

Steven Ross Rutherford

(██████████, Private, Canadian Forces)
Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

File No.: C.M.A.C. 173

Ottawa, Ontario, 24 June, 1983

Present: Mahoney P., Rutherford and
Goodridge JJ.

On appeal from a conviction by a Disciplinary
Court Martial held at Canadian Forces Base Halif-
fax, Nova Scotia, on 4 October, 1982.

Ex-serviceman — Constitutionality of subsections 55(2) and 59(1) of the National Defence Act re jurisdiction over ex-servicemen — Consideration of subsection 3(a) of the Uniform Code of Military Justice (U.S.) — Failure of Judge Advocate to instruct trial court as required by section 83 of Military Rules of Evidence — Insufficient evidence to support convictions — Canadian Charter of Rights and Freedoms, sections 11(f) and 15 — National Defence Act, section 119.

The appellant was charged under section 119 of the *National Defence Act* with three counts of selling mescaline, and also with two counts of trafficking in a narcotic per paragraph 120(1)(a) of the *National Defence Act*. The appellant had been released from the service prior to the above-mentioned charges which date back to his period of service. Although at the time of the alleged commission of the offences the appellant was subject to the *Code of Service Discipline* pursuant to subsection 55(1) of the *National Defence Act*, when charged and tried he was not, except by virtue of subsection 55(2). It was argued by the appellant that his trial by court martial contravened his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, notably sections 11(f) and 15.

Held: The appeal is allowed. Pursuant to paragraph 202(1)(a) of the *National Defence Act*, a finding of not guilty is directed to be recorded in respect of each of counts 1 to 5 inclusive.

Per Mahoney P. (Rutherford J. concurring): Subjecting the appellant, when a civilian, to trial by court martial denied him the equality before the law enjoyed by other civilians. The application of military law is demonstrably justified in a free and democratic society if the morale and readiness of the Armed Forces require it and not otherwise. Subjecting a former serviceman to military law is demonstrably justified only "to the least extent dictated by disciplinary considerations essential to the maintenance of the morale and readiness of those

Steven Ross Rutherford

(██████████ Soldat, Forces canadiennes)
Appellant,

a c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

b

N° du greffe: T.A.C.M. 173

Ottawa (Ontario), le 24 juin 1983

Devant: le président Mahoney et les juges Ruther-
ford et Goodridge

c

En appel d'une déclaration de culpabilité pronon-
cée par une cour martiale disciplinaire siégeant à
la base des Forces canadiennes d'Halifax (Nou-
velle-Écosse), le 4 octobre 1982.

d

Ex-militaire — Constitutionnalité des paragraphes 55(2) et 59(1) de la Loi sur la défense nationale, compétence à l'égard des ex-militaires — Examen de l'alinéa 3a) du Uniform Code of Military Justice (É.-U.) — Défaut du juge-avocat de donner au tribunal de première instance les directives appropriées aux termes de l'article 83 des Règles militaires de la preuve — Témoignage insuffisant pour justifier les déclarations de culpabilité — Charte canadienne des droits et libertés, alinéa 11f) et article 15 — Loi sur la défense nationale, article 119.

f

L'appellant a été inculpé de trois chefs d'accusation en vertu de l'article 119 de la *Loi sur la défense nationale*, savoir d'avoir vendu de la mescaline, et de deux chefs d'accusation en vertu de l'alinéa 120(1)a) de la *Loi sur la défense nationale*, savoir d'avoir fait le trafic d'un stupéfiant. L'appellant avait été libéré des Forces avant que les accusations susmentionnées ne soient portées contre lui. Même si au moment de la perpétration présumée des infractions reprochées l'appellant était assujéti au *Code de discipline militaire*, lors de l'inculpation et du procès il ne l'était pas, si ce n'est en application du paragraphe 55(2). L'appellant a soutenu que le fait d'avoir été jugé par une cour martiale va à l'encontre des droits que lui accorde la *Charte canadienne des droits et libertés*, particulièrement l'alinéa 11f) et l'article 15.

h

Arrêt: L'appel est accueilli et l'enregistrement d'un verdict de non-culpabilité à l'égard des chefs d'accusation 1 à 5 inclusivement est ordonné, conformément à l'alinéa 202(1)a) de la *Loi sur la défense nationale*.

i

Le président Mahoney (avec l'appui du juge Rutherford): En étant traduit devant une cour martiale alors qu'il était un civil, l'appellant a été privé de l'égalité devant la loi dont jouissent les autres civils. L'application du droit militaire 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. L'assujettissement d'un ex-militaire au droit militaire ne se justifie que dans la mesure suivante: le moins possible compte tenu des impératifs d'ordre disciplinaire dictés par la nécessité

j

remaining in the service." The test is whether it is demonstrated that his partial or total escape from punishment will adversely affect the general standard of discipline and efficiency of the service. Although it is not desirable here to rule subsection 55(2) of the *National Defence Act*, as modified by subsection 59(1), *ultra vires* Parliament's power under subsection 91(7) of the *Constitution Act, 1867*, the exercise in this case of the power under subsection 55(2) was not demonstrably justified.

Furthermore, as the appellant was convicted of the first count on the uncorroborated evidence of a person who could possibly be considered an accomplice, the Judge Advocate's failure to instruct the trial court as required by section 83 of the *Military Rules of Evidence* was fatal to the conviction. On the remaining counts there was uncorroborated evidence that should have had careful scrutiny. The trial court ought not to have found guilt beyond a reasonable doubt on evidence that was insufficient to support the convictions. No evidence is found to support the finding that trafficking in a substance held out to be mescaline was conduct to the prejudice of good order and discipline.

Per Goodridge J. (dissenting in part): This case does not raise a constitutional issue. Parliament has constitutional power to enact the *National Defence Act*. Pursuant to its provisions the appellant was tried under military law before a military tribunal. He, therefore, falls within the exception of paragraph 11(f) of the *Charter* and is not guaranteed a trial by jury under section 11. Further, the witness on the first count, whose evidence was uncorroborated, was a purchaser in a trafficking situation and, as such, could not be termed to be an accomplice within the meaning of section 83 of the *Military Rules of Evidence*. Regarding the uncorroborated evidence on the remaining counts, the question of reasonable doubt should be determined by the tribunal hearing the evidence *viva voce*, and its finding is not reviewable on appeal unless there is no evidence upon which such a verdict could have been rendered. This is not the case here.

Goodridge J. was in agreement with the majority on the issue of conduct prejudicial to good order and discipline. He would have reversed the finding of guilt on counts 1, 2 and 4 and dismissed the appeal on counts 3 and 5.

COUNSEL:

Raymond S. Riddell, for the appellant
Lieutenant-Colonel S.H. Forster, CD, for the respondent

STATUTES AND REGULATIONS CITED:

Canadian Charter of Rights and Freedoms,
Constitution Act, 1982, as enacted by Canada

de maintenir le moral et l'état de préparation des militaires. Le critère consiste à déterminer s'il est démontré qu'en échappant partiellement ou totalement à une peine, il nuirait «au niveau général de discipline et d'efficacité des Forces armées». Bien qu'on ne puisse pas déclarer que le paragraphe 55(2) de la *Loi sur la défense nationale*, modifié par le paragraphe 59(1), va à l'encontre du pouvoir du Parlement de légiférer en vertu du paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on n'a pas justifié, en l'espèce, l'exercice du pouvoir fondé sur le paragraphe 55(2).

De plus, comme l'appellant a été déclaré coupable du premier chef d'accusation par suite du témoignage non corroboré d'une personne qui pourrait être considérée un complice, l'omission du juge-avocat de donner au tribunal de première instance les informations prévues à l'article 83 des *Règles militaires de la preuve* porte un coup fatal à la déclaration de culpabilité. Quant aux autres chefs d'accusation, le témoignage non corroboré aurait dû être examiné avec soin. Le tribunal de première instance n'aurait pas dû conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable de l'appellant sur la foi d'un témoignage qui était loin de justifier les déclarations de culpabilité. Il n'y a aucune preuve étayant la conclusion selon laquelle le trafic d'une substance estimée être de la mescaline constituait une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

Le juge Goodridge (dissident en partie): La présente affaire ne soulève pas une question constitutionnelle. Le Parlement a le pouvoir constitutionnel d'adopter la *Loi sur la défense nationale* et, conformément aux dispositions de celle-ci, l'appellant a été jugé en vertu du droit militaire devant un tribunal militaire. Il était donc visé par l'exception prévue à l'alinéa 11f) de la *Charte* et, partant, l'article 11 ne lui garantissait pas un procès devant jury. De plus, quant au premier chef d'accusation, le témoin, qui a fourni un témoignage non corroboré, était un acheteur, dans un cas de trafic, et partant ne pouvait être qualifié de complice au sens de l'article 83 des *Règles militaires de la preuve*. En ce qui a trait au témoignage non corroboré relativement aux autres chefs d'accusation, il appartient au tribunal qui entend le témoignage de vive voix de se prononcer sur la question du doute raisonnable et sa conclusion n'est pas susceptible d'appel à moins qu'elle ne soit fondée sur une preuve inexistante, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Le juge Goodridge a souscrit aux motifs de la majorité sur la question de la conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline et a conclu que les déclarations de culpabilité à l'égard des premier, deuxième et quatrième chefs d'accusation devraient être infirmées. Pour ce qui est des troisième et cinquième chefs il aurait rejeté l'appel.

AVOCATS:

Raymond S. Riddell pour l'appellant
Lieutenant-colonel S.H. Forster, DC, pour l'intimée

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS:

Charte canadienne des droits et libertés, *Loi constitutionnelle*, édictée par la Loi de 1982

Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11, s. 1, 11(f), 15(1)

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5], s. 91(7)

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 4(1)

National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 55(1), (2), 59(1), (2), 119(3)(b), (c), 120 (as am. S.C. 1972, c. 13, s. 73), 126, 135, 202(1)(a)

United States Constitution, Article 1, s. 8, clause 14 *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870, Schedule F, Item M.13; s. C.01.041

Military Rules of Evidence, C.R.C. 1978, c. 1049, s. 16, 18, 83

Uniform Code of Military Justice, (U.S.), art. 3(a)

sur le Canada, 1982 (R.-U.), c. 11, art. 1, 11(f), 15(1)

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] art. 91(7)

Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 55(1), (2), 59(1), (2), 119(3)b), c), 120 (mod. par S.C. 1972, c. 13, art. 73), 126, 135, 202(1)a)

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, c. N-1, art. 4(1)

United States Constitution, Article 1, s. 8, clause 14

Règles militaires de la preuve, C.R.C. 1978, c. 1049, art. 16, 18, 83

Règlements sur les aliments et drogues, C.R.C. 1978, c. 870, annexe F, rubrique M.13, art. C.01.041

Uniform Code of Military Justice, (É.-U.), art. 3(a)

CASES CITED:

MacKay v. Rippon, [1978] 1 F.C. 233

MacKay v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 370

U.S. v. Quarles (1955), 350 U.S. 11

JURISPRUDENCE CITÉE:

MacKay c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 370

MacKay c. Rippon, [1978] 1 C.F. 233

U.S. v. Quarles (1955), 350 U.S. 11

The following are the reasons for judgment delivered in English by

MAHONEY P.: The appellant enlisted in the Canadian Armed Forces July 26, 1979. He was released from the service on May 16, 1982. On September 20, 1982, he was arrested under a warrant issued under section 135 of the *National Defence Act*.¹ The warrant was executed by Halifax City Police who gave the appellant into the custody of the military police at CFB Halifax. The charges and particulars follow:

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

LE PRÉSIDENT MAHONEY: L'appellant s'est enrôlé dans les Forces armées canadiennes le 26 juillet 1979 et il a été libéré le 16 mai 1982. Le 20 septembre 1982, il a été arrêté en vertu d'un mandat décerné conformément à l'article 135 de la *Loi sur la défense nationale*.¹ Le mandat a été exécuté par la police de Halifax qui a confié l'appellant à la garde de la police militaire de la BFC Halifax. Le mandat contenait les accusations détaillées suivantes:

First Charge
Section 119
NDA

CONDUCT TO THE PREJUDICE OF
GOOD ORDER AND DISCIPLINE

Particulars: In that he, between October 1981 and January 1982, onboard HMCS Iroquois, at or near Halifax, Nova Scotia, did sell a substance held out to be mescaline to [REDACTED] OS Beaton, P.A.

[TRADUCTION]

Premier chef
d'accusation
Article 119
LDN

CONDUITE PRÉJUDICIALE AU BON
ORDRE ET À LA DISCIPLINE

Détails: Entre les mois d'octobre 1981 et de janvier 1982, à bord du HMCS Iroquois, à ou près de Halifax (Nouvelle-Écosse) a vendu une substance qu'il a prétendu être de la mescaline au [REDACTED] MAT 3 Beaton, P.A.

¹ R.S.C. 1970, c. N-4.

¹ S.R.C. 1970, c. N-4.

Second Charge Section 119 NDA	CONDUCT TO THE PREJUDICE OF GOOD ORDER AND DISCIPLINE <i>Particulars:</i> In that he, between August and November 1981, at Lucifer's Night Club, in Dartmouth, Nova Scotia, did sell a substance held out by him to be mescaline to [REDACTED] OS Barrow, DA.	Deuxième chef d'accusation Article 119 LDN	CONDUITE PRÉJUDICIABLE AU BON ORDRE ET À LA DISCIPLINE <i>Détails:</i> Entre les mois d'août et de novembre 1981, au Cabaret Lucifer de Dartmouth (Nouvelle-Écosse) a vendu une substance qu'il a prétendu être de la mescaline au [REDACTED] MAT 3 Barrow, DA.
Third Charge Section 120 NDA	AN OFFENCE PUNISHABLE UNDER SECTION 120 OF THE NATIONAL DEFENCE ACT, THAT IS TO SAY, TRAFFICKING IN A SUBSTANCE HELD OUT BY HIM TO BE A NARCOTIC, CONTRARY TO SUBSECTION 4(1) OF THE NARCOTIC CONTROL ACT <i>Particulars:</i> In that he, between August and November 1981, at Lucifer's Night Club, in Dartmouth, Nova Scotia, did unlawfully sell a substance held out by him to be Cannabis Sativa in the form of Cannabis (marihuana) to [REDACTED] OS BARROW, DA.	Troisième chef d'accusation Article 120 LDN	UNE INFRACTION PUNISSABLE EN VERTU DE L'ARTICLE 120 DE LA LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE, SAVOIR LE TRAFIC D'UNE SUBSTANCE QU'IL A PRÉTENDU ÊTRE UN STUPÉFiant, EN CONTRAVENTION AU PARAGRAPHE 4(1) DE LA LOI SUR LES STUPÉFIANTS. <i>Détails:</i> Entre les mois d'août et de novembre 1981, au Cabaret Lucifer de Dartmouth (Nouvelle-Écosse) a vendu illicitement une substance qu'il a prétendu être du Cannabis sativa sous forme de Cannabis (marihuana) au [REDACTED] MAT 3 Barrow, DA.
Fourth Charge Section 119 NDA	CONDUCT TO THE PREJUDICE OF GOOD ORDER AND DISCIPLINE <i>Particulars:</i> In that he, between August and November 1981, at Lucifer's Night Club, in Dartmouth, Nova Scotia, did sell a substance held out by him to be mescaline to [REDACTED] OS Barrow, DA.	Quatrième chef d'accusation Article 119 LDN	CONDUITE PRÉJUDICIABLE AU BON ORDRE ET À LA DISCIPLINE <i>Détails:</i> Entre les mois d'août et de novembre 1981, au Cabaret Lucifer de Dartmouth (Nouvelle-Écosse) a vendu une substance qu'il a prétendu être de la mescaline au [REDACTED] MAT Barrow, DA.
Fifth Charge Section 120 NDA	AN OFFENCE PUNISHABLE UNDER SECTION 120 OF THE NATIONAL DEFENCE ACT, THAT IS TO SAY, TRAFFICKING IN A SUBSTANCE HELD OUT BY HIM TO BE A NARCOTIC, CONTRARY TO SECTION 4(1) OF THE NARCOTIC CONTROL ACT <i>Particulars:</i> In that he, between August and November 1981, at Lucifer's Night Club, in Dartmouth, Nova Scotia, did unlawfully sell a substance held out by him to be Cannabis Sativa in the form of Cannabis (marihuana) to [REDACTED] OS Barrow, DA.	Cinquième chef d'accusation Article 120 LDN	UNE INFRACTION PUNISSABLE EN VERTU DE L'ARTICLE 120 DE LA LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE, SAVOIR LE TRAFIC D'UNE SUBSTANCE QU'IL A PRÉTENDU ÊTRE UN STUPÉFiant, EN CONTRAVENTION AU PARAGRAPHE 4(1) DE LA LOI SUR LES STUPÉFIANTS. <i>Détails:</i> Entre les mois d'août et de novembre 1981, au Cabaret Lucifer de Dartmouth (Nouvelle-Écosse) a vendu illicitement une substance qu'il a prétendu être du Cannabis sativa sous forme de Cannabis (marihuana) au [REDACTED] MAT 3 Barrow, DA.

Marihuana is a narcotic. Subsection 4(1) of the *Narcotic Control Act*² makes it a civil offence to traffic in a substance represented to be a narcotic. Section 120 of the *National Defence Act* incorporates the civil offence into the *Code of Service Discipline*. Mescaline is not a narcotic. It is identified as Item M.13 in Schedule F to the *Food and Drug Regulations*.³ It is, by section C.01.041 of those Regulations, an offence to sell mescaline without a prescription, subject to certain immaterial exceptions. It is not a civil offence to

La marihuana est un stupéfiant. Aux termes du paragraphe 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*,² le trafic d'une substance que l'on prétend être un stupéfiant constitue une infraction civile. En vertu de l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale*, le *Code de discipline militaire* régit les infractions civiles. La mescaline n'est pas un stupéfiant; elle figure à la rubrique M.13 de l'annexe F du *Règlement sur les aliments et drogues*.³ Suivant l'article C.01.041 de ce Règlement, commet une infraction celui qui, sous réserve de certaines exceptions

² R.S.C. 1970, c. N-1.

³ C.R.C. 1978, c. 870.

² S.R.C. 1970, c. N-1.

³ C.R.C. 1978, c. 870.

sell a substance represented to be mescaline. Part V of the *National Defence Act* defines many acts and omissions, not civil offences, as military offences. The trafficking in a substance held out by the vendor to be mescaline is not among them. It is unnecessary to say more than that the Court Martial obviously concluded that such trafficking was conduct to the prejudice of good order and discipline.

The appellant was tried by a Disciplinary Court Martial and convicted on all five counts. As required by section 126 of the *National Defence Act*, a single sentence was imposed. It was imprisonment for two years less a day. That is within the range of penalty prescribed by law for trafficking in a narcotic and is the maximum sentence of imprisonment prescribed for conduct to the prejudice of good order and discipline as well as the maximum sentence of imprisonment authorized to be imposed by a Disciplinary Court Martial.

The appellant was, at the times of the alleged commission of the offences, subject to the *Code of Service Discipline* under subsection 55(1) of the *National Defence Act*. He was not when charged and tried except by virtue of subsection 55(2) which provides:

55. (2) Every person subject to the Code of Service Discipline under subsection (1) at the time of the alleged commission by him of a service offence continues to be liable to be charged, dealt with and tried in respect of that offence under the Code of Service Discipline notwithstanding that he may have, since the commission of that offence, ceased to be a person mentioned in subsection (1).

Subsection 59(1) provides:

59. (1) Except in respect of the service offences mentioned in subsection (2), no person is liable to be tried by a service tribunal unless his trial begins before the expiration of a period of three years from the day upon which the service offence was alleged to have been committed.

All the offences were alleged to have been committed within three years of the commencement of the trial. None is an offence mentioned in subsection 59(2).

The effect of these provisions is to render a civilian, who has been a member of the armed forces, liable to trial by court martial for a service offence committed by him, while a member of the

négligeables, vend de la mescaline sans ordonnance. La vente d'une substance que l'on prétend être de la mescaline ne constitue pas une infraction civile. La partie V de la *Loi sur la défense nationale* définit plusieurs actes et omissions non comme des infractions civiles, mais comme des infractions militaires. Le trafic d'une substance que le vendeur prétend être de la mescaline n'en fait pas partie. Il suffit de dire que la Cour martiale a de toute évidence conclu qu'un tel trafic constituait une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

L'appellant a été jugé par une cour martiale disciplinaire qui l'a déclaré coupable des cinq chefs d'accusation. Conformément à l'article 126 de la *Loi sur la défense nationale*, une seule sentence lui a été imposée, soit une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour. Cette peine qui est prévue par la loi lorsqu'il s'agit de trafic de stupéfiants constitue la peine d'emprisonnement maximale qui peut être prononcée pour conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline et qu'est autorisée à imposer une Cour martiale disciplinaire.

En vertu du paragraphe 55(1) de la *Loi sur la défense nationale*, l'appellant était, au moment de la prétendue perpétration des infractions, assujéti au *Code de discipline militaire*; il ne l'était pas quand il a été inculpé et jugé, si ce n'est en application du paragraphe 55(2), qui prévoit:

55. (2) Toute personne assujéti au Code de discipline militaire en vertu du paragraphe (1) au moment où elle aurait commis une infraction militaire demeure susceptible d'être accusée, poursuivie et jugée à l'égard de cette infraction, selon le Code de discipline militaire, même si elle peut, depuis que l'infraction a été commise, avoir cessé d'être une personne mentionnée au paragraphe (1).

Le paragraphe 59(1) est ainsi rédigé:

59. (1) Sauf en ce qui regarde les infractions militaires mentionnées au paragraphe (2), personne n'est susceptible d'être jugé par un tribunal militaire, à moins que son procès ne commence avant l'expiration d'une période de trois ans à compter du jour où l'infraction militaire est alléguée avoir été commise.

On allègue que toutes les infractions ont été commises dans les trois ans qui ont précédé le début du procès. Aucune d'elles n'est mentionnée au paragraphe 59(2).

En vertu de ces dispositions, un civil qui a été membre des forces armées peut dans les trois ans suivant la perpétration d'une infraction qu'il a commise alors qu'il était membre des forces

armed forces, up to three years after the alleged date of commission of the offence. The appellant says his trial by court martial contravened his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the pertinent provisions of which are:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

11. Any person charged with an offence has the right

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

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.

Subjecting the appellant, then a civilian, to trial by court martial did deny him the equality before the law enjoyed by other civilians. I see no useful purpose in cataloguing the differences between trial by court martial and trial by civil courts. They are numerous and by no means all are disadvantageous to a defendant in a court martial. Suffice it to say, liability to trial by court martial on counts 3 and 5 deprived the appellant of the right to trial by jury for those offences and, as to counts 1, 2 and 4, rendered him liable to trial for offences not cognizable at all by a civil court.

The competence of Parliament to enact subsection 55(2) is to be found in subsection 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. That was the judgment of the Supreme Court of Canada in *MacKay v. The Queen*,⁴ where Ritchie J., for the Court, said:

... , 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:

armées, être jugé par une cour martiale relativement à ladite infraction. Selon l'appellant, le fait d'avoir été jugé devant une cour martiale va à l'encontre des droits que lui accorde la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*. Voici les dispositions pertinentes de cette loi:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

11. Tout inculpé a le droit:

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

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.

En étant traduit devant une cour martiale alors qu'il était un civil, l'appellant a été privé de l'égalité devant la loi dont jouissent les autres civils. Il m'apparaît inutile d'énumérer les différences qui existent entre un procès devant une cour martiale et un procès devant les cours civiles. Ces différences sont nombreuses et elles sont loin de toujours désavantager la personne qui doit se défendre devant une cour martiale. Il suffit de dire qu'ayant été traduit devant une cour martiale relativement aux troisième et cinquième chefs d'accusation, l'appellant a été privé du droit de subir un procès devant jury, et en ce qui concerne les premier, deuxième et quatrième chefs, il a été jugé pour des infractions qui ne sont pas du ressort d'un tribunal civil.

Le Parlement tire du paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* les pouvoirs qui lui ont permis d'édicter le paragraphe 55(2). C'est ce qu'a décidé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mackay c. La Reine*.⁴ Voici ce que le juge Ritchie a dit au nom de la Cour:

... , 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:

⁴ [1980] 2 S.C.R. 370, at 390.

⁴ [1980] 2 R.C.S. 370, à la p. 390.

... 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 behavior 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.

After reviewing particular provisions of the *National Defence Act* and approving of the judgment of Cattanach J., in an interlocutory proceeding in the same matter,⁵ in which the rationale of a separate system of military justice had been expounded, Ritchie J. concluded [at p. 400]:

When the *National Defence Act* is considered as a whole it will be seen that it encompasses the rules of discipline necessary to the maintenance of morale and efficiency among troops in training and at the same time envisages conditions under which service offences may be committed outside of Canada by service personnel stationed abroad. The Act also reflects the rules governing members of the armed services in the discharge of the duties required of them when acting in Aid of the Civil Power (s. 232 to s. 242) whereunder they may be required to act on short notice in the controlling of riots at the behest of a provincial attorney general. In my view these are some of the factors which make it apparent that a separate code of discipline administered within the services is an essential ingredient of service life.

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.

To what extent, in a free and democratic society, is it demonstrably justified to subject a former serviceman to military law? The answer must be: to the least extent dictated by disciplinary considerations essential to the maintenance of the morale and readiness of those remaining in the service. It is not enough to show that the civilian will entirely escape punishment or, in all likelihood, be punished less severely under the civil law.

⁵ [1978] 1 F.C. 233.

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

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

a 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.

b Voici la conclusion à laquelle est arrivé le juge Ritchie [à la p. 400] après avoir examiné les dispositions pertinentes de la *Loi sur la défense nationale* et après avoir approuvé le jugement interlocutoire du juge Cattanach dans une affaire identique⁵ où celui-ci a établi le fondement d'un régime distinct de justice militaire:

Si l'on considère la *Loi sur la défense nationale* dans son ensemble, il est évident qu'elle établit les règles de discipline nécessaires au maintien du moral et de l'efficacité des troupes d en entraînement et, en même temps, énonce les circonstances dans lesquelles des infractions militaires peuvent être commises hors du Canada par des militaires postés à l'étranger. La Loi comporte également des règles régissant les militaires dans l'accomplissement de tâches qui leur sont assignées lorsqu'ils viennent prêter main-forte aux pouvoirs civils (art. 232 à 242) e s'ils sont requis d'agir d'urgence pour maîtriser des émeutes à la demande du procureur général d'une province. À mon avis, ce sont là quelques-uns des éléments qui démontrent qu'un code de discipline distinct appliqué au sein des forces armées est un ingrédient essentiel de la vie militaire.

f 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 g leur en fait la demande. L'état de préparation et le moral de ses 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 h nécessaire au maintien du moral et à la préparation des forces armées.

i Dans quelle mesure, peut-on justifier, dans une société libre et démocratique, l'assujettissement d'un ex-militaire au droit militaire? Il faut répondre: le moins possible compte tenu des impératifs d'ordre disciplinaire dictés par la nécessité de maintenir le moral et l'état de préparation des militaires. Il ne suffit pas de prouver que le civil j échappera à toute forme de punition ou que, vraisemblablement, il sera puni moins sévèrement sous

⁵ [1978] 1 C.F. 233.

It must also be demonstrated that his escape from punishment, total or partial, will adversely affect "the general standard of discipline and efficiency of the service."⁶ That is certainly not demonstrated here.

In *U.S. v. Quarles*⁷ the factual situation, set out in the headnote, was:

Five months after he had been honorably discharged from the United States Air Force and had returned to his home and was privately employed, an ex-serviceman was arrested by military authorities on charges of murder and conspiracy to commit murder while he was an airman in Korea. When arrested he had no relationship of any kind with the military. Under authority of Art. 3(a) of the Uniform Code of Military Justice, he was taken to Korea to stand trial before a court-martial.

Article 3(a) provided:

... any person charged with having committed, while in a status in which he was subject to this code, an offense against this code, punishable by confinement of five years or more and for which the person cannot be tried in the courts of the United States or any State or Territory thereof or of the District of Columbia, shall not be relieved from amenability to trial by courts-martial by reason of the termination of said status.

It had been enacted by Congress in the purported exercise of its power, contained in Article I of the *United States Constitution*, "to make rules for the government and regulation of the land and naval forces." Article 3(a) was held not to be a valid exercise of that power.

One significant difference is that the Article 3(a) appears not to have been subject of a time limit as is provided by subsection 59(1) of the *National Defence Act*. Other differences which render Article 3(a) less comprehensive than subsection 55(2) are its exclusion of the jurisdiction of courts martial to try ex-servicemen where the jurisdiction existed in the civil courts and its application only to offences punishable by at least five years imprisonment.

Having dealt with the argument that the ex-serviceman must be tried by court martial or not at all, the opinion of the United States Supreme Court went on at pages 21 to 23:

⁶ *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, per McIntyre J. at 410.

⁷ (1955), 350 U.S. 11.

le régime du droit civil. Il faut aussi démontrer qu'en échappant totalement ou partiellement à une peine, il nuirait «au niveau général de discipline et d'efficacité des Forces armées».⁶ Cela n'a certainement pas été démontré en l'espèce.

Voici les faits de l'arrêt *U.S. v. Quarles*,⁷ tels que décrit dans le sommaire de cet arrêt:

[TRADUCTION] Cinq mois après avoir été libéré honorablement de l'aviation américaine et être rentré chez lui, pour travailler dans l'entreprise privée, un ex-militaire a été arrêté par les autorités militaires et inculpé de meurtre et de complot en vue de commettre un meurtre alors qu'il était aviateur en Corée. À l'époque de son arrestation, il n'avait plus aucun lien avec l'armée. En application de l'alinéa 3a) du *Uniform Code of Military Justice*, il a été conduit en Corée afin d'y être jugé devant une cour martiale.

L'article 3a) prévoit:

... toute personne accusée d'avoir commis, au moment où elle était assujettie au présent code, une infraction punissable aux termes du présent code, d'une période d'emprisonnement de cinq ans ou plus et pour laquelle elle ne peut être jugée ni devant les tribunaux des États-Unis ni devant ceux de ses États ou territoires ni devant ceux du district de Columbia, peut être traduite devant une cour martiale même si elle a cessé d'être assujettie au présent code.

Le Congrès a adopté cette loi soi-disant en vertu du pouvoir que lui confère l'article 1 de la *Constitution des États-Unis* [TRADUCTION] «d'édicter des règles pour l'organisation et l'administration des forces de terre et de mer». Il a décidé que l'alinéa 3a) ne permettait pas d'exercer ce pouvoir.

L'article 3a), et c'est là une différence importante, ne semble pas avoir prévu un délai, contrairement au paragraphe 59(1) de la *Loi sur la défense nationale*. D'autres différences contribuent à rétrécir le champ d'application de l'alinéa 3a) par rapport à celui du paragraphe 55(2). Ainsi, l'alinéa 3a) ne permet pas aux cours martiales de juger un ex-militaire quand ce pouvoir appartient déjà aux tribunaux civils et il ne s'applique qu'aux infractions punissables d'une peine d'emprisonnement de plus de cinq ans.

Après avoir examiné la thèse selon laquelle un ex-militaire doit ou bien être jugé par une cour martiale ou bien de ne pas l'être du tout, la Cour suprême des États-Unis a poursuivi son raisonnement aux pp. 21-23:

⁶ *Mackay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370 à la p. 410, le juge McIntyre.

⁷ (1955), 350 U.S. 11.

None of the other reasons suggested by the Government are sufficient to justify a broad construction of the constitutional grant of power to Congress to regulate the armed forces. That provision itself does not empower Congress to deprive people of trials under Bill of Rights safeguards, and we are not willing to hold that power to circumvent those safeguards should be inferred through the Necessary and Proper Clause. It is impossible to think that the discipline of the Army is going to be disrupted, its morale impaired, or its orderly processes disturbed, by giving ex-servicemen the benefit of a civilian court trial when they are actually civilians. And we are not impressed by the fact that some other countries which do not have our Bill of Rights indulge in the practice of subjecting civilians who were once soldiers to trials by courts-martial instead of trials by civilian courts.

There are dangers lurking in military trials which were sought to be avoided by the Bill of Rights and Article III of our Constitution. Free countries of the world have tried to restrict military tribunals to the narrowest jurisdiction deemed absolutely essential to maintaining discipline among troops in active service. Even as late as the Seventeenth Century standing armies and courts-martial were not established institutions in England. Court-martial jurisdiction sprang from the belief that within the military ranks there is need for a prompt, ready-at-hand means of compelling obedience and order. But Army discipline will not be improved by court-martialing rather than trying by jury some civilian ex-soldier who has been wholly separated from the service for months, years or perhaps decades. Consequently considerations of discipline provide no excuse for new expansion of court-martial jurisdiction at the expense of the normal and constitutionally preferable system of trial by jury.

I do not think it desirable here to go so far as to declare subsection 55(2) of the *National Defence Act*, as modified by subsection 59(1), *ultra vires* Parliament's power to legislate under subsection 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. A determination of that question should await an occasion when the issue is expressly raised. It is sufficient to find that the exercise here of the power given by subsection 55(2), which did deprive a civilian of equality before the law with other civilians, was not demonstrably justified.

There are other grounds on which the appeal should succeed with which I shall, in the circumstances, deal only briefly.

As to count 1, the appellant was convicted on the uncorroborated evidence of O/S Beaton who testified that he had purchased the mescaline on credit intending to traffic in it as well as to use it personally. He did traffic in it. In the circumstances, he may have been an accomplice in the

[TRADUCTION] Aucun des autres motifs avancés par le gouvernement ne justifie une interprétation libérale du pouvoir conféré au Congrès par la Constitution, d'administrer les forces armées. En soi, cette disposition n'habilite pas le Congrès à priver les citoyens qui subissent un procès des garanties prévues dans la Déclaration des droits, et nous ne sommes pas prêts à conclure que le pouvoir de contourner ces garanties découle implicitement de la clause dite nécessaire et appropriée. On ne peut pas concevoir que permettre à des ex-militaires de profiter des avantages d'un procès devant des tribunaux civils alors qu'ils sont en fait des civils ait pour effet de nuire à la discipline de l'armée, à son moral et au bon ordre de ses opérations. De plus, nous ne sommes pas impressionnés par le fait que certains autres pays n'ayant pas de Déclaration des droits soumettent leurs ex-militaires à des procès devant des cours martiales plutôt que devant des tribunaux civils.

Les procès militaires dissimulent certains dangers qu'on a voulu éviter en adoptant la Déclaration des droits et l'article III de notre Constitution. Les pays libres du monde ont cherché à restreindre la compétence des tribunaux militaires au strict minimum jugé nécessaire pour maintenir la discipline parmi les troupes en service actif. Même au XVII^e siècle, les armées permanentes et les cours martiales n'étaient pas des institutions reconnues en Angleterre. Les cours martiales sont nées de la croyance selon laquelle les forces armées ont besoin d'un mécanisme rapide et facile leur permettant d'assurer l'obéissance et l'ordre. Toutefois, ce n'est pas en traduisant devant une cour martiale plutôt que devant un jury un ex-militaire qui a rompu tout lien avec l'armée depuis des mois, des années et même des décennies qu'on améliorera la discipline militaire. En conséquence, des considérations d'ordre disciplinaire ne justifient pas une compétence accrue des cours martiales au détriment du système normal et préférable sur le plan constitutionnel des procès devant jury.

Je ne crois pas qu'il soit souhaitable, en l'espèce, d'aller jusqu'à déclarer que le paragraphe 55(2) de la *Loi sur la défense nationale*, modifié par le paragraphe 59(1), outrepassse le pouvoir du Parlement de légiférer en vertu du paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On devrait attendre que cette question soit expressément soulevée avant de statuer sur celle-ci. Il suffit de conclure qu'en l'espèce, on n'a pas justifié l'exercice du pouvoir fondé sur le paragraphe 55(2), qui a privé un civil de l'égalité devant la loi.

Il existe d'autres motifs sur lesquels on peut se fonder pour faire droit au présent appel mais, compte tenu des circonstances, je n'en parlerai que brièvement.

En ce qui concerne le premier chef d'accusation, l'appelant a été déclaré coupable à la suite du témoignage non corroboré du MAT 3 Beaton qui a déclaré avoir acheté la mescaline à crédit dans le but d'en faire le trafic et de l'utiliser à des fins personnelles. Il en a effectivement fait le trafic.

appellant's trafficking and the Judge Advocate's failure to instruct the trial court, as required by section 83 of the *Military Rules of Evidence*, is fatal to the conviction. This Court cannot assume that the trial court would have convicted the appellant on count 1 had it been properly instructed.

As to the remaining counts, the appellant was convicted on the uncorroborated evidence of O/S Barrow. Barrow had been tried summarily for his drug-related offences, served 45 days in custody, and was to be discharged from the service on October 6, 1982. He testified at the appellant's trial October 4, 1982. His evidence demanded careful scrutiny. The record indicates it did not get it.

Barrow's evidence described identical events occurring in identical sequence on two successive nights at a nightclub. The only difference is that he admitted to a partial blackout the second night, an experience denied the first. He admitted he was drunk when he arrived at the club each night about midnight. He did not remember whether the transactions occurred upstairs or downstairs nor anything about the musical groups playing. He remembered they occurred during September or October but not whether during the week or on a weekend. The only persons he remembered talking to, except the appellant, are a couple of unidentified waitresses. The only things he remembered in any detail are the remarkably identical transactions with the appellant.

The following passage concluded Barrow's cross-examination:

Q. In fact, both nights were a little fuzzy weren't they? A. Yep.

Q. In fact, I would say, you're not really sure of anything that went on both of those nights, are you? A. No.

Consideration of the totality of Barrow's evidence leads me to conclude that the trial court ought not, on its basis alone, have found that the appellant's guilt on counts 2, 3, 4 and 5 had been proved beyond a reasonable doubt. On the contrary, Bar-

Compte tenu des circonstances, il pourrait avoir été le complice du trafic de l'appellant, et l'omission du juge-avocat de donner au tribunal de première instance les informations prévues à l'article 83 des *Règles militaires de la preuve* porte un coup fatal à la déclaration de culpabilité. Le présent tribunal ne peut pas présumer que si le tribunal de première instance avait reçu les informations appropriées il aurait déclaré l'appellant coupable du premier chef d'accusation.

Quant aux autres chefs, c'est le témoignage non corroboré du MAT 3 Barrow qui a permis de faire condamner l'appellant. Après avoir été jugé sommairement pour ses infractions reliées à la drogue, Barrow a été détenu pendant 45 jours et il devait être libéré de l'armée le 6 octobre 1982. Le témoignage qu'il a donné lors du procès de l'appellant le 4 octobre 1982 devait être examiné avec soin; le procès-verbal indique qu'il n'en a pas été ainsi.

Dans son témoignage, Barrow a décrit des événements identiques qui se sont répétés dans le même ordre au cours de deux nuits consécutives dans un cabaret. La seule différence est qu'il a admis avoir perdu temporairement conscience au cours de la deuxième nuit, mais non au cours de la première. Il a admis avoir été ivre à chacun des soirs où il s'est présenté au cabaret vers minuit. Il ne se souvient pas si les opérations ont eu lieu en haut ou en bas et il a tout oublié des groupes musicaux qui se produisaient. Il se rappelle que les opérations ont été effectuées en septembre ou en octobre, mais il n'a pu préciser si c'était durant la semaine ou pendant la fin de semaine. Hormis l'appellant, il ne se souvient d'avoir adressé la parole qu'à quelques serveuses qui n'ont pas été identifiées. Le seul fait dont il se souvient bien est la remarquable similitude des opérations qu'il a conclues avec l'appellant.

Voici comment s'est terminé le contre-interrogatoire de Barrow.

[TRADUCTION] Q. En fait, vous étiez plutôt éméché au cours de ces deux nuits, n'est-ce pas? R. Oui.

Q. En fait, vous n'êtes sûr d'à peu près rien de ce qui s'est produit au cours de ces deux nuits, n'est-ce pas? R. Non.

Après avoir examiné l'ensemble du témoignage de Barrow, je suis venu à la conclusion que le tribunal de première instance n'aurait pas dû, sur cette seule base, statuer que la culpabilité de l'appellant en ce qui concerne les deuxième, troisième, qua-

row's evidence, taken as a whole, generates a good deal of reasonable doubt. It was utterly insufficient to support the convictions.

Conviction on counts 1, 2 and 4 entailed a finding that trafficking in a substance held out to be mescaline was conduct to the prejudice of good order and discipline. I find no evidence supporting that finding on the record. If the trial court took judicial notice of it under section 16 of the *Military Rules of Evidence*, it did so without complying with the requirements of section 18. If such trafficking was a contravention of an order as contemplated by paragraphs 119(3)(b) or (c) of the Act, that order was not put in evidence and, again, if it was judicially noticed, that was without compliance with section 18. The absence of a basis for the finding on the record leaves this Court with no alternative but to allow the appeal as to counts 1, 2 and 4.

I would allow the appeal on all counts and, pursuant to paragraph 202(1)(a) of the *National Defence Act*, I would direct that a finding of not guilty be recorded in respect of each.

RUTHERFORD J.: I concur.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

GOODRIDGE J. (dissenting): I have had the privilege of reviewing the reasons for judgment of the majority in this matter and with due respect disagree with three of the four reasons outlined.

The facts are set forth in the reasons and it is unnecessary that they be repeated in this dissenting decision.

The four points dealt with in the reasons covered the following points:

- A. Equality before the law;
- B. Corroboration;
- C. Reasonable doubt; and

trième et cinquième chefs d'accusation avait été établie au-delà de tout doute raisonnable. Au contraire, quand on le considère dans son ensemble, le témoignage de Barrow soulève un fort doute raisonnable et il était loin de justifier les déclarations de culpabilité.

On ne pouvait prononcer une déclaration de culpabilité pour ce qui est des premier, deuxième et quatrième chefs d'accusation sans avoir décidé que le trafic d'une substance que l'on prétend être de la mescaline constituait une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline. La preuve soumise ne justifie nullement cette conclusion. Si le tribunal de première instance a admis cette preuve de plein droit en se fondant sur l'article 16 des *Règles militaires de la preuve*, il ne s'est pas conformé aux exigences de l'article 18. En supposant qu'un tel trafic contrevient à un ordre visé par les alinéas 119(3)b) ou c) de la Loi, cet ordre n'a pas été déposé en preuve et, je le rappelle, si la cour l'a admis de plein droit, c'est en violation de l'article 18 qu'elle l'a fait. Étant donné qu'aucun des éléments de preuve versés au dossier ne justifie cette conclusion, le présent tribunal n'a d'autre choix que d'accueillir l'appel en ce qui concerne les premier, deuxième et quatrième chefs d'accusation.

J'accueillerais l'appel pour tous les chefs d'accusation et, conformément à l'alinéa 202(1)a) de la *Loi sur la défense nationale*, j'ordonnerais qu'un verdict de non-culpabilité soit enregistré relativement à chacun d'eux.

LE JUGE RUTHERFORD: Je souscris à ces motifs.

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

LE JUGE GOODRIDGE: J'ai eu le privilège d'examiner les motifs de l'opinion majoritaire dans cette affaire et, en toute déférence, je suis en désaccord avec trois des quatre motifs qui ont été prononcés.

Les faits sont exposés dans les motifs et je ne crois pas nécessaire de les reprendre dans cette opinion dissidente.

Quatre questions sont traitées dans les motifs. Ce sont:

- A. l'égalité devant la loi;
- B. la corroboration;
- C. le doute raisonnable; et

D. Conduct prejudicial to good order and discipline.

A. Equality before the law

This was raised as a constitutional issue.

Subsection 91(7) of the *Constitution Act* gives to the Parliament of Canada exclusive legislative authority relating to the militia, military and naval service and defence.

The appellant was at the time of the commission of the alleged offence subject to the *Code of Service Discipline* under subsection 55(1) of the *National Defence Act*.

Subsection 55(2) of the *National Defence Act* reads as follows:

(2) Every person subject to the Code of Service Discipline under subsection (1) at the time of the alleged commission by him of a service offence continues to be liable to be charged, dealt with and tried in respect of that offence under the Code of Service Discipline notwithstanding that he may have, since the commission of that offence, ceased to be a person mentioned in subsection (1).

A service offence is defined in section 2 of that Act as an offence under that Act, under the *Criminal Code* or under any other act of the Parliament of Canada committed by a person while subject to the *Code of Service Discipline*.

Subsection 59(1) provides that no person is allowed to be tried by a service tribunal unless his trial begins within three years from the day upon which the service offence was alleged to have been committed.

The appellant in this case was in the service at the time that the service offence was alleged to have been committed but subsequently left the service. A trial before a service tribunal commenced before the three-year limitation period expired.

Section 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that any person charged with an offence has the right to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment except, under paragraph (f), in the case of an offence under military law tried before a military tribunal.

D. la conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

A. Égalité devant la loi

^a Cette question a été soulevée à titre de question constitutionnelle.

^b Aux termes du paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle*, le Parlement du Canada possède le pouvoir exclusif de légiférer sur la milice, le service militaire et naval et la défense du pays.

^c Au moment où la prétendue infraction a été commise, l'appelant était assujéti au *Code de discipline militaire* en vertu du paragraphe 55(1) de la *Loi sur la défense nationale*.

Voici le texte du paragraphe 55(2) de la *Loi sur la défense nationale*:

^d (2) Toute personne assujéti au Code de discipline militaire en vertu du paragraphe (1) au moment où elle aurait commis une infraction militaire demeure susceptible d'être accusée, poursuivie et jugée à l'égard de cette infraction, selon le Code de discipline militaire, même si elle peut, depuis que l'infraction a été commise, avoir cessé d'être une personne mentionnée au paragraphe (1).

^e L'article 2 de cette Loi définit l'infraction militaire comme une infraction visée par cette Loi, par le *Code criminel* ou par toute autre loi du Parlement du Canada et commise par une personne ^f alors qu'elle est assujéti au *Code de discipline militaire*.

^g Le paragraphe 59(1) prévoit que personne ne peut être jugé par un tribunal militaire à moins que son procès ne commence avant l'expiration d'une période de trois ans à compter du jour où l'infraction militaire est alléguée avoir été commise.

^h En espèce, l'appelant était membre des Forces armées à l'époque où l'infraction militaire est alléguée avoir été commise mais il a subséquemment quitté l'armée. Son procès devant un tribunal militaire a commencé avant l'expiration du délai de trois ans.

ⁱ L'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés* établit que tout inculpé a le droit de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave à moins qu'il ne s'agisse, comme ^j le prévoit l'alinéa f), d'une infraction régie par le droit militaire et jugée par un tribunal militaire.

Some issue was taken with the convictions because under section 1 the *Charter* guarantees the rights set out in section 11 subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

Section 15 provides every individual with equality before the law.

I do not see this case as raising a constitutional issue. Parliament has a constitutional power to enact the *National Defence Act*. No issue has been taken with this. Pursuant to the provisions of the *National Defence Act*, the appellant was tried under military law before a military tribunal. He, therefore, falls within the exception of paragraph 11(f) and therefore is not guaranteed a trial by jury under section 11.

In my view, it was not incumbent upon the respondent to demonstrably justify a deprivation of equality for, in respect of the appellant, the equality claimed is not an equality afforded by section 11 of the *Charter*.

B. Corroboration

With respect to the first count, as pointed out in the reasons for judgment, the appellant was convicted on the uncorroborated evidence of O/S Beaton, who testified that he had purchased the mescaline on credit intending to traffic in it as well as to use it personally. The finding is that he might have been an accomplice of the appellant in respect of the offence alleged to have been committed under the first count. Having regard to the historical development of the law relating to the evidence of an accomplice and the reasons why such evidence was regarded with suspicion, I conclude that Beaton could not be termed to have been an accomplice within the meaning of section 83 of the *Military Rules of Evidence*.

Historically the evidence of an accomplice was regarded with suspicion because his evidence was tainted. There existed the possibility that he would try to pass off blame on the accused with a view to exonerating himself.

On a contesté les condamnations pour le motif que l'article 1 de la *Charte* garantit que les droits énoncés à l'article 11 ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'article 15 garantit à chacun l'égalité devant la loi.

Je ne vois pas en quoi la présente affaire soulève une question constitutionnelle. On n'a pas contesté le pouvoir que le Parlement tient de la constitution d'adopter la *Loi sur la défense nationale*. L'appelant a été jugé en vertu du droit militaire devant un tribunal militaire, en application des dispositions de la *Loi sur la défense nationale*. Il était donc visé par l'exception prévue à l'alinéa 11f) et, partant, l'article 11 ne lui garantissait pas un procès devant jury.

Selon moi, l'intimée n'était pas tenue de démontrer qu'elle était justifiée de priver l'appelant de son droit à l'égalité, parce que l'égalité que celui-ci revendique n'est pas accordée par l'article 11 de la *Charte*.

B. Corroboration

En ce qui concerne le premier chef d'accusation, l'appelant, comme l'indiquent les motifs du jugement, a été trouvé coupable à la suite du témoignage non corroboré du MAT 3 Beaton qui a déclaré avoir acheté de la mescaline à crédit dans le but d'en faire le trafic et de l'utiliser à des fins personnelles. On a conclu qu'il pourrait avoir été le complice de l'appelant en ce qui concerne l'infraction qui aurait été commise aux termes du premier chef d'accusation. Compte tenu de l'évolution historique du droit concernant le témoignage d'un complice et des motifs pour lesquels ce genre de témoignage était considéré avec suspicion, je conclus que Beaton ne peut être qualifié de complice au sens de l'article 83 des *Règles militaires de la preuve*.

Dans le passé, le témoignage d'un complice était considéré avec suspicion étant donné qu'il s'agissait d'un témoignage taré. Il était possible qu'il essaie de rejeter le blâme sur l'accusé dans le but de se disculper.

The opposite situation pertains in a trafficking situation. In such a situation the purchaser would presumably tend to exonerate the accused so that he himself might be exonerated.

The fact that he may have been offered some sort of immunity from prosecution for cooperating with the authorities does not make him an accomplice for the purpose of the commission of the act even though his evidence may be tainted by the promise of immunity.

Although the analogy might be described as rather remote, I see the purchaser in roughly the same position as a victim. He is a person "on the other side of the crime," a person who does not participate in the commission of the offence but whose participation whether it be given willingly or unwillingly makes the commission of the offence complete.

There is no clear definition of the term "accomplice" in the jurisprudence that I have examined but I would regard it as something less than *particeps criminis* and am of the view that Beaton in this particular case *could* not have been an accomplice of the appellant and *might* not have been an accomplice of the appellant.

If, indeed, Beaton had purchased the mescaline for resale with the knowledge of the appellant and resold it, then the appellant may have been an accomplice of Beaton in the commission of that offence. This situation is otherwise in reverse, and that is the situation that we deal with here.

C. Reasonable Doubt

In the reasons for judgment, the evidence of O/S Barrow is reviewed. It was on his uncorroborated evidence that the accused was convicted on the other counts, and the reasons suggest that a reasonable doubt appears.

The question of reasonable doubt is for the tribunal who hears the evidence *viva voce* to determine, and the finding of that tribunal is not reviewable on appeal unless there is no evidence upon which such a verdict could have been rendered.

The evidence of Barrow when reviewed *in toto* clearly illustrates that there is evidence upon which the tribunal could convict the appellant. It is

La situation contraire prévaut en cas de trafic. Dans un tel cas, on présume que l'acheteur tente de disculper l'accusé dans le but de se disculper.

^a Le fait que la poursuite ait pu lui offrir une certaine immunité en échange de sa coopération avec les autorités n'en fait pas un complice pour les fins de la perpétration de l'acte même si la promesse d'immunité a pu entacher son témoignage.

^b Bien que cette analogie puisse sembler plutôt lointaine, je pense que la situation de l'acheteur ressemble en gros à celle de la victime. Il se trouve [TRADUCTION] «de l'autre côté du crime»: il ne participe pas à la perpétration de l'infraction, mais sa participation, qu'elle soit volontaire ou non, complète la perpétration.

^c Les arrêts que j'ai consultés ne définissent pas clairement le terme «complice» mais j'estime que ce terme est moins fort que *particeps criminis* et, en l'espèce, je pense que Beaton ne *pouvait* avoir été complice de l'appelant et *pourrait* ne pas avoir été complice de l'appelant.

^d Si l'appelant savait que Beaton lui avait acheté de la mescaline dans le but de la revendre et que Beaton l'avait effectivement revendue, c'est l'appelant qui pourrait avoir été le complice de Beaton dans la perpétration de cette infraction. C'est la situation inverse qui se présente à nous.

^e C. Doute raisonnable

La déposition du MAT Barrow est analysée dans les motifs du jugement. C'est grâce à son témoignage non corroboré que l'accusé a été trouvé coupable des autres chefs et les motifs semblent indiquer la présence d'un doute raisonnable.

^f Il appartient au tribunal qui entend le témoignage de vive voix de se prononcer sur la question du doute raisonnable et sa conclusion n'est pas susceptible d'appel à moins qu'elle ne repose sur aucune preuve.

^g Considérée globalement, la déposition de Barrow révèle des éléments de preuve à partir desquels le tribunal était fondé à condamner l'ap-

not for an appellate court to say that a reasonable doubt existed.

D. Conduct prejudicial to good order and discipline

I am in agreement with the majority in their reasons for judgment on this matter and agree that the convictions under counts 1, 2 and 4 ought to be reversed and a finding of "not guilty" in respect of them be recorded.

With respect to counts 3 and 5 I would dismiss the appeal.

Presumably in view of the fact that only one sentence is imposed regardless of the number of convictions, in a case such as this with five convictions, if three were set aside on appeal, then the appellant would have to be sent back for a revision in the sentencing.

Inasmuch as the reasons of the majority preclude the occurrence of such a situation, it is unnecessary to consider that point.

pelant. Il n'appartient pas à une cour d'appel de déclarer qu'il existait un doute raisonnable.

D. Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline

Je souscris aux motifs du jugement prononcés par la majorité sur cette question, motifs selon lesquels les déclarations de culpabilité portant sur les premier, deuxième et quatrième chefs d'accusation devraient être infirmées et un verdict de «non culpabilité» devrait être enregistré pour chacun de ces chefs.

Je rejetterais l'appel pour ce qui est des troisième et cinquième chefs.

Compte tenu du fait qu'une seule sentence est imposée sans égard au nombre de déclarations de culpabilité, je présume que dans un cas comme celui-ci où cinq déclarations de culpabilité ont été prononcées, l'annulation en appel de trois d'entre elles nous obligerait à renvoyer l'appelant devant le tribunal de première instance afin que la sentence soit révisée.

Dans la mesure où les motifs du jugement majoritaire écartent cette possibilité, il ne sera pas nécessaire d'examiner cette question.