

T-1990-88

T-1990-88

**Michel Généreux (Applicant)**

v.

**General Court Martial and its Members convened on September 29, 1988 by Lt. Gen. J. A. Fox to sit on October 18, 1988 at Canadian Forces Base Valcartier, Courcellette, Quebec, Minister of National Defence, and Lt. Gen. J. A. Fox (Respondents)**

and

**Attorney General of Canada (Mis-en-cause)**

INDEXED AS: GÉNÉREUX v. GENERAL COURT MARTIAL

Trial Division, Dubé J.—Québec, December 19, 1988; Ottawa, January 16, 1989.

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Forces member charged with possession of narcotics for purpose of trafficking — Court martial convened — Prohibition sought on basis Charter, s. 11(d) right to be tried by independent tribunal infringed — Application of criteria in Valente — Tribunal independent — Once convening order issued, tenure of members secure relative to task — As salaries tied to rates fixed by Treasury Board, and no additional remuneration for sitting on court martial, members financially secure — Regulations and Orders containing provisions enabling court martial to maintain complete institutional independence in administrative matters.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Member of armed forces charged with possession of narcotics for purpose of trafficking — Court martial convened — Whether Charter, s. 15 contravened, as civilian charged with same offence entitled to civil trial — Purpose of s. 15 to ensure trial before impartial and independent tribunal — Whether court martial or civil court irrelevant.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Whether creation of court martial justified — Considered for completeness though unnecessary as Charter not infringed — Sufficiently important objective — Means reasonable.*

*Judicial review — Prerogative writs — Prohibition — Armed forces member charged with narcotics offence seeking prohibition against court martial on ground Charter rights breached — Application not premature — Although argument could have been brought before court martial, Court exercising discretion to hear application on merits.*

**Michel Généreux (requérant)**

c.

**Cour martiale générale et ses membres convoquée le 29 septembre 1988 par le lieutenant-général J. A. Fox pour siéger le 18 octobre 1988 à la Base des Forces canadiennes de Valcartier, Courcellette, Québec, le ministre de la Défense nationale et le lieutenant-général J. A. Fox (intimés)**

et

**Procureur général du Canada (mis-en-cause)****RÉPERTORIÉ: GÉNÉREUX c. COUR MARTIALE GÉNÉRALE**

Section de première instance, juge Dubé—Québec, 19 décembre 1988; Ottawa, 16 janvier 1989.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Membre des Forces canadiennes accusé de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic — Convocation d'une cour martiale — Demande d'un bref de prohibition fondée sur le motif qu'il y a eu violation de l'art. 11(d) de la Charte, qui prévoit le droit d'être jugé par un tribunal indépendant — Application des critères de l'affaire Valente — Tribunal indépendant — Une fois l'ordonnance de convocation prononcée, l'inamovibilité des membres est assurée relativement à l'accomplissement de la tâche — Puisque les traitements sont liés aux taux prescrits par le Conseil du Trésor et qu'aucune rémunération additionnelle n'est prévue pour siéger à la cour martiale, les membres jouissent d'une sécurité financière — Les ordonnances et les règlements contiennent des dispositions permettant à la cour martiale de maintenir une indépendance institutionnelle complète, pour les questions administratives.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Membre des Forces armées accusé de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic — Convocation d'une cour martiale — Il s'agit de savoir si l'art. 15 de la Charte a été violé puisqu'une partie civile qui est accusée de la même infraction a droit à un procès civil — L'art. 15 a pour objet d'assurer la tenue d'un procès devant un tribunal impartial et indépendant — Que ce soit une cour martiale ou une cour civile n'a pas d'importance.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — L'établissement d'une cour martiale est-il justifié? — Il n'est pas nécessaire d'apporter d'autres précisions au jugement puisque la Charte n'a pas été violée — Objectif suffisamment important — Moyens raisonnables.*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Prohibition — Un membre des Forces armées accusé d'une infraction relative aux stupéfiants cherche à obtenir un bref de prohibition contre la cour martiale en alléguant que la Charte des droits a été violée — La requête n'est pas prématurée — Bien que la question ait pu être soulevé devant la cour martiale, cette Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire pour entendre la requête au fond.*

*Armed forces — General Court Martial — Whether independent and impartial tribunal under Charter ss. 7, 11(d) — No Charter infringement — Also justified under Charter s. 1.*

This was an application for a writ of prohibition against a General Court Martial in that the equality rights of the applicant were infringed since it was not an independent and impartial tribunal within Charter section 7 and paragraph 11(d). The applicant was charged with possession of a narcotic for the purpose of trafficking. A General Court Martial was convened. The issues were (1) whether the application was premature, since the court martial's lack of jurisdiction was not apparent on the face of the pleadings; (2) whether the court martial was independent; (3) whether the right to equality was threatened, in that civilians charged with the same offence would be entitled to preliminary inquiry, disclosure of evidence, trial by jury, and appeal of the sentence; and (4) whether creation of the court martial was justified under Charter, section 1.

*Held*, the application should be dismissed.

Although the applicant could have challenged the court martial's constitutionality before the court martial, instead of bringing this application in the Federal Court, that would not have dealt with the question more effectively or appropriately. It may be incongruous to expect an applicant to complain to the tribunal itself about its independence.

As to the independence of the court martial, it was necessary to determine whether it could reasonably be perceived as enjoying (1) security of tenure (2) financial security and (3) institutional independence, the three objective conditions of independence set out in *Valente v. The Queen et al.* The regulatory provision providing that any court martial can only be dissolved when it has terminated its proceedings (except in the event of death or disability of one of its members) was sufficient guarantee of tenure to comply with the first condition of *Valente*. The second condition was met, as salaries of officers must be in keeping with rates specified by Treasury Board and there is no additional remuneration for sitting on a court martial. Finally, institutional independence has been described as judicial control over matters such as assignment of judges and sittings. The Queen's Regulations and Orders contain several provisions enabling a court martial to maintain complete institutional independence in administrative matters.

The purpose of section 15 of the Charter is to ensure that a person will be tried before an impartial and independent tribunal. Whether it is a civil court or a court martial does not prevent the applicant from enjoying the equal status mentioned in section 15. Members of the armed forces are subject to certain privileges and duties under the *National Defence Act*, including being tried by court martial. The *National Defence Act* was enacted under the federal government's exclusive legislative authority over the military, which necessarily includes authority to provide for the establishment of courts to enforce such legislation.

*Forces armées — Cour martiale générale — La cour martiale constitue-t-elle un tribunal indépendant et impartial au sens des art. 7 et 11d) — La Charte n'a pas été violée — La cour martiale est également justifiée par l'art. 1 de la Charte.*

Il s'agit en l'espèce d'une demande visant l'obtention d'un bref de prohibition contre une cour martiale générale pour le motif que les droits à l'égalité du requérant ont été violés étant donné que la Cour en question ne constitue pas un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 7 et de l'alinéa 11d) de la Charte. Le requérant était accusé de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic. Une cour martiale générale a été convoquée. Il s'agit de savoir: (1) si la requête était prématurée, puisque l'incompétence de la cour martiale n'était pas évidente à la lecture même des actes de procédure; (2) si la Cour martiale était indépendante; (3) si le droit à l'égalité était menacé, vu que les personnes civiles accusées de la même infraction ont droit à une enquête préliminaire, à la divulgation de la preuve, à un procès devant jury et à un appel contre la peine; et (4) si l'établissement de la cour martiale était justifié par l'article 1 de la Charte.

*Jugement*: la requête doit être rejetée.

Bien que le requérant aurait pu attaquer la constitutionnalité de la cour martiale devant cette dernière au lieu de présenter cette requête devant la Cour fédérale, cela n'aurait pas vidé la question de façon plus efficace et plus appropriée. Il pourrait être incongru de s'attendre à ce qu'un requérant conteste l'indépendance d'un tribunal devant ce dernier.

En ce qui concerne la question de l'indépendance de la cour martiale, il fallait établir si elle pouvait raisonnablement être perçue comme possédant (1) l'inamovibilité (2) la sécurité financière et (3) l'indépendance administrative, soit les trois conditions énoncées dans l'affaire *Valente c. La Reine et autres*. La disposition réglementaire prévoyant qu'une cour martiale ne peut être dissoute que lorsqu'elle a terminé ses délibérations (sauf en cas de décès ou d'invalidité de l'un de ses membres) constituait une garantie suffisante d'inamovibilité pour satisfaire à la première condition de l'affaire *Valente*. La deuxième condition a été satisfaite puisque les traitements des officiers doivent étre conformes aux taux prescrits par le Conseil du Trésor et qu'aucune rémunération additionnelle n'est prévue pour siéger en cour martiale. Enfin, l'indépendance administrative a été définie comme étant un contrôle judiciaire sur les questions telles que l'assignation des juges aux causes et les séances de la Cour. Les Ordonnances et Règlements de La Reine prévoient plusieurs dispositions permettant à une cour martiale de maintenir une indépendance institutionnelle complète pour ce qui est des questions administratives.

L'objet de l'article 15 de la Charte est d'assurer qu'une personne puisse obtenir un procès devant un tribunal impartial et indépendant. Le fait que ce soit une cour civile ou une cour martiale n'empêche nullement le requérant de jouir du statut d'égalité prévu à l'article 15. Les membres des Forces armées ont, aux termes de la *Loi sur la défense nationale*, certains privilèges et certaines obligations, y compris celle d'être jugé par une cour martiale. La *Loi sur la défense nationale* a été édictée en vertu de la compétence législative exclusive du gouvernement fédéral sur le service militaire, ce qui permet nécessairement d'établir des tribunaux chargés de l'application de cette loi.

The Court not having been persuaded that court martials infringe the Charter, it was not strictly necessary to have reference to Charter section 1. For the sake of completeness, however, the criteria set out in *Oakes* were applied to the facts of this case. (1) It was well established by case law that the court martial system is a sufficiently important objective to warrant overriding a right; and (2) the means were reasonable. The latter finding was based on the application of a standard of proportionality containing three components: (a) the creation of courts martial is rationally connected to the objective of maintaining discipline, which is essential to preparedness and morale so that the armed forces could execute its mission; (b) the means impairs the individual's rights or freedom as little as possible, in that soldiers are given the same protection, so far as possible, as they would enjoy in civilian courts; (c) the measure is justified by the intended purposes—any harmful consequences are limited since the applicant enjoys the same protection as he would in the civil courts, and the purpose is of utmost importance since it is connected with discipline within the armed forces, which are necessary to keep the peace and ensure the survival of a democratic society.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, Appendix III, s. 1(b).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 7, 11(d), 15.  
*Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1970, c. C-9.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1), s. 91(7).  
*National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 35 (as am. by S.C. 1985, c. 26, Sch. I, s. 12), 120 (as am. by S.C. 1972, c. 13, s. 73; 1985, c. 19, s. 187, item 5), 129 (as am. by S.C. 1985, c. 26, s. 52), 143, 147 (as am. *idem*, s. 59).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Schick v. The Queen* (1987), 30 C.R.R. 79 (C.M.A.C.); *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Rutherford v. R.* (1983), 26 C.R.R. 225 (C.M.A.C.).

##### CONSIDERED:

*MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245 (C.A.); *Mills v.*

On n'a pas convaincu la Cour que les cours martiales violent la Charte et il n'était pas strictement nécessaire de se référer à l'article 1 de la Charte. À titre indicatif, toutefois, les critères énoncés dans l'arrêt *Oakes* ont été appliqués aux faits de l'espèce. (1) La jurisprudence a bien établi que le régime de cour martiale constitue un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit; et (2) les moyens choisis étaient raisonnables. Cette dernière conclusion était fondée sur l'application d'un baromètre de proportionnalité comportant trois éléments: a) l'établissement de cours martiales doit être relié de façon rationnelle au maintien de la discipline qui est essentielle à l'état de préparation et à la morale, de sorte que les Forces armées puissent remplir leur rôle; b) les moyens choisis doivent être de nature à porter le moins possible atteinte aux droits ou à la liberté de l'individu, de sorte que les militaires jouissent dans la mesure du possible des mêmes protections dont ils jouiraient devant les tribunaux civils; c) la mesure doit être justifiée par les objectifs prévus, c'est-à-dire que les effets préjudiciables sont minimes puisque le requérant jouit de la même protection que devant les tribunaux civils, et l'objectif est d'une importance capitale puisqu'il est relié à la discipline au sein des Forces armées qui sont essentielles au maintien de la paix et à la survivance d'une société démocratique.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 7, 11d), 15.  
*Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 1(b).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1), art. 91(7).  
*Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 35 (mod. par S.C. 1985, chap. 26, annexe I, art. 12), 120 (mod. par S.C. 1972, chap. 13, art. 73; 1985, chap. 19, art. 187, n° 5), 129 (mod. par S.C. 1985, chap. 26, art. 52), 143, 147 (mod., *idem*, art. 59).  
*Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, S.R.C. 1970, chap. C-9.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Schick c. La Reine* (1987), 30 C.R.R. 79 (C.A.C.M.); *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Rutherford c. R.* (1983), 26 C.R.R. 225 (C.A.C.M.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245 (C.A.); *Mills*

*The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369.

## COUNSEL:

*Jean Asselin* and *Guy Cournoyer* for applicant.

No one appearing for respondents.

*Jean-Marc Aubry, Q.C.* and *Richard Morneau* for Attorney General.

## SOLICITORS:

*Goudreau & St-Cyr*, Québec, for applicant.

No entry in record for respondents.

*Deputy Attorney General of Canada* for mis-en-cause.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

DUBÉ J.: The applicant seeks a writ of prohibition against the General Court Martial and its members, convened on September 29, 1988 to try the applicant, on the ground that that Court is not an independent and impartial tribunal within the meaning of section 7 and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] and infringes the equality rights of the applicant as guaranteed by section 15 of the said Charter.

The facts are not in dispute. The applicant was charged on September 20, 1988 with three counts of possession of a narcotic for the purpose of trafficking, and also desertion. The applicant appeared on September 23, 1988 before Lt.-Col. Caron, Royal 22nd Regiment, at Canadian Forces Base Valcartier. On the same day Brig.-Gen. Addy of the Base asked Lt.-Gen. Fox, Commander of the Mobile Command, to convene a court martial, which the latter did on September 26, 1988. The convening order mentions the names of the officers to sit on the Court, a colonel as presiding officer, four officers as members and two others as alternates.

*c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369.

## a AVOCATS:

*Jean Asselin* et *Guy Cournoyer* pour le requérant.

Personne n'a comparu pour les intimés.

*Jean-Marc Aubry, c.r.* et *Richard Morneau* pour le procureur général.

## PROCUREURS:

*Goudreau & St-Cyr*, Québec, pour le requérant.

Aucune inscription ne figure au dossier pour les intimés.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le mis-en-cause.

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE DUBÉ: La présente requête vise l'émission d'un bref de prohibition contre la cour martiale générale et ses membres convoquée le 29 septembre 1988 pour juger le requérant, aux motifs que cette cour ne constitue pas un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 7 et de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)] et porterait atteinte aux droits à l'égalité du requérant tels que garantis par l'article 15 de ladite Charte.

Les faits ne sont pas contestés. Le requérant a été accusé le 20 septembre 1988 de trois chefs d'accusation de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic et également de désertion. Le requérant a comparu le 23 septembre 1988 devant le lieutenant-colonel Caron, Royal 22<sup>e</sup> Régiment, à la Base des Forces canadiennes de Valcartier. Ce même jour le brigadier-général Addy de la Base a demandé au lieutenant-général Fox, commandant de la Force mobile, de convoquer une cour martiale, ce que ce dernier a fait le 26 septembre 1988. L'ordre de convocation mentionne les noms des officiers devant siéger à la cour, soit un colonel à titre de président, de quatre officiers à titre de membres et de deux autres en qualité de substitués.

At the start of the hearing of this application counsel for the applicant made it clear that he was not questioning the impartiality of the members of the court martial, nor was he asking the Court to find the enabling Act, the *National Defence Act*<sup>1</sup> (“the Act”), to be invalid—it would have been necessary to proceed by an action to obtain such a finding—but was asking the Court to issue a writ prohibiting the court martial from sitting as its creation infringed the rights of the applicant.

In section 143 *et seq.* the Act provides that the Minister and such other authorities as he may prescribe may convene General or Disciplinary Courts Martial and appoint officers of the Canadian Armed Forces to them. A General Court Martial—and this is such a court martial—has jurisdiction over military offences and consists of at least five officers. The president must hold at least the rank of colonel or a rank at least equal to that of the accused. Section 147 [as am. by S.C. 1985, c. 26, s. 59] lists persons who may not sit, including the officer convening the court martial, witnesses, the accused’s commanding officer and any person who participated in an investigation into the substance of the charge.

#### 1. Whether application premature

The Attorney General of Canada submits that this application is premature, since the alleged lack of jurisdiction of the court martial is not apparent on the face of the pleadings and in view of the comments of the Supreme Court of Canada in *MacKay v. The Queen*<sup>2</sup> and *Valente v. The Queen et al.*<sup>3</sup> He submitted that where it is not apparent that the court lacks jurisdiction, issuing a writ of prohibition is a matter of discretion and it should not be granted unless other available remedies have been exhausted. He alleged that the obligation to exhaust internal proceedings before applying to an external body is confirmed by the following observations of Beetz J. in *Harelkin v. University of Regina*<sup>4</sup> (at page 593):

Au départ, le procureur du requérant a bien précisé à l’audition de cette requête qu’il ne mettait pas en doute l’impartialité des membres constituant la cour martiale et qu’il ne demandait pas non plus de déclarer invalide la Loi constitutive, la *Loi sur la défense nationale*<sup>1</sup> («la Loi»)—il aurait fallu procéder par voie d’action pour obtenir une telle déclaration—mais qu’il voulait l’émission d’un bref prohibant la cour martiale de siéger, vu que sa constitution brime les droits du requérant.

La Loi prévoit à l’article 143 et suivants que le ministre et les autres autorités qu’il désigne peuvent convoquer des cours martiales générales ou disciplinaires et en nommer membres des officiers des Forces canadiennes. La cour martiale générale—et il s’agit ici d’une cour martiale générale—a compétence en matière d’infraction d’ordre militaire et se compose d’officiers au nombre minimum de cinq. Le président doit détenir au moins le grade de colonel ou un grade au moins égal à celui de l’accusé. L’article 147 [mod. par S.C. 1985, chap. 26, art. 59] énumère les personnes inhabiles à siéger, entre autres l’officier qui a convoqué la cour martiale, les témoins, le commandant de l’accusé et ceux qui ont participé à une enquête concernant le fond de l’accusation.

#### f 1. La requête est-elle prématurée?

Le procureur général du Canada soumet que cette requête est prématurée de la part du requérant, attendu que la prétendue incompétence de la cour martiale n’est pas évidente à la face même des pièces procédurales et compte tenu des commentaires de la Cour suprême du Canada dans les arrêts *MacKay c. La Reine*<sup>2</sup> et *Valente c. La Reine et autres*<sup>3</sup>. Il soumet qu’en l’absence du caractère évident d’incompétence, l’émission d’un bref de prohibition devient discrétionnaire et ne doit être accordé qu’à la suite de l’épuisement des autres recours disponibles. Il allègue que l’obligation d’épuiser les mécanismes internes avant de s’adresser à un organisme externe se trouve confirmé par les propos suivants du juge Beetz dans l’arrêt *Harelkin c. Université de Regina*<sup>4</sup> (à la page 593):

<sup>1</sup> R.S.C. 1970, c. N-4.

<sup>2</sup> [1980] 2 S.C.R. 370.

<sup>3</sup> [1985] 2 S.C.R. 673.

<sup>4</sup> [1979] 2 S.C.R. 561.

<sup>1</sup> S.R.C. 1970, chap. N-4.

<sup>2</sup> [1980] 2 R.C.S. 370.

<sup>3</sup> [1985] 2 R.C.S. 673.

<sup>4</sup> [1979] 2 R.C.S. 561.

The courts should not use their discretion to promote delay and expenditure unless there is no other way to protect a right.

In other words, in the Attorney General's submission, the applicant should have come before the court martial and challenged its constitutionality rather than submitting this application to the Federal Court. In my view, he could have done so. The leading case on this point is the judgment of the Federal Court of Appeal in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*,<sup>5</sup> which held that a tribunal which has jurisdiction under its enabling Act to rule on a question of law "does not lose that jurisdiction because the question of law to be decided involves considerations which call for applying a provision of the Charter" [at page 256].

On the other hand, I strongly doubt that this procedure would have dealt with the question more effectively or appropriately than the means used by the applicant. Moreover, *MacKay* and *Harelikin* cited by the Attorney General antedate the Charter. I am more inclined, following more recent decisions, to exercise my discretion and consider *a priori* whether a writ of prohibition should issue before the court martial is held.

It must be noted that the applicant is challenging the independence of the court martial and relying on the provisions of paragraph 11(d) of the Charter by which any accused has the right to be tried by an independent and impartial tribunal. Lamer J. of the Supreme Court of Canada said the following in *Mills v. The Queen*<sup>6</sup> about an accused who complained of the delay in his trial (at page 887):

One can readily understand that it appears incongruous to tell an accused that he or she must wait until trial to complain about a delay in coming to trial (s. 11(b)). The incongruity would be all the more pronounced were the accused to be directed to the court, whose process was alleged to be biased under s. 11(d) . . . .

The same Judge returned to the point in *R. v. Rahey*,<sup>7</sup> again concerning a reasonable time period (at pages 603-604):

<sup>5</sup> [1989] 2 F.C. 245.

<sup>6</sup> [1986] 1 S.C.R. 863.

<sup>7</sup> [1987] 1 S.C.R. 588.

Les cours ne doivent pas se servir de leur pouvoir discrétionnaire pour favoriser les retards et les dépenses à moins qu'elles ne puissent faire autrement pour protéger un droit.

En d'autres mots, selon le procureur général, le requérant aurait dû se présenter devant la cour martiale et attaquer sa constitutionnalité au lieu de présenter cette requête devant la Cour fédérale. À mon sens, il aurait pu le faire. L'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*<sup>5</sup>, fait autorité en la matière, à savoir qu'un tribunal qui de par sa loi constitutive, a la compétence pour se prononcer sur une question de droit «ne perd pas cette compétence parce que la question de droit à décider implique des considérations qui mettent en jeu l'application d'une disposition de la Charte» [à la page 256]

Par contre, je doute fort que cette procédure aurait vidé la question de façon plus efficace et plus appropriée que le moyen emprunté par le requérant. D'ailleurs, les arrêts *MacKay* et *Harelikin* cités par le procureur général précèdent l'arrivée de la Charte. Des décisions plus récentes me portent plutôt à exercer mon pouvoir discrétionnaire et de considérer *a priori* l'opportunité d'émettre un bref de prohibition avant la tenue de l'instruction de la cour martiale.

Il faut retenir que le requérant attaque l'indépendance de la cour martiale et se réclame des dispositions de l'alinéa 11d) de la Charte selon lequel tout inculpé a le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Le juge Lamer de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mills c. La Reine*<sup>6</sup> disait ceci relativement à un prévenu qui se plaignait du retard de son procès (à la page 887):

On peut facilement comprendre qu'il serait incongru de dire au prévenu d'attendre le procès pour se plaindre du retard à tenir le procès (al. 11b)). L'incongruité serait encore plus grande si on devait dire au prévenu de s'adresser au tribunal dont les voies de droit seraient entachées de partialité au sens de l'al. 11d) . . . .

Ce même juge est revenu à la charge dans l'affaire *R. c. Rahey*<sup>7</sup>, toujours relativement à un délai raisonnable (à la page 604):

<sup>5</sup> [1989] 2 C.F. 245.

<sup>6</sup> [1986] 1 R.C.S. 863.

<sup>7</sup> [1987] 1 R.C.S. 588.

The clearest, though not necessarily the only, instances where there is a need for the exercise of such jurisdiction are those where there is as yet no trial court within reach and the timeliness of the remedy or the need to prevent a continuing violation of rights is shown, and those where it is the process below itself which is alleged to be in violation of the *Charter's* guarantees.

The two preceding judgments were recently followed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Gamble*.<sup>8</sup> Wilson J. said the following regarding the *habeas corpus* remedy and the attitude of respondent (at page 635):

Although the respondent is quite right in pointing out that the *Charter* does not create a "parallel system for the administration of *Charter* rights over and above the machinery already available for the administration of justice" and that the court's new responsibilities under s. 24(1) can "be fitted into the existing scheme of Canadian legal procedure" (*Mills*, at pp. 971 and 953), he does no credit to that existing system by attempting to place procedural roadblocks in the way of someone like the appellant who is seeking to vindicate one of the citizens' most fundamental rights in the traditional and appropriate forum.

On the presumption of statutory constitutionality and hence the argument that the court martial's lack of jurisdiction is not apparent, in view of the existence of the *National Defence Act*, Beetz J. of the Supreme Court of Canada said the following in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*<sup>9</sup> (at page 122):

... the innovative and evolutive character of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* conflicts with the idea that a legislative provision can be presumed to be consistent with the *Charter*.

I therefore feel that I must consider the application at bar and determine at this stage whether the court martial infringes the applicant's rights under sections 7, 11(d) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

## 2. Independence of court martial

In accordance with the provisions of paragraph 11(d) of the *Charter*, the applicant is entitled to be tried by an impartial and independent tribunal. In *Valente*, *supra*, the Supreme Court of Canada indicated the guidelines to be used in determining whether a tribunal is independent. To begin with, Le Dain J. made a distinction between indepen-

Les exemples les plus clairs, mais non nécessairement les seuls, de cas où il faut exercer cette compétence se présentent lorsque l'affaire n'est pas encore parvenue devant la juridiction de jugement et qu'on a démontré l'opportunité de la réparation ou la nécessité d'empêcher que se poursuive une violation de droits, ou encore lorsqu'on allègue que ce sont les procédures elles-mêmes devant le tribunal d'instance inférieure qui portent atteinte aux garanties de la *Charte*.

Les deux jugements précédents ont été repris récemment par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Gamble*<sup>8</sup>. Le juge Wilson s'exprimait ainsi relativement au recours à l'*habeas corpus* et à l'attitude de l'intimée (à la page 635):

Bien que l'intimée ait raison de dire que la *Charte* ne crée pas «un système parallèle pour l'administration des droits conférés par celle-ci qui viendra s'ajouter aux mécanismes déjà existants d'administration de la justice» et que les nouvelles responsabilités de la cour en vertu du par. 24(1) peuvent «s'insérer dans le système actuel de la procédure judiciaire canadienne» (*Mills*, aux pp. 971 et 953), elle ne sert guère le système actuel quand elle cherche à placer des barrières de procédure sur le chemin de quelqu'un qui, à l'instar de l'appelante, cherche à faire valoir l'un des droits les plus fondamentaux du citoyen devant le tribunal traditionnellement compétent.

Relativement à la présomption de constitutionnalité d'une loi et donc à la prétention que l'incompétence de la cour martiale n'est pas évidente, vu l'existence de la *Loi sur la défense nationale*, le juge Beetz de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*<sup>9</sup> déclarait ce qui suit (à la page 122):

... le caractère innovateur et évolutif de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'oppose à la notion voulant qu'une disposition législative puisse être présumée conforme à celle-ci.

En conséquence, je crois devoir considérer la présente requête et déterminer à ce stage si la cour martiale ne brime pas les droits du requérant en vertu des articles 7, 11(d) et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

## 2. L'indépendance de la cour martiale

En conformité des dispositions de l'alinéa 11(d) de la *Charte*, le requérant a le droit d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant. La Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Valente* précité a formulé les critères servant à déterminer l'indépendance d'un tribunal. Au départ, le juge Le Dain a établi une distinction entre l'indépendance et l'im-

<sup>8</sup> [1988] 2 S.C.R. 595.

<sup>9</sup> [1987] 1 S.C.R. 110.

<sup>8</sup> [1988] 2 R.C.S. 595.

<sup>9</sup> [1987] 1 R.C.S. 110.

dence and impartiality. He recalled the definition of reasonable apprehension of bias as stated by de Grandpré J. in the Supreme Court of Canada judgment in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*,<sup>10</sup> namely that “the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information.”

The applicant is not challenging the impartiality of the court martial here, but its independence. In *Valente* the Supreme Court had to determine whether a judge sitting on the Ontario Provincial Court was an independent tribunal within the meaning of paragraph 11(d) of the Charter. The Court found that a tribunal can be regarded as independent within the meaning of that paragraph if it may be reasonably perceived as enjoying three essential objective conditions or guarantees, namely security of tenure, financial security and institutional independence.

(a) Security of tenure

In *Valente* the Court defined the essence of security of tenure as follows (at page 698):

The essence of security of tenure for purposes of s. 11(d) is a tenure, whether until an age of retirement, for a fixed term or for a specific adjudicative task, that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner.

Article 111.08 of the Queen’s Regulations and Orders provides that any court martial can only be dissolved in the following circumstances:

Unless dissolved under article 112.64 (Death or Disability of Members or Other Persons), a court martial shall be deemed to be dissolved when it has terminated its proceedings in accordance with (19)(a) or 21(e)(i) of article 112.05 in respect of all accused it may try.

The applicant alleged that the officers sitting on the court martial, unlike judges of the Provincial, Superior and other Courts, only sit rarely and on a part-time basis. They have no stability of employment. They are easily replaceable and are in fact replaced by other officers. They are subject to the discipline of the military hierarchy. They only sit when they are convened by their superiors.

<sup>10</sup> [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394.

partialité. Il a rappelé la définition de la crainte raisonnable d’impartialité telle qu’énoncée par le juge de Grandpré dans l’arrêt de la Cour suprême du Canada, *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l’énergie et autres*<sup>10</sup>, à savoir que «la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d’une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet».

Le requérant n’attaque pas ici l’impartialité de la cour martiale mais bien son indépendance. Dans *Valente*, la Cour suprême avait à déterminer si un juge siégeant à la Cour provinciale de l’Ontario constituait un tribunal indépendant au sens de l’alinéa 11(d) de la Charte. La Cour a décrété qu’un tribunal peut être considéré comme indépendant au sens de cet alinéa s’il peut raisonnablement être perçu comme possédant trois conditions ou garanties objectives essentielles, à savoir l’immovibilité, la sécurité financière et l’indépendance administrative.

a) L’immovibilité.

Dans *Valente*, la Cour a défini en ces termes (à la page 698) l’essence de la caractéristique d’immovibilité:

L’essence de l’immovibilité pour les fins de l’al. 11(d), que ce soit jusqu’à l’âge de la retraite, pour une durée fixe, ou pour une charge *ad hoc*, est que la charge soit à l’abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l’exécutif ou de l’autorité responsable des nominations.

L’article 111.08 des Ordonnances et Règlements prévoit que toute cour martiale ne peut être dissoute que dans les circonstances suivantes:

À moins qu’elle ne soit dissoute aux termes de l’article 112.64 (Décès ou invalidité de membres ou d’autres personnes), une cour martiale est réputée dissoute lorsqu’elle a terminé ses délibérations en conformité du paragraphe (19)(a) ou (21)(e)(i) de l’article 112.05 au sujet de tout accusé qu’elle peut juger.

Le requérant allègue que les officiers siégeant à la cour martiale, contrairement aux juges des cours provinciales, supérieures ou autres, ne siègent que rarement et à temps partiel. Ils ne jouissent d’aucune stabilité d’emploi. Ils sont facilement remplaçables et effectivement remplacés par d’autres officiers. Ils sont soumis à la discipline de la hiérarchie militaire. Ils ne siègent que lorsqu’ils sont convoqués par leurs supérieurs.

<sup>10</sup> [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394.

This question of the court martial's independence has already been dealt with in depth by Cavanagh J. of the Court Martial Appeal Court of Canada in *Schick v. The Queen*.<sup>11</sup> I need only cite this passage from page 86 C.R.R.:

Here the members of the court martial were appointed pursuant to the convening order to try this particular case. Once the order was issued, the tenure of each of the members became fully secure insofar as the performance of that task was concerned. Article 112.14 of Queen's Regulations and Orders, pursuant to s. 163 of the *National Defence Act*, only provides for the removal of any one or more of the members or alternate members of a court martial upon objection for cause by the accused. There is no mechanism or authority for otherwise removing a member of the court once he has been appointed. By art. 111.08, the court, once convened, continues to exercise its function independently of the convening authority, until it has terminated its proceedings and cannot be dissolved except pursuant to the provisions of art. 112.64 which only provides for the court being dissolved upon reduction below the required number of members by reason of one or more of the members dying or being unable to act. There is thus full compliance with the first essential condition of judicial independence mentioned in the *Valente* case.

I should add that this judgment rendered on behalf of the other members of the Court was signed on May 25, 1987 and refers to the Charter and to the *Valente* judgment, *supra*. The Court Martial Appeal Court of Canada consists of judges of the Federal Court and the Superior Courts of the provinces. I adopt this unanimous decision in *Schick*, not only from judicial comity, but also because it reflects my own conclusions in the case at bar.

(b) Financial security

On the second criterion, financial security, I return to the starting-point, namely the definition given by Le Dain J. in *Valente* (at page 704):

That means security of salary or other remuneration, and, where appropriate, security of pension. The essence of such security is that the right to salary and pension should be established by law and not be subject to arbitrary interference by the Executive in a manner that could affect judicial independence. In the case of pension, the essential distinction is between a right to a pension and a pension that depends on the grace or favour of the Executive.

As section 35 [as am. by S.C. 1985, c. 26, Sch. I, s. 12] of the Act indicates, the pay and allowances of officers must be in keeping with the rates specified by the Treasury Board. The Act and the

Cette question d'indépendance de la cour martiale a déjà été traitée à fond par le juge Cavanagh de la Cour d'appel des cours martiales du Canada dans l'affaire *Schick c. La Reine*<sup>11</sup>. Qu'il me suffise de citer ce passage tiré de la page 86 C.R.R.:

En l'espèce, les membres de la cour martiale ont été désignés conformément à l'ordonnance de convocation du tribunal pour instruire la présente affaire. Une fois l'ordonnance émise, la stabilité de chacun des membres de la cour martiale était pleinement assurée pour les fins de cette charge. En vertu de l'article 163 de la *Loi sur la défense nationale*, l'article 112.14 des ORFC ne prévoit que la révocation d'un ou de plusieurs membres, ou de remplaçants, sur récusation pour cause de la part de l'accusé. Aucun mécanisme ni aucune autorité ne prévoient d'autre mode de révocation d'un membre de la Cour une fois qu'il a été nommé. Selon l'article 111.08, la Cour, une fois convoquée, continue d'exercer ses fonctions jusqu'à l'issue des procédures, indépendamment de l'autorité qui l'a convoquée, et elle ne peut être dissoute qu'en vertu de l'article 112.64, lequel prévoit cette dissolution, faute de quorum, à la suite du décès ou de l'incapacité d'agir d'un ou plusieurs de ses membres. La première condition essentielle pour l'indépendance judiciaire, établie dans l'arrêt *Valente*, se trouve donc parfaitement remplie.

Je me dois d'ajouter que ce jugement prononcé au nom des autres membres de la Cour a été signé le 25 mai 1987 et se réfère à la Charte ainsi qu'au jugement *Valente* précité. La Cour d'appel des cours martiales du Canada est formée de juges de la Cour fédérale et des cours supérieures des provinces. J'adopte cette décision unanime dans l'affaire *Schick*, non seulement par collégialité, mais également parce qu'elle reflète mes propres conclusions en l'espèce.

b) La sécurité financière.

Quant au deuxième critère, la sécurité financière, je reviens au point de départ à savoir la définition du juge Le Dain à ce sujet dans *Valente* (à la page 704):

Cela veut dire un traitement ou autre rémunération assurés et, le cas échéant, une pension assurée. Cette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire. Dans le cas de la pension, la distinction essentielle est entre un droit à une pension et une pension qui dépend du bon vouloir ou des bonnes grâces de l'exécutif.

Comme le veut l'article 35 [mod. par S.C. 1985, chap. 26, annexe I, art. 12] de la Loi, le solde et les allocations des officiers doivent être conformes aux taux prescrits par le Conseil du Trésor. La Loi et

<sup>11</sup> (1987), 30 C.R.R. 79.

<sup>11</sup> (1987), 30 C.R.R. 79.

Regulations and Orders do not provide for any additional pay for an *ad hoc* assignment such as sitting on a court martial. Such an assignment is simply a part of an officer's duties. The same is true of the entitlement to a pension, which is covered by the *Canadian Forces Superannuation Act*.<sup>12</sup> Like salary, this right is not affected by the fact that an officer sits on a court martial from time to time. In *Schick, supra*, Cavanagh J. said in this regard (at pages 86-87):

The second essential condition mentioned at p. 216 of the report is that of financial security for the members of the tribunal. That is hardly applicable in the case at bar. The officers named to the court martial continued to draw their salaries; they were only there to complete their task as members of the court martial and then would revert to their ordinary occupation. There is no evidence to suggest that their salaries would be affected, nor is there any authority pursuant to which their salaries could legally be affected, as a result of the exercise of their judicial functions as members of the court martial.

### (c) Institutional independence

I turn now to the third criterion, that of institutional independence. Once again reference must be made to *Valente*, where Le Dain J. clarified his position on this criterion (at page 709):

Judicial control over the matters referred to by Howland C.J.O.—assignment of judges, sittings of the court and court lists—as well as the related matters of allocation of court rooms and direction of the administrative staff engaged in carrying out these functions, has generally been considered the essential or minimum requirement for institutional or “collective” independence. See Lederman, “The Independence of the Judiciary” in *The Canadian Judiciary* (1976, ed. A. M. Linden), pp. 9-10; Deschênes, *Masters in their own house*, pp. 81 and 124.

I have already explained that a court martial consists of between five and nine officers presided over by an officer holding the rank of colonel, or higher as the case may be. Additionally, the Act provides for the appointment of a judge advocate to rule on points of law or mixed points of law and fact. All members of the court martial and the judge advocate must take the oath, swearing to administer justice in accordance with law, without bias or favour.

<sup>12</sup> R.S.C. 1970, c. C-9.

les Ordonnances et Règlements ne prévoient pas de rémunération additionnelle relative à une charge ad hoc, telle celle de siéger à une cour martiale. Cette fonction fait tout simplement partie des devoirs d'un officier. Il en va de même du droit à la pension, lequel est prévu à la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*<sup>12</sup>. Tout comme le salaire, ce droit n'est pas affecté du fait qu'un officier siège de temps à autre à une cour martiale. Voici ce que le juge Cavanagh écrivait à ce chapitre dans l'affaire *Schick* précitée (aux pages 86 et 87):

La deuxième condition essentielle mentionnée à la page 704 (C.C.C. 216) de l'arrêt est la sécurité financière des membres du tribunal. Cette condition s'appliquerait difficilement en l'espèce. Les officiers nommés pour siéger à la cour martiale continuent de toucher leur salaire; ils ne siègent que pour jouer leur rôle de membre de la cour martiale, mais vont ensuite revenir à leur poste habituel. Aucun élément de preuve ne permet de croire que leur salaire sera touché, et aucune autorité ne permet de conclure qu'il pourrait l'être, parce qu'ils ont rempli leurs fonctions judiciaires, en tant que membres de la cour martiale.

### c) L'indépendance administrative.

Je passe maintenant au troisième critère, celui de l'indépendance administrative. Encore une fois, il faut revenir à l'arrêt *Valente* où le juge Le Dain précise sa pensée relativement à ce critère (à la page 709):

Le contrôle judiciaire sur les questions mentionnées par le juge en chef Howland, savoir l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l'allocation de salles d'audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions, a généralement été considéré comme essentiel ou comme une exigence minimale de l'indépendance institutionnelle ou «collective». Voir Lederman, «The Independence of the Judiciary», dans *The Canadian Judiciary* (1976, ed. A. M. Linden), aux pp. 9 et 10; Deschênes, *Maîtres chez eux*, aux pp. 83, 84 et 130.

J'ai déjà expliqué qu'une cour martiale est composée d'un nombre variant entre cinq et neuf officiers et présidée par un officier détenant le grade de colonel, ou plus élevé selon le cas. De plus, la Loi prévoit la désignation d'un juge-avocat chargé de statuer sur les questions de droit ou sur les questions mixtes de droit et de fait. Tous les membres de la cour martiale, ainsi que le juge-avocat, doivent prêter le serment, jurant d'administrer dûment la justice en conformité de la loi, sans partialité, faveur ni affection.

<sup>12</sup> S.R.C. 1970, chap. C-9.

Subsection 112.54(1) of the Regulations and Orders provides that the president of a court martial shall: (a) ensure that the trial is conducted in an orderly fashion and in a manner befitting a court of justice; (b) be responsible for the proper performance of the duties of the court during the trial; and (c) if there is no judge advocate, be responsible for the compilation and completion of the minutes of the proceedings of the court and the custody of exhibits.

The Court Martial Appeal Court of Canada held in *Schick* that this criterion applied especially to the position of provincial judge in *Valente*. Members of the court martial are appointed only for one case and subsequently return to their military duties.

Additionally, chapter 112 of the Regulations and Orders contains several provisions enabling a court martial, once created, to maintain complete institutional independence in administrative matters directly affecting it. Further, order 111-1 of the Canadian Forces Administrative Orders also contains directions of an administrative nature regarding courts martial.

### 3. Whether right to equality threatened

The second aspect of the application is a claim that the court martial cannot try the applicant on charges of possession of narcotics for purposes of trafficking under the jurisdiction conferred by section 120 [as am. by S.C. 1972, c. 13, s. 73; 1985, c. 19, s. 187, item 5] of the *National Defence Act*, because that jurisdiction infringes the applicant's equality rights as guaranteed by section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Subsection 15(1) of the Charter reads as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

In this connection the applicant maintained that these provisions of the Charter give him an opportunity and a right to be tried by an ordinary court

Le paragraphe 112.54(1) des Ordonnances et Règlements prescrit qu'il incombe au président de prendre les dispositions suivantes: a) de faire en sorte que le procès soit dirigé avec ordre et d'une façon digne d'une cour de justice; b) de veiller à ce que la cour s'acquitte comme il faut de ses fonctions pendant le procès; et c) en l'absence de juge-avocat, de veiller à la préparation et à la mise au point définitive du procès-verbal, des délibérations de la cour et à la garde des pièces.

La Cour d'appel des cours martiales du Canada a considéré dans *Schick* que ce critère s'appliquait surtout au poste de juge provincial dans l'affaire *Valente*. Pour ce qui a trait aux membres de la cour martiale, ceux-ci ne sont nommés que pour une cause et par après ils reprennent leurs fonctions militaires.

Par ailleurs, le chapitre 112 des Ordonnances et Règlements prévoit plusieurs dispositions permettant à une cour martiale de maintenir, une fois établie, une indépendance institutionnelle complète pour les questions administratives les touchant directement. De plus, l'ordonnance 111-1 des Ordonnances administratives applicables aux Forces canadiennes prescrit également des instructions de nature administrative touchant les cours martiales.

### f 3. Le droit à l'égalité est-il menacé?

Le deuxième volet de la requête est à l'effet que la cour martiale ne peut juger le requérant relativement aux accusations de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic en vertu de la juridiction prévue à l'article 120 [mod. par S.C. 1972, chap. 13, art. 73; 1985, chap. 19, art. 187, item 5] de la *Loi sur la défense nationale* parce que cette juridiction porte atteinte aux droits à l'égalité du requérant tels que garantis par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le paragraphe 15(1) de la Charte se lit comme suit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

À ce chapitre, le requérant prétend que ces dispositions de la Charte lui donnent l'opportunité et le droit d'être jugé par un tribunal de droit

of law for offences falling under the ordinary law. Since this offence is not a military one, the applicant argued that like all other non-military Canadians he is entitled to a preliminary inquiry, disclosure of evidence, trial by jury, appeal of the sentence—in short, a civil trial.

In my opinion, the essential purpose of section 15 of the Charter is to ensure that a person will be tried before an impartial and independent tribunal. The fact that this tribunal is a civil court or a court martial in no way prevents the applicant from enjoying the equal status mentioned in section 15. Members of the armed forces are subject to the *National Defence Act*, and that Act contains certain privileges and certain duties, including that of being tried by a court martial. In *MacKay, supra*, Ritchie J., speaking for a majority of the Supreme Court of Canada, said the following in respect of a similar argument based on paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III] (at pages 390-391):

The main contention of the appellant for reliance on s. 1(b) was, as I understood it, directed to a submission that the provisions of the *National Defence Act* deprived the appellant of his right to equality before the law which is guaranteed by that section in that he is exposed to trial in a different court (i.e. a court martial) from other citizens. In considering this and the other submissions made by the appellant, I think it should first be observed that the *National Defence Act*, pursuant to which the charges were laid in this case, is legislation enacted in fulfilment of the legislative obligation assigned to Parliament by s. 91(7) of the *British North America Act* which provides that:

... the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to ...

7. Militia, Military and Naval Service, and Defence.

This authority must, in my opinion, include the authority to enact legislation for regulation and control of the behaviour and discipline of members of the services and this in turn includes the making of provision for the establishment of courts to enforce such legislation.

This is obviously legislation enacted for the purpose of achieving a valid federal objective and it deals with a particular class of individuals who are members of the services.

Though this judgment was rendered before the Charter came into effect, Le Dain J. referred to it in *Valente* and he did not say that the advent of the Charter had changed the position.

commun relativement aux infractions relevant de la loi ordinaire. Vu qu'il ne s'agit pas ici d'une offense militaire, le requérant prétend qu'il a droit, tout comme les autres Canadiens non militaires, à une enquête préliminaire, une divulgation de preuve, un procès devant jury, un appel sur la sentence, etc., bref à un procès civil.

À mon sens, l'objet essentiel de l'article 15 de la Charte est d'assurer qu'une personne puisse obtenir un procès devant un tribunal impartial et indépendant. Le fait que ce tribunal soit une cour civile ou une cour martiale n'empêche nullement le requérant de jouir du statut d'égalité prévu à l'article 15. Les membres des forces armées sont assujettis à la *Loi sur la défense nationale* laquelle Loi comporte certains privilèges et certaines obligations, y compris celle d'être jugé par une cour martiale. Dans l'affaire *MacKay* précitée, le juge Ritchie, au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada, écrivait ceci relativement à un argument semblable basé sur l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III] (aux pages 390 et 391):

Le principal argument de l'appellant pour invoquer l'al. 1b) est, si j'ai bien compris, que les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* le privent de son droit à l'égalité devant la loi que garantit cet alinéa parce qu'il peut être jugé par un tribunal (c.-à-d. une cour martiale) différent de celui qui peut juger les autres citoyens. Dans l'examen de ce point et des autres prétentions de l'appellant, il faut d'abord faire remarquer que la *Loi sur la défense nationale*, en vertu de laquelle les accusations ont été portées en l'espèce, est une loi édictée en application de l'obligation de légiférer assignée au Parlement par le par. 91(7) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui dispose:

... l'autorité législative exclusive du Parlement s'étend à ...

7. La milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays.

Ce pouvoir doit, à mon avis, comporter celui d'édicter des lois pour réglementer et régir la conduite et la discipline des membres des forces armées, ce qui implique en conséquence l'adoption de dispositions établissant des tribunaux chargés de leur application.

Il s'agit là de toute évidence d'une loi adoptée en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier, qui vise une catégorie particulière d'individus, savoir les membres des forces armées.

Même si ce jugement a été rendu avant l'arrivée de la Charte, le juge Le Dain s'y est référé dans *Valente* et il n'a pas dit que l'avènement de la Charte changeait la situation.

4. Whether creation of the court martial justified

Having said this, and as the applicant has not persuaded me that the purpose or consequences of the existence of a court martial infringes the Charter, it is not strictly necessary for me to refer to section 1 of the Charter in order to show that the applicant's rights may be subjected to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. However, in the event that I am wrong and in any case to make this judgment more complete, I will try to apply the criteria of analysis set out by Dickson C.J. in the well-known case of *The Queen v. Oakes*<sup>13</sup> to determine whether the establishment of a court martial is justified.

In that case the Court held that, to determine whether a limitation is reasonable and can be demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be applied. First, the objective must be sufficiently important to warrant overriding a right, and second, the means must be reasonable and demonstrably justified.

(a) Whether objective sufficiently important

It must be noted at the outset that subsection 91(7) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)] gives the federal Parliament the power to create a court of law dealing with "Militia, Military and Naval Service, and Defence." It will suffice to cite this passage from *MacKay, supra* (at page 390):

This authority must, in my opinion, include the authority to enact legislation for regulation and control of the behaviour and discipline of members of the services and this in turn includes the making of provision for the establishment of courts to enforce such legislation.

On the need to impose discipline and establish courts martial in the armed forces, it is worth reproducing certain relevant and eloquent passages

4. L'établissement d'une cour martiale est-il justifié?

Ceci étant dit et le requérant ne m'ayant pas convaincu que le régime de cour martiale porte atteinte par son objet ou ses effets à la Charte, il n'est pas strictement nécessaire que je me réfère à l'article 1 de la Charte afin de démontrer que les droits du requérant peuvent être restreints dans des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Par contre, au cas où je sois dans l'erreur et à tout événement pour mieux arrondir ce jugement, je vais tenter d'appliquer les critères d'analyse exposés par le juge en chef Dickson dans l'arrêt bien connu *La Reine c. Oakes*<sup>13</sup> pour déterminer si l'établissement d'une cour martiale est justifié.

Dans cet arrêt, la Cour a décidé que, pour établir si une restriction est raisonnable et si sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut appliquer deux critères fondamentaux. Dans un premier temps, l'objectif doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit et, en deuxième lieu, les moyens choisis doivent être raisonnables et leur justification doit être démontrable.

a) L'objectif est-il suffisamment important?

Au départ, il faut retenir que le paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*)] accorde au Parlement fédéral le pouvoir d'établir une cour de justice relative à «La milice, le service militaire et le service naval et la défense du pays.» Qu'il suffise de citer ce passage de l'arrêt *MacKay* précité (à la page 390):

Ce pouvoir doit, à mon avis, comporter celui d'édicter des lois pour réglementer et régir la conduite et la discipline des membres des forces armées, ce qui implique en conséquence l'adoption de dispositions établissant des tribunaux chargés de leur application.

Quant à la nécessité d'imposer la discipline et d'établir des cours martiales au sein des forces armées, il convient de reproduire certains passages

<sup>13</sup> [1986] 1 S.C.R. 103.<sup>13</sup> [1986] 1 R.C.S. 103.

from the majority judgments in *MacKay*—first, a passage from Ritchie J. (at page 398):

The necessity of recognizing that a separate code of law administered within the services is an essential ingredient of service life has been appreciated since the earliest days, and in my view the administration of the *National Defence Act* must be considered in light of the history and development of that code.

Somewhat further on McIntyre J., writing for Dickson J. [as he then was], also said this (at page 402):

Since very early times it has been recognized in England and in Western European countries which have passed their legal traditions and principles to North America that the special situation created by the presence in society of an armed military force, taken with the special need for the maintenance of efficiency and discipline in that force, has made it necessary to develop a separate body of law which has become known as military law. The development of this body of law included, sometimes in varying degree but always clearly recognized, a judicial role for the officers of the military force concerned.

Finally, he added at pages 404-405:

The practical necessities of the service require the performance of this function by officers of the service and I find no offence to the *Canadian Bill of Rights* in this respect. I would add that there now exists a Court Martial Appeal Court, a professional Court of Appeal with a general appellate jurisdiction over the courts martial. This is, in my view, a significant safeguard and its creation is a realistic and practical step toward the provision of that protection which is required in the circumstances.

Once again, it is true that *MacKay* was rendered before the advent of the Charter. However, the Supreme Court had to decide whether the existence of the court martial was invalid under the *Canadian Bill of Rights*, and a majority answered that it was not. Further, all the foregoing statements were incorporated by Le Dain J. in the *Valente* decision, a judgment rendered after the advent of the Charter. In *MacKay*, Ritchie and McIntyre JJ. emphasized the very old tradition of a separate system of military justice administered by courts martial. Both also pointed out that the status of the Court Martial Appeal Court and its independence from the armed forces added additional safeguards for the accused, who remains innocent until proven guilty.

Fortified by these eminent authorities, I have no doubt that the court martial system is a sufficient-

pertinents et éloquents des jugements majoritaires dans *MacKay*. D'abord un passage du juge Ritchie (à la page 398):

On reconnaît depuis toujours la nécessité d'appliquer un code distinct au sein des forces armées comme un ingrédient essentiel de la vie militaire et, à mon avis, l'application de la *Loi sur la défense nationale* doit être étudiée à la lumière de l'histoire et de l'évolution de ce code.

Un peu plus loin le juge McIntyre, écrivant également au nom du juge Dickson [tel était alors son titre], disait ceci (à la page 402):

Depuis très longtemps, on reconnaît en Angleterre et dans les pays d'Europe occidentale, qui ont transmis leurs traditions et principes juridiques à l'Amérique du Nord, que la situation particulière que crée la présence dans la société d'une force militaire armée, jointe aux impératifs d'efficacité et de discipline de cette force, a exigé l'élaboration d'un droit distinct que l'on a appelé droit militaire. A des degrés divers parfois, mais toujours clairement, ce droit distinct a reconnu un rôle judiciaire aux officiers de la force militaire en cause.

Et finalement il ajoute aux pages 404 et 405:

Les nécessités pratiques de la vie militaire exigent que ce rôle soit rempli par des officiers des forces armées et je n'y vois aucune violation de la *Déclaration canadienne des droits*. J'ajouterai qu'il existe maintenant un Tribunal d'appel des cours martiales, une cour d'appel professionnelle ayant une compétence générale d'appel sur les cours martiales. C'est là, à mon avis, une garantie importante, et sa création est un pas réaliste et pratique vers l'assurance de la protection requise dans les circonstances.

Encore une fois, il est vrai que l'arrêt *MacKay* a été rendu avant l'arrivée de la Charte. Cependant, la Cour suprême avait à décider si le régime de cour martiale était inopérant en raison de la *Déclaration canadienne des droits* et, en majorité, elle a répondu par la négative. De plus, l'ensemble des propos précités a été consacré par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*, lequel jugement a été rendu après l'arrivée de la Charte. Dans *MacKay*, les juges Ritchie et McIntyre ont insisté sur la tradition fort ancienne d'un système distinct de justice militaire administré par des cours martiales. Tous deux ont aussi souligné que le statut de la Cour d'appel des cours martiales et son indépendance des forces armées ajoutaient des garanties additionnelles en faveur de l'accusé, lequel demeure innocent jusqu'à preuve du contraire.

Fort de l'appui de ces autorités imminentes, je n'ai aucun doute que le régime de cour martiale

ly important objective within the meaning of the first criterion stated in *Oakes*.

(b) Whether means reasonable

The second criterion, namely whether the means are reasonable, requires the application of a standard of proportionality containing three separate components. The first is that the means, here the creation of a court martial, must be rationally connected to the objective, namely the good conduct and discipline of members of the armed forces.

It seems clear in accordance with the foregoing citations that the creation of courts martial is connected in a profoundly rational way with the ultimate objective of maintaining discipline among the members of the armed forces. I find it difficult to see how it can be argued that the court martial system is an arbitrary, unfair or irrational measure. In this regard, counsel for the applicant suggested that Federal Court judges sit on the court martial, thus constituting as it were a martial chamber of the Federal Court. In his submission, such a solution would not infringe the applicant's rights. I could not refrain from pointing out to him that it would not be very practical to parachute judges behind the battle lines in wartime so as to try soldiers and impose discipline. This is essentially what Mahoney J. was saying when he sat on the Court Martial Appeal Court in *Rutherford v. R.*<sup>14</sup> (at page 261):

In summary then, the Canadian Armed Forces have the mission to defend Canada at home and abroad and to aid the civil authority in stipulated circumstances. They must be ready to execute their mission immediately they are called upon. Preparedness and morale depend on discipline. Military law comprises the rules of that discipline. Its application is demonstrably justified in a free and democratic society if the morale and readiness of the armed forces require it and not otherwise.

I turn now to the second component of proportionality, that the means should impair the individual's rights or freedom as little as possible. As we have already seen, the Regulations and Orders cited above give soldiers the same protection, so far as possible, as they would enjoy in

constitue un objectif suffisamment important au sens du premier critère tel que stipulé dans *Oakes*.

b) Les moyens sont-ils raisonnables?

<sup>a</sup> Le deuxième critère, à savoir si les moyens choisis sont raisonnables, nécessite l'application d'un baromètre de proportionnalité lequel comporte trois éléments distinctifs. Le premier est à l'effet que le moyen choisi, en l'occurrence l'établissement d'une cour martiale, doit être relié par un lien rationnel à l'objectif poursuivi, l'objectif étant la bonne conduite et la discipline des membres des forces armées.

<sup>c</sup> À la suite des citations précitées, il me semble évident que l'établissement des cours martiales est relié de façon profondément rationnelle au but ultime de maintenir la discipline chez les membres des forces armées. Je vois difficilement comment <sup>d</sup> on pourrait prétendre que le régime des cours martiales soit une mesure arbitraire, inéquitable ou irrationnelle. À ce chapitre, le procureur du requérant a suggéré que les juges de la Cour fédérale siègent à la cour martiale, constituant, <sup>e</sup> pour ainsi dire, une chambre martiale de la Cour fédérale. Selon lui, cette solution ne violerait pas les droits du requérant. Je n'ai pu m'empêcher de lui suggérer qu'il ne serait pas tellement pratique de parachuter des juges derrière les lignes de combat en temps de guerre pour juger les militaires et imposer la discipline. C'est un peu dans ce sens qu'abondait le juge Mahoney siégeant à la cour d'appel martiale, dans l'arrêt *Rutherford c. R.*<sup>14</sup> (à la page 261):

<sup>g</sup> En résumé, le rôle des Forces armées canadiennes est donc d'assurer la défense du Canada, au pays et à l'étranger et, dans certaines circonstances précises, de prêter main-forte aux autorités civiles. Elles doivent être prêtes à remplir ce rôle dès qu'on leur en fait la demande. L'état de préparation et le moral de ses <sup>h</sup> membres sont tributaires de leur discipline. Le droit militaire regroupe les règles de cette discipline. Son application ne se justifie dans une société libre et démocratique que si elle est nécessaire au maintien du moral et à la préparation des forces armées.

<sup>i</sup> Je passe maintenant au deuxième élément de proportionnalité, à l'effet que le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte aux droits ou à la liberté de l'individu. Comme on l'a déjà vu, les Ordonnances et Règlements précités assurent aux militaires, dans la mesure du

<sup>14</sup> (1983), 26 C.R.R. 255.

<sup>14</sup> (1983), 26 C.R.R. 255.

civilian courts. Section 129 [as am. by S.C. 1985, c. 26, s. 52] of the Act provides a reassuring clarification in this respect:

129. All rules and principles from time to time followed in the civil courts that would render any circumstance a justification or excuse for any act or omission or a defence to any charge are applicable in any proceedings under the Code of Service Discipline.

Once again, soldiers may appeal from a decision of a court martial to the Court Martial Appeal Court of Canada, whose independent status has never been questioned. It must always be borne in mind that courts martial may be called upon to render justice not only in Canada but to Canadian soldiers throughout the world, whether on a peace mission or in a theatre of war.

Finally, the third component of proportionality: the measure impugned must be justified by the purposes it is intended to serve. This component is explained by Dickson C.J. in *Oakes* as follows (at page 140):

The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

The applicant did not establish that he has suffered or may suffer harmful consequences, but even if that were the case, those consequences can only be very limited in the circumstances, since for all practical purposes, he enjoys the same protection as he would in the civil courts. Additionally, as I mentioned earlier, the purpose is of capital importance since it is connected with discipline within the armed forces and, in the imperfect world in which we live, those forces are essential in keeping the peace and ensuring the survival of a democratic society such as ours.

I therefore consider that the court martial is an independent and impartial tribunal within the meaning of section 7 and paragraph 11(d) of the Charter and that it can try the applicant on the foregoing charges, as it does not infringe the applicant's equality rights as guaranteed by section 15 of the Charter. This application will therefore be dismissed with costs.

possible, les mêmes protections dont ils jouiraient devant les tribunaux civils. À cet effet, l'article 129 [mod. par S.C. 1985, chap. 26, art. 52] de la Loi projette un éclairage réconfortant:

a 129. Les règles et principes suivis à l'occasion devant les tribunaux civils qui feraient d'une circonstance quelconque une justification ou une excuse d'un acte ou d'une omission, ou un moyen de défense contre une accusation, s'appliquent à toute procédure engagée en vertu du Code de discipline militaire.

b Et, encore une fois, les militaires peuvent se pourvoir de la décision d'une cour martiale auprès de la Cour d'appel des cours martiales du Canada dont le statut d'indépendance n'a jamais été mis en question. Il faut toujours retenir que les cours martiales peuvent être appelées à rendre justice non seulement au Canada mais partout dans le monde auprès des militaires canadiens, soit en mission de paix ou sur un théâtre de guerre.

d Finalement, le troisième élément de proportionnalité, à savoir que la mesure attaquée soit justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Cet élément est ainsi précisé par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes* (à la page 140):

e Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

f Le requérant n'a pas établi qu'il a subi ou qu'il subirait des effets préjudiciables, mais même si tel était le cas, ces effets ne peuvent être que très minimes dans les circonstances puisqu'il jouit, à toutes fins pratiques, de la même protection que devant les tribunaux civils. Par ailleurs, comme je g l'ai mentionné déjà, l'objectif est d'une importance capitale puisqu'il est relié à la discipline au sein des forces armées et que ces forces, dans le monde imparfait où nous vivons, sont essentielles au maintien de la paix et de la survivance d'une société h démocratique telle que la nôtre.

i Par conséquent, je considère que la cour martiale constitue un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 7 et de l'alinéa 11d) de la Charte et qu'elle peut juger le requérant relativement aux accusations précitées, attendu qu'elle ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité du requérant tels que garantis par l'article 15 de la Charte. Cette requête sera donc rejetée avec frais et dépens.