliament of Canada in the exercise of its legislative powers under section 91 of *The British North America Act, 1867* and could only be created by constitutional amendment or by statute. The *Canadian Bill of Rights* does not do this because it declared and continued existing rights. New rights were not created. Its purpose was to prevent infringement of existing rights.

There is no question that military law applicable to members of the armed forces existed prior to the *Canadian Bill of Rights* as it has existed subsequently. The phrase "equality before the law" is to be construed in the light of the law as it

sition sur l'application régulière de la loi) sur le fond même de la législation fédérale. Présumant l'existence d'un tel pouvoir, il a dit:

... il faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par la loi (par opposition à une compétence conférée par la constitution) pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adoptée par un Parlement compétent à cet égard en vertu de la constitution et exerçant ses pouvoirs conformément au principe du gouvernement responsable, lequel constitue le fondement de l'exercice du pouvoir législatif en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Dans l'affaire *Regina c. Burnshine* [1975] 1 R.C.S. 693, on a soutenu que l'article 150 de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, S.R.C. 1970, c. P-21, lequel autorise les juridictions de Colombie-Britannique à imposer une sanction supérieure à celle prévue dans les autres provinces, sauf l'Ontario, à un individu n'appartenant pas à un certain groupe d'âge, serait inopérant parce qu'il violerait la disposition sur «l'égalité devant la loi» de l'article 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Par une majorité de six contre trois, il a été jugé que l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits* proclame l'existence de six libertés et droits de l'homme y définis qui tous existaient en vertu de la *common law*. La déclaration n'a pas pour but de définir de nouveaux droits et de nouvelles libertés. L'article 2 interdit aux lois fédérales de les enfreindre. Une notion d'«égalité devant la loi» donnant à chacun le droit d'exiger qu'aucune loi ne soit adoptée qui ne s'applique à tous les individus dans toutes les régions du Canada supposerait une atteinte grave à la souveraineté du Parlement du Canada dans l'exercice de sa compétence législative sous le régime de l'article 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* et ne pourrait être créée que par un amendement à la constitution ou par une loi. La *Déclaration canadienne des droits* n'a pas cet effet; elle ne fait que proclamer et maintenir des droits préexistants. Elle ne crée pas de nouveaux droits, mais vise à empêcher la violation de droits existants.

Incontestablement, le droit militaire applicable aux membres des Forces armées est antérieur à la *Déclaration canadienne des droits* et n'a pas été modifié. L'expression: «égalité devant la loi» doit être interprétée dans le cadre du droit en vigueur

existed at the time the *Canadian Bill of Rights* was enacted.

Neither can there be any question whatsoever that Parliament in enacting the *National Defence Act* and therein providing a code of discipline applicable exclusively to members of the armed forces and providing a system of courts to enforce that code was enacting legislation within the legislative authority bestowed on Parliament by section 91(7) of *The British North America Act, 1867* the class of subject being "Militia, Military and Naval Service, and Defence". As I have pointed out above for there to be an efficient defence it is axiomatic that there must be discipline in the forces and that that discipline must be enforceable within the service. The legislative purpose is abundantly clear.

In my view what is meant by the concept of "equality before the law" was aptly expressed by Jackett C.J. in *Prata v. M.M. & I.* [1972] F.C. 1405 at pages 1414-15 when he said:

Certainly, the phrase "equality before the law" has always suggested to me that one person must not be treated differently from another *under* the law. It is a novel thought to me that it is inconsistent with the concept of "equality before the law" for Parliament to make a law that, for sound reasons of legislative policy, applies to one class of persons and not to another class. As it seems to me, it is of the essence of sound legislation that laws be so tailored as to be applicable to such classes of persons and in such circumstances as are best calculated to achieve the social, economic or other national objectives that have been adopted by Parliament. Application of a substantive rule of law to one class of persons and not to another cannot, as it seems to me, of itself, be objectionable discrimination from the point of view of section 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. This is not to say that there might not be a law that is essentially discriminatory by reference to some other prejudice, in the same sense as a law can be discriminatory "by reason of race, national origin, colour, religion or sex". Such a law, to the extent that it was thus discriminatory, would not, I should have thought, be a law based on acceptable legislative objectives adopted by Parliament and would, to that extent, run foul of section 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. In connection with any contention that a law was thus in conflict with section 1(b), however, I would, with respect, paraphrase what Laskin J. said in the *Curr* case concerning the wording of section 1(a) and say that the very large words of section 1(b) "signal extreme caution to me when asked to apply them in negation of substantive legislation validly enacted by a Parliament in which the major role is played by elected representatives of the people".

Bearing in mind the clear legislative purpose of the impugned provisions of the *National Defence*

au moment de l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*.

Il ne fait aucun doute d'autre part que le Parlement, en adoptant la *Loi sur la défense nationale* et en instituant un code de discipline applicable seulement aux membres des Forces armées ainsi qu'une juridiction pour l'appliquer, adoptait une loi relevant de la compétence législative attribuée au Parlement par l'article 91(7) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, dans les domaines suivants: «La milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays». Comme je l'ai fait remarquer plus haut, pour une défense nationale efficace, il doit y avoir, cela va de soi, de la discipline au sein de l'armée et celle-ci doit être en mesure de la faire respecter. L'objet de la Loi est parfaitement clair.

A mon avis, le sens de cette notion d'égalité devant la loi a été bien expliqué par le juge en chef Jackett dans l'affaire *Prata c. M.M. & I.* [1972] C.F. 1405, aux pages 1414-15, lorsqu'il dit:

L'expression «l'égalité devant la loi» m'a toujours semblé signifier que les différentes personnes à qui la loi s'applique devaient être traitées de la même façon. Il ne m'est jamais venu à l'esprit que le principe de «l'égalité devant la loi» interdise au Parlement d'adopter, pour des raisons dictées par une saine politique législative, des lois qui s'appliquent à une catégorie de personnes à l'exclusion d'une autre. Il me semble qu'il est de la nature même de la fonction législative de viser à créer des dispositions applicables à des catégories de personnes et dans des circonstances définies de façon à favoriser la réalisation des objectifs nationaux, d'ordre économique, social ou autre, fixés par le Parlement. Le fait qu'une règle de fond s'applique à une catégorie de personnes et non à une autre ne peut pas, à mon sens, constituer en lui-même une discrimination inacceptable aux termes de l'article 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Cela n'empêche pas qu'une loi ne puisse être discriminatoire à d'autres points de vue, de la même manière qu'une loi peut être discriminatoire «quant à la race, l'origine nationale, la couleur, la religion ou quant au sexe». Dans un tel cas, j'estime que la loi correspondrait, dans la mesure où elle présenterait ce caractère discriminatoire, à des objectifs législatifs inacceptables et contraires à l'article 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Mais on me permettra de reprendre, à l'égard de cet argument d'incompatibilité avec l'article 1b), les observations du juge Laskin, dans l'affaire *Curr*, sur les termes de l'article 1a) et de les appliquer aux termes de l'article 1b): «c'est avec une extrême prudence que j'aborde les termes très généraux de l'article 1a) ... lorsqu'on me demande de les appliquer pour annuler des dispositions législatives de fond valablement adoptées par un Parlement dans lequel les représentants élus par le peuple jouent un rôle primordial».

Gardant à l'esprit l'objet législatif fort clair des dispositions attaquées de la *Loi sur la défense*

Act and bearing in mind the remarks of Laskin J. in *Curr v. The Queen* which I have quoted above and as paraphrased by the Chief Justice of this Court quoted in the immediately preceding extract I am of the opinion that it is not my function under the *Canadian Bill of Rights* to prevent the operation of a federal enactment designed to achieve a national objective on the ground that it is applicable to only one class of persons.

As stated by Martland J. in *Regina v. Burnshine* (*supra*) and adapting his language to the circumstances of the present applications, it would be necessary for the applicants, at least, to satisfy me that in enacting the impugned provisions of the *National Defence Act* Parliament was not seeking to achieve a valid federal objective. This was not established, sought to be established or possible of being established.

For the foregoing reasons the applications are dismissed with costs to the respondent if demanded.

In view of the conclusion I have reached it becomes unnecessary for me to consider whether in the circumstances of these particular applications discretion should have been exercised when other remedies were applicable.

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.

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

nationale et retenant aussi les remarques susmentionnées du juge Laskin dans l'arrêt *Curr c. La Reine*, précité, paraphrasées par le juge en chef de la présente cour, cité ci-dessus, je suis d'avis qu'il ne m'appartient pas d'empêcher, en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, l'application d'une loi fédérale visant un objectif national, au motif qu'elle s'applique à une seule catégorie d'individus.

Adaptant à l'instance ce qu'a dit le juge Martland dans l'arrêt *Regina c. Burnshine* (précité), je dirai que les requérants devraient me convaincre, à tout le moins, qu'en adoptant les dispositions contestées de la *Loi sur la défense nationale*, le Parlement ne cherchait pas à atteindre un objectif fédéral valide. Cela n'a pas été établi, on n'a pas cherché à le faire et on ne pourrait y réussir.

Pour les motifs qui précèdent, les requêtes sont rejetées, les dépens allant à l'intimé sur sa demande.

Vu la conclusion à laquelle j'en arrive, je n'ai pas à me demander s'il y aurait eu lieu en l'espèce d'exercer mon pouvoir discrétionnaire alors que d'autres voies de recours sont ouvertes.

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.

A 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'except-

adverse to the applicants the question 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.

Furthermore the right to apply to the Federal Court of Appeal for the review of a decision of a federal tribunal under section 28 of the *Federal Court Act* with respect to the decision of a Court Martial is specifically precluded by virtue of subsection (6). 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.

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.

tion 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.

a

En outre, le droit de demander à la Cour d'appel fédérale de réviser la décision d'une juridiction fédérale en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, lorsqu'il s'agit de la décision d'une cour martiale, est expressément exclu par le paragraphe (6). 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.

b

c

d

e

f

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.