

Michel Généreux

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

v.

Her Majesty the Queen,

Respondent.

INDEXED AS: R. v. GÉNÉREUX

File No.: CMAC 312

Heard: Montréal, Quebec, 14 and 15 June, 1990

Judgment: Ottawa, Ontario, 12 September, 1990

Present: Pratte, Barbeau and Décary J.J.A.

On appeal from a conviction by a General Court Martial held at Canadian Forces Base Valcartier, Quebec, on 23, 24, 25, 26 and 27 May, 1989.

A General Court Martial is an independent tribunal under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, section 11(d).

The appellant was convicted by a General Court Martial of three counts of possession of a narcotic for the purpose of trafficking, and one count of desertion. He was sentenced to a dishonourable discharge and 15 months imprisonment. The only ground of appeal considered by the Court Martial Appeal Court concerned the independence of the Tribunal and the rules of fundamental justice.

Held (Décary J.A. dissenting): Appeal dismissed.

Per Barbeau J.A.: After reviewing the cases of *MacKay v. The Queen*, *Valente v. The Queen*, *Beauregard v. Canada*, *MacKeigan v. Hickman*, and *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, Barbeau J.A. held that the decision of the Supreme Court of Canada in the *MacKay* case still has the force of law. In his view, this judgment clearly recognized that Standing Courts Martial in Canada are independent tribunals and must be regarded as such, unless in a particular instance the record at trial discloses clear facts establishing an absence of independence. The rules regarding security of tenure and financial security are satisfied by a General Court Martial. There is no legislation or regulation providing for removal of the members of the Court Martial once they have been appointed. Moreover, service pay is set by regulation and there was no evidence that the salary scales of the members were, or could be, reduced or cancelled.

Michel Généreux

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

a c.

Sa Majesté La Reine,

Intimée.

b

RÉPERTORIÉ : R. c. GÉNÉREUX

N° du greffe : CACM 312

c Audience : Montréal (Québec), les 14 et 15 juin 1990

Jugement : Ottawa (Ontario), le 12 septembre 1990

d Devant : les juges Pratte, Barbeau et Décary, J.C.A.

En appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale générale siégeant à la base des Forces canadiennes de Valcartier (Québec) les 23, 24, 25, 26 et 27 mai 1989.

Une Cour martiale générale constitue un tribunal indépendant aux termes de la Charte canadienne des droits et libertés, alinéa 11d).

L'appelant a été reconnu coupable par une Cour martiale générale de trois infractions de possession de stupéfiant en vue d'en faire le trafic, et d'une infraction de désertion. Il a été condamné à la destitution ignominieuse et à un emprisonnement de 15 mois. Le seul moyen d'appel pris en considération par la Cour d'appel de la cour martiale visait l'indépendance du tribunal et les règles de justice fondamentale.

Arrêt (dissidence du juge Décary, J.C.A.) : L'appel est rejeté.

Le juge Barbeau, J.C.A. : Après avoir étudié les arrêts *MacKay c. La Reine*, *Valente c. La Reine*, *Beauregard c. Canada*, *MacKeigan c. Hickman* et *Consolidated Bathurst Packaging Ltd. c. Syndicat international des travailleurs de bois d'Amérique*, le juge Barbeau, J.C.A. a statué que la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *MacKay* avait encore force de loi. À son avis, ce jugement reconnaissait clairement que les cours martiales permanentes au Canada constituent des tribunaux indépendants et qu'elles doivent être considérées tels, à moins que dans un cas particulier le dossier de première instance ne révèle des faits manifestes établissant l'absence d'indépendance. Les Cours martiales générales satisfont aux critères relatifs à l'inamovibilité et à la sécurité financière. Aucune loi ni aucun règlement ne prévoit la révocation des membres d'une Cour martiale après qu'ils aient été nommés. De plus, la solde des militaires est fixée par règlement, et rien

In the case at bar, there was no evidence that the members of the General Court Martial acted in any way other than an independent tribunal would have done, or that any of its members as a consequence of being a member of the Armed Forces was unfit or incompetent to perform the duties of the position held on that Court. It cannot be assumed that external interference exists in the absence of specific and conclusive evidence. Accordingly, Barbeau J.A. dismissed the appeal.

Per Pratte J.A.: Pratte J.A. also dismissed the appeal, but for different reasons. In his view, the only real dangers which could perhaps threaten the independence of General Courts Martial arose from the fact that in every case the military authorities select the judges from among their subordinates. These are the same military authorities who are responsible for maintaining discipline in the Canadian Forces and punishing military offences, and because of this they act as prosecutors at trial. However, this circumstance does not warrant a conclusion that General Courts Martial lack independence. Firstly, whatever decision he makes, the military judge does not have to fear losing his salary or rank, because his superiors do not have the power to take them from him. In this regard, the military judge has security comparable to that enjoyed by many ordinary judges. Although the military judge may fear that his superiors may deprive him of advancement if they are dissatisfied with his decisions, this does not abrogate the military judge's independence.

Moreover, the fact that it is the prosecutor who appoints the judge does not make the military judge not independent. If this were the case, there would be no independent judges in the country.

Pratte J.A. therefore considered that General Courts Martial are independent tribunals within the meaning of section 11(d) of the *Charter*.

Per Décary J.A. (dissenting): Décary J.A. would have allowed the appeal on the grounds that General Courts Martial are not independent tribunals under section 11(d) of the *Charter*. In his view, the majority opinion in *MacKay v. The Queen* was no longer very relevant. That decision was concerned primarily with the subjective aspect of independence as opposed to the objective aspect of independence. In this appeal, it is the latter aspect only which is being challenged and in this regard, the case of *Valente v. The Queen* has deprived *MacKay* of a large part of its effect. Décary J.A. concluded that the concept of judicial independence developed thus far is a pattern rather than a straitjacket and that what the courts must ensure in a given case is that the "essence" of judicial independence has been preserved; that is, ensure that the tribunal is secure from any possibility of arbitrary interference by an outsider in the exercise of its essential authority and function.

Décary J.A. then turned to a consideration of the statutory and regulatory framework for General Courts Martial. In his

dans la preuve n'indique que les échelles salariales des membres des Forces armées pourraient être réduites ou annulées.

Aucune preuve n'existait en l'espèce que les membres de la Cour martiale générale avaient agi autrement que ne l'aurait fait un tribunal indépendant, ni que l'un de ses membres était inhabile ou incompétent à exercer les fonctions au sein de la Cour parce qu'il était membre des Forces armées. On ne saurait présumer qu'il y a intervention extérieure en l'absence de preuve précise et concordante à cet effet. Conséquemment, le juge Barbeau, J.C.A. a rejeté l'appel.

Le juge Pratte, J.C.A. : Le juge Pratte, J.C.A. a aussi rejeté l'appel, mais pour des motifs différents. À son avis, les seuls dangers réels qui pourraient peut-être menacer l'indépendance des cours martiales générales tiennent au fait que dans chaque cas, les autorités militaires choisissent les juges parmi leurs subordonnés. Ce sont les mêmes autorités militaires qui sont responsables du maintien de la discipline au sein des Forces canadiennes et de la répression des infractions militaires et, à cause de cela, lors du procès, elles font figure d'accusateur. Toutefois, la situation ne justifie pas la conclusion que les cours martiales générales ne sont pas indépendantes. En premier lieu, quelle que soit la décision qu'il rend, le juge militaire n'a pas à craindre de perdre son salaire ou son rang car ses supérieurs n'auraient pas le pouvoir de les lui enlever. Le juge militaire bénéficie à cet égard d'une sécurité comparable à celle dont jouissent bien des juges ordinaires. Bien que le juge militaire puisse craindre que ses supérieurs le privent d'un avancement s'ils étaient mécontents de ses décisions, cela ne suffit pas pour nier l'indépendance des juges militaires.

De plus, le fait que les juges militaires sont nommés par l'accusateur ne permet pas de douter de leur indépendance. Autrement, il n'existerait chez nous aucun juge indépendant.

Le juge Pratte, J.C.A. a par conséquent estimé que les cours martiales générales sont des tribunaux indépendants au sens accordé à cette expression à l'alinéa 11d) de la *Charte*.

Le juge Décary, J.C.A. (dissident) : Le juge Décary, J.C.A. aurait accueilli l'appel au motif que les cours martiales générales ne sont pas des tribunaux indépendants au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte*. À son sens, l'opinion majoritaire dans l'affaire *MacKay c. La Reine* n'était plus très pertinente. Cette décision traite principalement de l'aspect subjectif de l'indépendance par opposition à son aspect objectif. Dans le présent appel, seul l'aspect objectif est contesté et, à cet égard, l'arrêt *Valente c. La Reine* paraît avoir privé l'arrêt *MacKay* d'une bonne partie de ses effets. Le juge Décary, J.C.A. a conclu que le concept de l'indépendance judiciaire qui s'est développé jusqu'à maintenant est un moule plutôt qu'un carcan et que ce dont les tribunaux doivent s'assurer dans un cas donné, c'est que l'«essence» de l'indépendance judiciaire soit préservée, c'est-à-dire s'assurer que le tribunal soit à l'abri de la possibilité de toute intervention arbitraire d'un tiers dans l'exercice de ses fonctions et de ses pouvoirs essentiels.

Le juge Décary, J.C.A. a ensuite étudié le cadre statutaire et réglementaire relatif aux cours martiales générales. À son sens,

view, the system created by the *National Defence Act* and by the *Queen's Regulations and Orders* clearly establishes close links of institutional dependence between the Minister of National Defence, the commanding officer who signs the charge sheet, orders custody, and decides to proceed with the charge, the military authority who convenes the court, the officers who make up the court, the officer who prosecutes, and the accused. There is such institutional connivance and vulnerability between the Canadian Forces and the General Court Martial that the latter's independence within the meaning of the *Charter* is seriously compromised.

For this reason, Décary J.A. would have found that the General Court Martial which tried the appellant was not an independent tribunal.

COUNSEL:

Jean Asselin and Guy Cournoyer, for the appellant
Lieutenant-Colonel A.F. Fenske, CD and Major M.H. Coulombe, for the respondent

STATUTES AND REGULATIONS CITED:

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III, ss. 1(a), 1(b), 2(e), 2(f)
Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B of the *Canada Act 1982 (U.K.)*, 1982, c. 11, ss. 1, 7, 11(d), 11(f)
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1985, App. II], s. 91(7)
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 4(2), 4(3)
National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 78, 120 (as am. S.C. 1972, c. 13, s. 73), 154(1)
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 9, 10, 12 (as am. R.S.C. 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 60 (Sch. I, s. 2)), 28 (as am. R.S.C. 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 60 (Sch. I, s. 12)), 35 (as am. R.S.C. 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 60 (Sch. I, s. 16)), 50, 88, 130, 155 (as am. R.S.C. 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 60 (Sch. I, s. 44)), 157 (as am. R.S.C. 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 50, s. 60 (Sch. I, s. 46)), 158 (as am. R.S.C. 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 51, s. 60 (Sch. I, s. 47)), 160 (as am.

le système créé par la *Loi sur la défense nationale* et les *Ordonnances et Règlements Royaux applicables aux Forces canadiennes* établit des liens étroits de dépendance institutionnelle entre le ministre de la Défense, l'officier commandant qui signe l'acte d'accusation, ordonne la détention et décide de donner suite à l'acte d'accusation, l'autorité militaire qui convoque la Cour, les officiers qui la composent, l'officier qui est procureur à charge et l'accusé. Il existe une complicité et une vulnérabilité institutionnelles telles entre les Forces canadiennes et la Cour martiale générale que l'indépendance de celle-ci, au sens de la *Charte*, est sérieusement compromise.

Pour ces motifs, le juge Décary, J.C.A. aurait conclu que la Cour martiale générale qui a jugé l'appellant n'était pas un tribunal indépendant.

AVOCATS:

Jean Asselin et Guy Cournoyer, pour l'appellant
Lieutenant-colonel A.F. Fenske, DC et Major M.H. Coulombe, pour l'intimée

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS :

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, chap. 11, art. 1, 7, 11(d), 11(f)
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, App. III, art. 1(a), 1(b), 2(e), 2(f)
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [L.R.C. 1985, App. II], art. 91(7)
Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 78, 120 (mod. par S.C. 1972, chap. 13, art. 73), 154(1)
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 9, 10, 12 (mod. par L.R.C. 1985, chap. 31 (1^{er} suppl.), art. 60, ann. I, art. 2), 28 (mod. par L.R.C. 1985, chap. 31 (1^{er} suppl.), art. 60, ann. I, art. 12), 35, 50, 88, 130, 155 (mod. par L.R.C. 1985, chap. 31 (1^{er} suppl.), art. 60, ann. I, art. 44), 157 (mod. par L.R.C. 1985, chap. 31 (1^{er} suppl.), art. 50, art. 60, ann. I, art. 46), 158 (mod. par L.R.C. 1985, chap. 31 (1^{er} suppl.), art. 51, art. 60, ann. I, art. 47), 160 (mod. par L.R.C. 1985, chap. 31 (1^{er} suppl.), art. 60, ann. I, art.

R.S.C. 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 60 (Sch. I, s. 48)), 161, 162, 165, 167, 168, 169, 177(1), 180, 183, 189, 192(4), 209, 210, 211, 212

Canadian Forces Administrative Orders 4-1, s. 3, 4, 6; 26-6; 401, s. 5

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, (1968 Revision), art. 103.21, 103.61, 106.01, 107.05, 108.01-108.29, 108.30, 109.01, 110.06, 111.05, 111.06, Note (B), 111.12, 111.21, Note (A), 111.22, 111.23, 111.50, 111.51, 112.05(4a), 112.06, 112.06(5), 112.10, Note (A), 112.54, 112.55(2), 112.55(4), 204.218

48), 161, 162, 165, 167, 168, 169, 177(1), 180, 183, 189, 192(4), 209, 210, 211, 212

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 4(2), 4(3)

Ordonnances administratives des Forces canadiennes, 4-1, art. 3, 4, 6; 26-6; 401, art. 5

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces armées canadiennes (révision 1968), art. 103.21, 103.61, 106.01, 107.05, 108.01-108.29, 108.30, 109.01, 110.06, 111.05, 111.06, Note (B), 111.12, 111.21, Note (A), 111.22, 111.23, 111.50, 111.51, 112.05(4a), 112.06, 112.06(5), 112.10, Note (A), 112.54, 112.55(2), 112.55(4), 204.218

CASES CITED:

Aldred v. The Queen (1987), 4 C.M.A.R. 476
Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143

Beauregard v. Canada, [1986] 2 S.C.R. 56

Brouillard a.k.a. Chatel v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 39

Goodwin v. The Queen (1988), 4 C.M.A.R. 527

Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145

IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd., [1990] 1 S.C.R. 282

MacKay v. Manitoba, [1989] 2 S.C.R. 357

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

MacKeigan v. Hickman, [1989] 2 S.C.R. 796

Northern Telecom v. Telecommunications Workers, [1980] 1 S.C.R. 115

R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295

R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265

R. v. Debot, [1989] 2 S.C.R. 1140

R. v. Forster (1989), 5 C.M.A.R. 6

R. v. Greffe, [1990] 1 S.C.R. 755

R. v. Ionson, [1989] 2 S.C.R. 1073

R. v. Therens, [1985] 1 S.C.R. 613

R. v. Turpin, [1989] 1 S.C.R. 1296

R. v. Wigglesworth, [1987] 2 S.C.R. 541

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486

Restaurant Le Clémenceau Inc. v. Drouin, [1987] 1 S.C.R. 706

Schick v. The Queen (1987), 4 C.M.A.R. 540

Singh v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177

Valente v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 673

JURISPRUDENCE CITÉE :

Aldred c. La Reine (1987), 4 C.A.C.M. 476

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143

Beauregard c. Canada, [1986] 2 R.C.S. 56

Brouillard dit Chatel c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 39

Goodwin c. La Reine (1988), 4 C.A.C.M. 527

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145

MacKay c. Manitoba, [1989] 2 R.C.S. 357

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

MacKeigan c. Hickman, [1989] 2 R.C.S. 796

Northern Telecom c. Travailleurs en communication, [1980] 1 R.C.S. 115

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265

R. c. Debot, [1989] 2 R.C.S. 1140

R. c. Forster (1989), 5 C.A.C.M. 6

R. c. Greffe, [1990] 1 R.C.S. 755

R. c. Ionson, [1989] 2 R.C.S. 1073

R. c. Therens, [1985] 1 R.C.S. 613

R. c. Turpin, [1989] 1 R.C.S. 1296

R. c. Wigglesworth, [1987] 2 R.C.S. 541

Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486

Restaurant Le Clémenceau Inc. c. Drouin, [1987] 1 R.C.S. 706

Schick c. La Reine (1987), 4 C.A.C.M. 540

SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd., [1990] 1 R.C.S. 282

Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177

The following is the English version of the reasons for judgment delivered by

PRATTE J.A.: I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared by my two brother judges. Like Barbeau J.A., I would dismiss the appeal, but for somewhat different reasons.

The question to be answered is whether a General Court Martial, like the one which tried the appellant, is an independent tribunal within the meaning of paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. If there has to be a negative answer to this question, the question then becomes whether this breach of paragraph 11(d) is justified by section 1.

As Décary J.A. properly points out, there is no magic formula for guaranteeing the independence of all tribunals. Tribunals are not all created in the same way; they are often subject to very different rules. Because of this, the threat to their independence does not always take the same form. It follows that in each case the independence of the tribunal must be protected in a manner appropriate to the nature and seriousness of the dangers threatening that independence.

Thus, judges whom I shall call "ordinary" (like those of the superior courts and those who were in question in *Valente*¹), appointed by the executive to paid judicial positions, have a clear interest in retaining those positions and continuing to receive their salaries. If the law did not give them a guarantee of tenure and financial security, the danger is that the executive would be in a position to dictate their judgments. For these "ordinary" judges, tenure and financial security are thus essential guarantees of independence.

The situation is different for judges who, like the members of a General Court Martial, are appointed to try a single case and receive no pay for the performance of duties which are in addition to their usual duties. Not only is it difficult in their case to speak of tenure and financial security, but it must be apparent that these guarantees are not necessary. It cannot be

Valente c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 673

Ce qui suit sont les motifs du jugement prononcés en français par

LE JUGE PRATTE, J.C.A. : J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement préparés par mes deux collègues. Comme le juge Barbeau, J.C.A., mais pour des raisons un peu différentes, je rejetterais l'appel.

La question à résoudre est celle de savoir si une cour martiale générale, comme celle qui a jugé l'appelant, est un tribunal indépendant au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si cette question doit recevoir une réponse négative, il faut alors se demander si cette violation de l'alinéa 11d) est justifiée par l'article 1.

Il n'existe pas, le juge Décary, J.C.A. le souligne avec raison, de formule magique qui puisse assurer l'indépendance de tous les tribunaux. Les tribunaux ne sont pas tous constitués de même façon; ils sont souvent régis par des règles fort différentes. À cause de cela, leur indépendance n'est pas toujours pareillement menacée. Il s'ensuit que, dans chaque cas, l'indépendance du tribunal devra être protégée d'une façon appropriée à la nature et à la gravité des dangers qui mettent cette indépendance en péril.

Ainsi, les juges, que j'appellerai «ordinaires» (comme ceux des cours supérieures et ceux dont il était question dans l'affaire *Valente*¹), nommés par le pouvoir exécutif à des fonctions judiciaires rémunérées, ont un intérêt évident à conserver leur charge et à continuer à recevoir leur traitement. On pourrait craindre, si la loi ne leur donnait aucune garantie d'inamovibilité et de sécurité financière, que le pouvoir exécutif ne soit en position de leur dicter leurs jugements. Pour ces juges «ordinaires», l'inamovibilité et la sécurité financière sont donc des garanties nécessaires d'indépendance.

Il en va autrement des juges qui, comme les membres d'une cour martiale générale, sont nommés pour juger une seule affaire et qui ne reçoivent aucune rémunération pour l'exécution de ces fonctions qui s'ajoutent à leurs tâches ordinaires. Non seulement est-il difficile, dans leur cas, de parler d'inamovibilité et de sécurité financière, mais il faut

¹ *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673.

¹ *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

assumed that these military judges, who derive no benefit from performing their judicial functions, should wish to please those who appointed them solely in order to retain their duties or be appointed to similar duties in future. In reality, the fact that no pay or benefit is attached to the performance of judicial duties in the military is as effective a guarantee of independence as that of tenure and financial security to the "ordinary" judge. This does not mean that such a guarantee is necessarily sufficient, since the independence of a military judge may be threatened by other dangers. The legal status of General Courts Martial must accordingly be examined to determine whether other dangers exist that could seriously imperil their independence.

I do not wish to add anything to the summary made by Décary J.A. of the legislative and regulatory provisions applicable to General Courts Martial. A careful review of these provisions suggests, first, four preliminary observations. To begin with, I find nothing which enables the military authorities or anyone else to directly influence the decisions of a General Court Martial after it has been created. Secondly, the power of the military authorities to vary the decision of a court martial in certain cases seems to me to have no connection with the question of whether that court martial is independent when it makes its decision. Third, the fact that the military authorities determine the time when the General Court Martial will sit and may require it to sit *in camera* does not seem to me to compromise the court's independence. Finally, I also do not believe that the fact that everyone participating in the administration of military justice (with the possible exception of counsel for the accused) is a soldier can by itself imperil the independence of the court martial: on this point, I would say that *MacKay*² should be followed.

Having said this, in my view the only real dangers which perhaps could threaten the independence of General Courts Martial arise from the fact that in every case it is the military authorities who select the judges from among their subordinates. These are the

voir que ces garanties ne sont pas nécessaires. On ne peut penser que ces juges militaires, qui ne retirent aucun avantage de l'exécution de leurs fonctions judiciaires, puissent vouloir plaire à ceux qui les ont nommés dans le seul but de conserver leurs fonctions ou d'être nommés à des fonctions identiques dans l'avenir. En réalité, le fait qu'aucune rémunération ou avantage ne soient attachés à l'accomplissement des tâches judiciaires militaires constitue une garantie d'indépendance aussi efficace que celle que l'inamovibilité et la sécurité financière assurent au juge «ordinaire». Ce n'est pas à dire que cette garantie soit nécessairement suffisante puisque l'indépendance du juge militaire peut être menacée par d'autres dangers. Aussi faut-il examiner le statut juridique des cours martiales générales dans le but de découvrir s'il existe d'autres dangers qui mettent sérieusement leur indépendance en péril.

Je ne veux rien ajouter au résumé qu'a fait le juge Décary des dispositions législatives et réglementaires concernant les cours martiales générales. Une revue attentive de ces dispositions me suggère d'abord quatre observations préliminaires. En premier lieu, je ne trouve rien qui permette aux autorités militaires ou à quiconque d'influencer directement les décisions d'une cour martiale générale après que celle-ci a été constituée. En deuxième lieu, le pouvoir des autorités militaires de modifier, en certains cas, la décision d'une cour martiale ne me semble avoir aucun rapport avec la question de savoir si cette cour martiale est indépendante lorsqu'elle rend sa décision. Troisièmement, le fait que les autorités militaires fixent le moment où la cour martiale générale siègera et puissent lui imposer de siéger à huis clos ne me paraît pas compromettre l'indépendance de cette cour. Enfin, je ne crois pas, non plus, que le fait que tous ceux qui participent à l'administration de la justice militaire (à l'exception possible des procureurs de l'accusé) soient des militaires puisse, à lui seul, mettre en danger l'indépendance de la cour martiale; sur ce point, je dirais que l'arrêt *MacKay*² doit être suivi.

Ceci dit, à mon avis, les seuls dangers réels qui peuvent peut-être menacer l'indépendance des cours martiales générales tiennent au fait que ce sont les autorités militaires qui, dans chaque cas, choisissent les juges parmi leurs subalternes. Ce sont ces mêmes

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

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

same military authorities who are responsible for maintaining discipline in the Canadian Forces and punishing military offences, and because of this they act as prosecutors at the trial. That being the case, it may be thought dangerous that these are the ones who select the judges, and even more dangerous that they should select them from among their subordinates. I do not think that these two dangers are so serious as to warrant a conclusion that the General Courts Martial lack independence. Firstly, to assess the consequences of the fact that a military judge is a subordinate of the authority appointing him, it must still be borne in mind that whatever the decision he makes the military judge does not have to fear losing his salary or rank, because his superiors do not have the power to take them from him. In this regard the military judge has security comparable to that enjoyed by many ordinary judges. All the military judge may fear is that his superiors, if they are dissatisfied with his decisions, will deprive him of advancement they would otherwise have given him. If this possibility suffices to deny the military judge's independence, one would also have to deny the independence of most ordinary trial judges who may also fear that if they hand down judgments which displease the executive they will lose the chance of being appointed to an appellate court.

There remains the fact that members of a court martial are appointed by the military authorities to try a given case. Is this not the prosecutor choosing the judge and imposing him on the accused, and is there not reason to fear in that case that the judge will be chosen for the judgment it is hoped he will render, rather than for his ability to do justice? These fears are perhaps justified, but they do not take into account the fact that the military judge is appointed to try only one case: they are due to the fact that it is the prosecutor who appoints the judge. This fact is not by itself a basis for questioning the judge's independence. Otherwise, we would have no independent judges in this country.

I therefore consider that the legal status of General Courts Martial supports the conclusion that these courts are independent tribunals within the meaning of paragraph 11(d) of the *Charter*. This conclusion seems to me to be confirmed by paragraph 11(f) of the *Charter*, which expressly recognizes that military

autorités militaires qui sont responsables du maintien de la discipline au sein des Forces canadiennes et de la répression des infractions militaires et, à cause de cela, lors du procès, elles font figure d'accusateur. Cela étant, on peut trouver dangereux que ce soit elles qui choisissent les juges et encore plus dangereux qu'elles les choisissent parmi leurs subalternes. Je ne crois pas que ces deux dangers soient si sérieux que l'on puisse conclure au manque d'indépendance des cours martiales générales. En premier lieu, pour évaluer les conséquences du fait que le juge militaire soit le subalterne de l'autorité qui le nomme, il faut bien voir que le juge militaire, quelle que soit la décision qu'il rend, n'a pas à craindre de perdre son salaire ou son rang car ses supérieurs n'auraient pas le pouvoir de les lui enlever. Le juge militaire bénéficie à cet égard d'une sécurité comparable à celle dont jouissent bien des juges ordinaires. Tout ce que pourrait craindre le juge militaire, c'est que ses supérieurs, s'ils étaient mécontents de ses décisions, ne le privent d'un avancement qu'ils lui auraient autrement accordé. Si cette possibilité suffisait pour nier l'indépendance du juge militaire, il faudrait aussi nier l'indépendance de la plupart des juges ordinaires de première instance qui peuvent aussi craindre, s'ils rendent des jugements qui déplaisent à l'exécutif, de perdre la chance d'être nommés à une cour d'appel.

Reste le fait que les membres de la cour martiale sont nommés par les autorités militaires pour juger une affaire déterminée. N'est-ce pas là l'accusateur qui choisit le juge et l'impose à l'accusé et n'y a-t-il pas lieu de craindre, alors, que le juge soit choisi en fonction du jugement qu'on veut lui faire prononcer plutôt qu'en raison de son aptitude à rendre justice? Ces craintes sont peut-être justifiées mais elles ne tiennent pas au fait que le juge militaire soit nommé pour juger une affaire seulement; elles tiennent au fait que ce soit l'accusateur qui nomme le juge. Or ce fait, à lui seul, ne permet pas de douter de l'indépendance du juge. Autrement, il n'existerait chez nous aucun juge indépendant.

Je suis donc d'avis que le statut juridique des cours martiales générales permet de dire que ces cours sont des tribunaux indépendants au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte*. Cette conclusion me paraît confirmée par l'alinéa 11f) de la *Charte* qui reconnaît expressément que la justice militaire puisse juger les affaires

law can try cases within its jurisdiction.³ The "military law" referred to in that paragraph is, in my opinion, what had been known to Canadian law for a long time when the *Charter* was enacted, namely a system of law administered by the military itself and the most important institution of which has always been the General Court Martial.

I would dismiss the appeal without costs.

The following is the English version of the reasons for judgment delivered by

BARBEAU J.A.: I have had the advantage of reading the reasons of my brother Décary J.A. and, with all due respect, I cannot share his views in the case at bar.

As Décary J.A. explained, the appeal at bar raises at this stage only a question as to the constitutionality of the General Court Martial which heard the appellant's case and found him guilty, on the ground that this Court is not an independent tribunal within the meaning of paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the other allegations on appeal having been either withdrawn by the appellant or dismissed at the hearing by this Court.

MACKAY v. THE QUEEN⁴

In 1980 a majority of the members of the Supreme Court decided that the following two constitutional questions should be answered in the affirmative:

(1) Are the provisions of the *National Defence Act* which authorized the trial by service tribunals of military personnel charged with criminal offences committed in Canada, contrary to the *Narcotic Control Act* or the *Criminal Code*, inoperative by reason of paragraphs 1(a), 1(b), 2(e) and 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*?

(2) Is the *National Defence Act*, in as far as it permits criminal proceedings before service tribunals for

qui relèvent de sa compétence³. La «justice militaire» dont parle cet alinéa c'est, à mon avis, celle que le droit canadien connaissait depuis longtemps au moment où la *Charte* a été édictée, c'est-à-dire une justice administrée par les militaires eux-mêmes et dont l'institution la plus importante avait toujours été la Cour martiale générale.

Je rejetterais l'appel sans frais.

Ce qui suit sont les motifs du jugement prononcés en français par

LE JUGE BARBEAU, J.C.A. : J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs exprimés par mon collègue le juge Décary, J.C.A., et, en toute déférence, je ne puis partager ses vues en l'instance.

Comme l'explique le juge Décary, J.C.A., le présent pourvoi soulève, à ce stade, la seule question de la constitutionnalité de la Cour martiale générale qui a entendu la cause de l'appelant et conclu à sa culpabilité, au motif que cette Cour ne serait pas un tribunal indépendant au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les autres allégations d'appel ayant été ou retirées par l'appelant ou rejetées à l'audience par la présente Cour.

L'AFFAIRE MACKAY c. LA REINE⁴

En 1980 la Cour suprême décidait à la majorité de ses membres que les deux questions constitutionnelles suivantes devaient être résolues par l'affirmative :

1) Les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, qui autorisent le procès du personnel militaire accusé d'infractions criminelles commises au Canada en violation de la *Loi sur les stupéfiants* ou du *Code criminel* devant des tribunaux militaires, sont-elles inopérantes en raison des alinéas 1a), 1b), 2e) et 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*?

2) Est-ce que la *Loi sur la défense nationale* est *ultra vires* du Parlement du Canada dans la mesure où elle

³ Since *R. v. Ionson*, [1989] 2 S.C.R. 1073, it cannot be questioned that the offences with which appellant was charged were military offences falling within military law.

⁴ [1980] 2 S.C.R. 370.

³ Depuis l'arrêt *R. c. Ionson*, [1989] 2 R.C.S. 1073, on ne peut douter que les infractions dont était accusé l'appelant étaient des infractions militaires relevant de la justice militaire.

⁴ [1980] 2 R.C.S. 370.

offences committed in Canada contrary to the *Narcotic Control Act* or the *Criminal Code* to be instituted and conducted by military prosecutor and not by the Attorney General of a province or the Attorney General of Canada, *ultra vires* the Parliament of Canada?

The answers to these questions were determined at that time in light of the provisions of the *Canadian Bill of Rights* then in effect, the relevant sections of which were as follows:

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

(a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

(f) deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, or of the right to reasonable bail without just cause; . . . (My emphasis.)

After explaining that the jurisdiction of Parliament over the militia, military and naval service and defence (subsection 91(7) of the *Constitution Act, 1867*) authorizes it to enact legislation governing the members of the Armed Forces and to establish courts to give effect to such legislation, the Court discussed the question of the independence of the court martial as follows (at 394 and 395):

permet au procureur à charge militaire et non au procureur général d'une province ou au Procureur général du Canada d'instituer et de mener des poursuites criminelles devant des tribunaux militaires pour des infractions commises au Canada en violation de la *Loi sur les stupéfiants* ou du *Code criminel*?

Les réponses à ces deux questions furent à l'époque déterminées à la lumière des dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* alors en vigueur, dont les articles pertinents étaient les suivants :

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

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

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

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

f) privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité de la loi, après une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé, ou la privant sans juste cause du droit à un cautionnement raisonnable; . . . (Mes soulignements.)

Après avoir expliqué que la juridiction du Parlement sur la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays (article 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*) autorise celui-ci à édicter des lois régissant les membres des Forces armées et à établir des tribunaux chargés de leur application, la Cour traite de la question du caractère indépendant de la cour martiale dans les termes suivants (aux pages 394 et 395) :

It was, however, seriously contended that the *National Defence Act* was inoperative as contravening the provisions of s. 2(f) of the *Bill of Rights* in so far as that section provides that no law of Canada shall be construed so as to deprive a person charged with a criminal offence of the right to "a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal".

The complaint in this regard centred on the submission that the appellant was deprived of a hearing by an independent and impartial tribunal because the president of the standing court martial was unsuitable for that task as he was a member of the Armed Forces albeit of the Judge Advocate General's Branch.

It should I think be observed that the Court which tried the appellant was established by the Governor in Council (s. 154(1)) and the president, who was appointed by the Minister of National Defence, was an officer whose rank indicates that he had had some years of military service and whose position with the branch of the Judge Advocate General bespeaks familiarity with military law. An officer such as this whose occupation is closely associated with the administration of the law under the *National Defence Act* and whose career in the army must have made him familiar with what service life entails would, with all respect to those who hold a different view, appear to me to be a more suitable candidate for president of a court martial than a barrister or a judge who has spent his working life in the practice of non-military law. There is no evidence whatever in the record of the trial to suggest that the president acted in anything but an independent and impartial manner or that he was otherwise unfitted for the task to which he was appointed.

I can find no support in the evidence for the contention that the appointment of the president of the Court resulted or was calculated to result in the appellant being deprived of a trial before an independent and impartial tribunal. (My emphasis.)

I would add to these observations of the Supreme Court that in the case at bar there is no evidence on which this Court can arrive at the conclusion that the members of the General Court Martial at issue acted in any way other than an independent tribunal would have done, or that any of its members was unfitted or incompetent to perform the duties of the position held by him on that Court as a consequence of being a member of the Armed Forces. It is not the function of this Court to dispose of such a question solely on the basis of legislation and regulations which have been duly adopted and the implementation of which, in the absence of any evidence to the contrary, discloses no deficiencies in this regard.

On a, cependant, sérieusement soutenu que la *Loi sur la défense nationale* était inopérante parce qu'elle contrevenait aux dispositions de l'al. 2f) de la *Déclaration des droits* en ce que cet alinéa établit qu'aucune loi du Canada ne doit s'interpréter de façon à priver une personne accusée d'un acte criminel du droit à une «audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé».

L'appellant allègue à cet égard qu'il a été privé d'une audition par un tribunal indépendant et non préjugé parce que le président de la cour martiale permanente était inapte à remplir cette tâche en tant que membre des forces armées, bien qu'il fût rattaché au bureau du juge-avocat général.

Il faut, selon moi, faire remarquer que le tribunal qui a jugé l'appellant a été créé par le gouverneur en conseil (par. 154(1)) et que le président, qui a été nommé par le ministre de la Défense nationale, était un officier dont le rang indique qu'il avait nombre d'années de service et dont le poste au bureau du juge-avocat général témoigne de sa connaissance du droit militaire. Un officier comme celui-là, dont les fonctions sont reliées d'aussi près à l'application du droit issu de la *Loi sur la défense nationale* et que sa carrière dans l'armée a dû rendre familier avec les exigences de la vie militaire, me paraît, avec égards pour les tenants d'un point de vue différent, être un candidat plus apte à la présidence d'une cour martiale qu'un avocat ou un juge qui a fait carrière dans le droit non militaire. Absolument rien au dossier du procès ne laisse entendre que le président ait agi autrement que d'une façon indépendante et non préjugée ou qu'il ait par ailleurs été inapte à s'acquitter de la tâche qu'on lui avait confiée.

Je ne trouve rien dans la preuve qui fonde la prétention que la nomination du président de la cour pour le procès a eu pour résultat de priver l'appellant d'un procès devant un tribunal indépendant et non préjugé ou qu'elle visait ce résultat. (Mes soulèvements.)

J'ajouterai à ces propos de la Cour suprême que dans le dossier en l'instance aucun élément de preuve ne nous permet d'en arriver à la conclusion que les membres de la Cour martiale générale dont il est question auraient agi autrement que l'aurait fait un tribunal indépendant, ou que l'un quelconque de ses membres eut été inapte ou incompetent à remplir le rôle qu'il a occupé au sein de cette Cour par le fait qu'il était membre des Forces armées. Il ne nous appartient pas de disposer de pareille question sur la seule foi de textes de loi et réglementations dûment adoptés et dont la mise en application ne révèle, en l'absence de toute preuve au contraire, aucune déficience à cet égard.

The extent of the hierarchical (institutional) dependency alleged against the courts at issue can only be properly determined in light of the specific situation that may be disclosed by the operation of the machinery provided for in the legislation and regulations. For example, there was a good deal of reference in the argument to the fact that Lieutenant-General Fox of the St-Hubert Mobile Command was the person who convened the Court Martial in the case at bar and subsequently, after an extended adjournment of the hearing because of incidental proceedings filed by the appellant in the Federal Court, gave the order to the Court Martial to resume the hearing and proceed with the trial.

Those familiar with military administrative language are aware of the fact that in the Canadian Armed Forces — and probably all others as well — any activity or initiative takes the form of an "order" of a superior officer to a subordinate, from the high command right on down to the lowest level in the hierarchy. It seems quite clear to me that Lieutenant-General Fox, whom his superiors had made responsible in accordance with the regulations for the conduct of the prosecution brought against the soldier at the Valcartier Base (the appellant), gave the order in question on the basis of information provided by judge advocate Coulombe that the incidental proceedings in the Federal Court had been concluded.

Does this mean, in these circumstances, that Fox's order was absolutely binding on any of the members of the Court Martial created, or was it simply necessary information which had been given to them — in the usual language of the service — to ensure that the trial under way was properly conducted within the shortest possible time? The latter seems clearly to be the case, in the absence of any evidence to the contrary.

It would be desirable and highly appropriate for there to be in the same way a concrete and real study based on specific evidence of all the situations that are alleged to constitute ties of institutional dependence between the Minister of National Defence and the various hierarchical levels responsible for prosecutions; the same is true of the allegation of control at

C'est dans le seul contexte de la situation précise que pourrait révéler le fonctionnement de ces mécanismes prévus à ces textes et réglementations qu'il serait possible d'apprécier à sa juste valeur l'étendue de la sujétion hiérarchique (institutionnelle) alléguée à l'encontre des cours dont il s'agit. À titre d'exemple, on a fait grand état durant les débats du fait que le lieutenant-général Fox de la Force mobile de St-Hubert est celui qui a convoqué la cour martiale en l'espèce et par la suite, après un ajournement prolongé de l'audience en raison de procédures incidentes logées par l'appelant à la Cour fédérale, aurait donné l'ordre à la cour martiale de reprendre l'audience et poursuivre le procès.

Ceux familiers avec le langage administratif militaire sont conscients du fait qu'au sein des Forces armées canadiennes — et probablement de toutes autres — toute activité ou initiative se formule par «l'ordre» d'un officier supérieur à un subalterne et ce, à compter du Haut commandement jusqu'au plus bas échelon de la hiérarchie. Il m'apparaît, en toute évidence, que le lieutenant-général Fox, chargé par ses supérieurs aux termes des réglementations de la bonne marche de la poursuite intentée contre le militaire de la base de Valcartier (l'appelant), a donné l'ordre en question suite au renseignement fourni par le juge-avocat Coulombe que les procédures incidentes devant la Cour fédérale étaient terminées.

Est-ce à dire, en ces circonstances, que l'ordre de Fox liait sans restriction aucune les membres de la cour martiale instituée, ou qu'ils s'agissait simplement d'un renseignement essentiel qui leur était communiqué — dans le langage habituel des militaires — aux fins de vouloir assurer la bonne marche du procès engagé, dans les meilleurs délais. La seconde affirmation me semble évidente en l'absence de preuve au contraire.

Il serait loisible et fort approprié de poursuivre ainsi de la même manière l'étude concrète et véritable, suite à une preuve précise, de toutes les situations que l'on allègue constituer des liens de dépendance institutionnelle entre le ministre de la Défense nationale et les divers échelons hiérarchiques chargés des poursuites, de même qu'à l'égard de l'allégation du

all times over the charge sheet, investigation, detention, decision to prosecute, convening of the Court and choice of those appointed to sit on it.

Following this judgment in *MacKay* the new *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was promulgated (*Constitution Act, 1982*). Paragraph 11(d) provides as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal; [Emphasis added.]

The Supreme Court has rendered four judgments on the question of judicial independence since the *Charter of Rights* was adopted in 1982: *Valente*,⁵ *Beauregard*,⁶ *Hickman*⁷ and *IWA*.⁸

(a) *Valente*

This case recognized that the Provincial Court (Criminal Division) of the province of Ontario was an independent tribunal within the meaning of paragraph 11(d) above and met the necessary criteria for tenure, financial security and institutional independence or hierarchical dependence. At page 691 *et seq.* the Court dealt with *MacKay*, explaining that the concept of the independence criterion which it suggested is not necessarily in conflict with that suggested by the majority of the Court in *MacKay v. The Queen*. It added that the scope of the judgment in *MacKay* was that (at 690):

The majority held that the fact the president of the Standing Court Martial was an officer of the armed forces did not prevent the tribunal from being an independent tribunal within the meaning of s. 2(f). [Emphasis added.]

contrôle de tous les instants sur la mise en accusation, l'enquête, la détention, la décision de poursuivre, la convocation de la Cour et le choix de ceux désignés pour en faire partie.

Postérieurement à cet arrêt de *MacKay* la nouvelle *Charte canadienne des droits et libertés* fut promulguée (*Loi constitutionnelle de 1982*). Son alinéa 11d) édicte ce qui suit :

11. Tout inculpé a le droit :

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable; (Mes soulignements.)

Quatre décisions ont été prononcées par la Cour suprême sur la question de l'indépendance judiciaire depuis l'adoption de la *Charte des droits* de 1982 : *Valente*,⁵ *Beauregard*,⁶ *Hickman*⁷ et *Consolidated-Bathurst*.⁸

a) *Valente*

Cet arrêt a reconnu que la Cour provinciale (division criminelle) de la province de l'Ontario était un tribunal indépendant au sens de l'alinéa 11d) susdit et remplissait les critères exigés d'inamovibilité, de sécurité financière et d'indépendance institutionnelle ou sujétion hiérarchique. Aux pages 691 et suivantes la Cour traite de l'affaire *MacKay*, expliquant que la conception du critère de l'indépendance qu'elle propose n'est pas nécessairement incompatible avec celle proposée par la Cour à la majorité dans *MacKay c. La Reine*. Elle ajoute que la portée de la décision dans *MacKay* est que (à la page 690) :

La Cour à la majorité a jugé que même si le président de la Cour martiale permanente était un officier des forces armées, cela n'empêchait pas ce tribunal d'être un tribunal indépendant au sens de l'al. 2f). (Mes soulignements.)

⁵ *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673.

⁶ *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56.

⁷ *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796.

⁸ *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282.

⁵ *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

⁶ *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56.

⁷ *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796.

⁸ *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282.

The Ontario Provincial Court at issue here was a statutory tribunal.

(b) Beauregard

This judgment of the Supreme Court in 1986 dealt specifically with the right to equality before the law under paragraph 1(b) of the *Bill of Rights*. The concept of judicial independence is there discussed in relation to judges of the superior courts.

At page 89 Dickson C.J. reiterates the scope of the Court's judgment in *MacKay*, to the effect that the *National Defence Act* providing for the organization of courts martial is not in conflict with paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. His remarks (at page 90) indicating that it might be desirable in the future for a more elaborate interpretation to be adopted, taking into account the application of the *Canadian Bill of Rights*, cannot be taken as being a repudiation of the judgment in question; nor do they alter the necessary requirement of prior evidence as a basis for assessing the specific exercise of the judicial functions the nature of which is in dispute.

(c) Hickman

This judgment of October, 1989, in *MacKeigan v. Hickman* was primarily concerned with judicial immunity and the privilege attached to the exercise of the duties of a superior court judge. The rule of judicial independence resulting from the theory of separation of powers is discussed there at length; the judgment qualifies the constitutional principle of judicial independence by saying that it does not mean there should be a total absence of relations between the judiciary and the other branches of government, but that in performing their duties the judges of these courts must enjoy complete immunity regarding the way in which they dispose of cases, the grounds of their decisions or the reasons for them. Neither Parliament nor the legislatures can curtail these prerogatives and privileges which are properly judicial in nature. As McLachlin J. observes, at 828:

What is required, as I read *Beauregard v. Canada*, is avoidance of incidents and relationships which could affect the independence of the judiciary in relation to the two critical judicial

La Cour provinciale de l'Ontario dont il était question ici était un tribunal statutaire.

b) Beauregard

Cette décision de la Cour suprême en 1986 traitait particulièrement du droit à l'égalité devant la loi aux termes de l'alinéa 1b) de la *Déclaration*. La notion de l'indépendance judiciaire y est discutée à l'égard des juges des cours supérieures.

À la page 89 monsieur le juge en chef Dickson réitère la portée de la décision de la Cour dans l'affaire *MacKay* à l'effet que la *Loi sur la défense nationale* qui prévoit l'organisation des cours martiales n'est pas incompatible avec l'alinéa 1b) de cette *Déclaration canadienne des droits*. Ses commentaires (à la page 90) dans le sens qu'il pourrait être souhaitable qu'une interprétation plus nuancée à l'avenir soit susceptible d'être retenue, compte tenu de la portée de la *Déclaration canadienne*, ne peuvent s'interpréter comme étant une répudiation de la décision en question; elle n'altère pas davantage l'exigence requise d'une preuve préalable permettant l'appréciation de l'exercice concret des fonctions judiciaires dont le caractère est contesté.

c) Hickman

Cette décision d'octobre 1989 a discuté surtout de l'immunité judiciaire et du privilège attachés à l'exercice de la fonction des juges des cours supérieures. Le principe de l'indépendance judiciaire découlant de la théorie de la séparation des pouvoirs y est longuement discuté; l'arrêt qualifie le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire en énonçant qu'il ne doit pas s'entendre de l'absence totale de relations entre le judiciaire et les divers rouages de l'administration gouvernementale, bien qu'au cours de l'exercice de leurs fonctions les juges de ces cours doivent jouir d'une immunité complète en ce qui touche à la manière de disposer des causes, aux motifs de leurs décisions ou encore aux raisons de celles-ci. Ni le Parlement ni les législatures ne peuvent porter atteinte à ces prérogatives et privilèges proprement de nature judiciaire. Comme le souligne madame le juge McLachlin (à la page 828) :

Suivant mon interprétation de l'arrêt *Beauregard c. Canada*, il est nécessaire d'éviter des incidents et des rapports qui pourraient avoir des répercussions sur l'indépendance du pouvoir

functions — judicial impartiality in adjudication and the judiciary's role as arbiter and protector of the Constitution.

To summarize, judicial independence as a constitutional principle fundamental to the Canadian system of government possesses both individual and institutional elements.... (Emphasis added.)

(d) *IWA v. Consolidated Bathurst*

IWA v. Consolidated-Bathurst analyzed the possible effect on the concept of judicial independence of a practice followed by an administrative tribunal (the Ontario Labour Relations Board) in the deliberations of its members on matters of great importance. A panel of the Board generally consisted of three members; from time to time, various other members discussed with the three members on the panel who had heard the case questions of law raised by it and, in general, the rulings of the Board which might be applicable.

The Supreme Court said in its judgment that the rules of natural justice should be able to reconcile the characteristics and exigencies of decision-making by specialized tribunals with the procedural rights of the parties. Discussion with a person who has heard the evidence, it added, does not necessarily vitiate the resulting decision because that discussion might "influence" the decision-maker. It added that the criterion of independence is not the absence of influence, but rather the freedom to decide according to one's own conscience and opinions. The Board's practice of holding plenary meetings does not interfere with the capacity of panel members to decide according to their opinions, so as to create a reasonable fear of bias or of lack of independence.

The injury caused by a technical breach of natural justice must be proven by the party alleging it. In the absence of such proof, it concluded, it is impossible to determine the seriousness of a breach of the rules of natural justice.

Thus, following these subsequent judgments we are still dealing with a Supreme Court judgment which has the force of law. This judgment clearly

judiciaire relativement à deux fonctions judiciaires cruciales: l'impartialité judiciaire dans la prise de décisions et le rôle du pouvoir judiciaire en tant qu'arbitre et protecteur de la Constitution.

En résumé, en tant que principe constitutionnel fondamental du régime de gouvernement canadien, l'indépendance judiciaire comporte à la fois des éléments individuels et des éléments institutionnels... (Mes soulignements.)

d) *SITBA c. Consolidated-Bathurst*

Cette décision analysait la portée que pouvait avoir sur la notion de l'indépendance judiciaire, une pratique qu'un tribunal administratif (la Commission des relations ouvrières de l'Ontario) suivait au cours des délibérés de ses membres sur des questions de grande importance. Un banc de la Commission était généralement constitué de trois membres; à l'occasion, plusieurs autres commissaires discutaient avec les trois membres du banc qui avaient entendu la cause des questions de droit soulevées par le litige, ainsi que de la jurisprudence générale de la Commission possiblement applicable.

La Cour suprême énonçait dans sa décision que les règles de justice naturelle devraient pouvoir concilier les caractéristiques et exigences du processus décisionnel des tribunaux spécialisés avec les droits des parties en matière de procédure. La discussion avec une personne qui n'a pas entendu la preuve, ajouta-t-elle, n'entache pas forcément de nullité la décision qui s'ensuit au motif que cette discussion est susceptible «d'influencer» le décideur. Elle ajoutait que le critère de l'indépendance est non pas l'absence d'influence, mais plutôt la liberté de décider selon ses propres conscience et opinions. La pratique de la Commission consistant à tenir des réunions plénières n'entrave pas la capacité des membres d'un banc de statuer selon leurs opinions, de manière à susciter une crainte raisonnable de partialité ou d'un manque d'indépendance.

Le préjudice causé par une violation technique de justice naturelle doit être prouvé par la partie qui l'invoque. En l'absence de cette preuve, concluait-elle, il est impossible de déterminer la gravité de la violation des règles de justice naturelle.

Nous sommes donc toujours, suite à ces arrêts subséquents, en présence d'une décision de la Cour suprême qui a encore force de loi. Cette décision a

recognized that standing courts martial in Canada are independent tribunals and must be regarded as such, unless in a particular given instance the record at trial discloses clear facts establishing an absence of independence by such courts which may result from their activities or the conduct of their members.

I therefore consider that we are compelled to give full effect to this judgment, since as is the case here there is no specific or conclusive evidence on the basis of which we could limit or modify its application. The members of a standing court martial are career soldiers appointed *ad hoc* to sit on the court and hear a given case. As soon as the trial is over they return to their military duties. Whether it be a general, standing or disciplinary court martial, there is no legislation or regulation whatever providing that they can be removed once they have been appointed to act. The situation did not arise in the case at bar. The rule of tenure does not require that the function be permanent in nature; at least it does not rule out an *ad hoc* function. Once members are appointed to act it cannot be argued that their function is not a stable one: they have tenure with respect to this particular task.

Sections 12 and 35 of the *National Defence Act* provide that it is the Treasury Board which sets service pay by regulation: this pay includes a pension fund and annual premiums based on performance. Nothing in the evidence indicates that the Treasury Board did, or even could, arbitrarily reduce or cancel the annual salary scales of the Canadian Armed Forces, which are applicable to everyone.

The fact that an institutional hierarchy exists in the Canadian Armed Forces cannot be denied. As *Hickman* pointed out, institutional independence does not require a total absence of relations between the judiciary and the various levels of government. What matters is that the judicial function is not subject to any external intervention in the course of its performance. It certainly cannot be systematically or theoretically assumed that such interference exists, in the

clairement reconnu que les cours martiales permanentes au Canada constituaient des tribunaux indépendants et qu'il fallait les considérer comme tels, à moins que dans une instance particulière donnée le dossier de première instance ne révèle des faits manifestes établissant l'absence d'indépendance de pareilles cours pouvant résulter de ses activités ou de la conduite de ses membres.

Je suis donc d'avis que nous sommes astreints à donner plein effet à cette décision vu, comme c'est le cas en l'espèce, l'absence de toute preuve précise ou concluante nous autorisant à en restreindre ou modifier la portée. Les membres d'une cour martiale permanente sont des militaires de carrière désignés *ad hoc* pour y siéger et entendre un procès déterminé. Sitôt le procès terminé ils retournent à leurs fonctions militaires. Qu'il s'agisse d'une cour martiale générale, permanente ou disciplinaire aucun texte de loi ou de réglementation quelconque ne prévoit qu'ils puissent être destitués une fois désignés pour agir. En l'instance la situation ne s'est pas présentée. Le critère de l'inamovibilité n'exige pas que la fonction ait un caractère permanent, à tout le moins n'exclut pas la fonction *ad hoc*. Une fois désignés pour agir l'on ne saurait soutenir que leur fonction n'est pas stable; ils sont inamovibles à l'égard de cette tâche déterminée.

Les articles 12 et 35 de la *Loi sur la défense nationale* édictent que c'est le Conseil du Trésor qui fixe, par règlement, la solde des militaires; cette solde comprend un fonds de pension et des primes annuelles fondées sur le rendement du personnel. Rien dans la preuve n'indique que le Conseil du Trésor aurait, ou même pourrait, de façon arbitraire, réduire ou annuler les échelles annuelles du salaire des Forces armées canadiennes, lesquelles sont applicables à tous.

Qu'il existe une hiérarchie institutionnelle au sein des Forces armées canadiennes est une réalité indéniable. L'indépendance institutionnelle n'exclut pas, comme l'a souligné l'arrêt *Hickman*, l'absence totale de relations entre le judiciaire et les divers niveaux de l'administration. Ce qui importe est que la fonction judiciaire soit à l'abri de toute intervention extérieure au cours de son exercice. L'on ne saurait de façon systématique ou théorique prendre pour acquis que

absence of any specific and conclusive evidence to this effect. Concluding that an imaginary situation existed of unacknowledged intervention in the judicial process, in the absence once again of any evidence to this effect, would quickly undermine our society's very confidence in this fundamental activity. The oath taken to administer justice in accordance with law, impartially, without favouritism or prejudice, creates a balance of probability that simple administrative links or structures, which are necessary, not to say indispensable, cannot reverse in the absence of compelling reasons to the contrary.

ORDER

Accordingly, I would dismiss the appeal, with costs in all courts.

The following is the English version of the reasons for judgment delivered by

DÉCARY J.A. (dissenting):

THE FACTS

In September, 1988, the appellant, a Canadian Forces corporal, was charged on four counts, namely three of "possession of a narcotic for the purpose of trafficking, contrary to subsection 4(2) of the *Narcotic Control Act*", pursuant to section 120 (now 130) of the *National Defence Act* (hereinafter "the Act"), and one of desertion under section 78 (now 88) of the Act. The indictment was signed by the appellant's commanding officer, Lieutenant-Colonel Caron.

The narcotics in question were found in a search at his residence located outside the Valcartier Canadian Forces Base ("the Base"). The evidence did not show that the narcotics possessed by the accused were intended for members of the Canadian Forces (appeal case, volume 3, page 505).

The appellant appeared before his commanding officer, who ordered that he be held in custody

pareille entrave existe, en l'absence de toute preuve précise et concordante à cet effet. En arriver à la conclusion de l'existence d'une situation imaginaire d'intervention inavouée dans le processus judiciaire, en l'absence encore une fois de toute preuve en ce sens, aurait tôt fait de miner la confiance même de cette activité fondamentale de notre société. Le serment d'administrer la justice en accord avec la loi, de manière impartiale, sans favoritisme ni préjugé, assure une prépondérance de probabilité que des seuls liens ou structures administratives nécessaires, pour ne pas dire indispensables, ne sauraient renverser en l'absence de motifs impérieux au contraire.

ORDONNANCE

En conséquence, je serais d'avis de rejeter l'appel, avec les dépens devant toutes les cours.

Ce qui suit sont les motifs du jugement prononcés en français par

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. (dissident) :

LES FAITS

En septembre 1988, l'appelant, un caporal des Forces canadiennes, a été mis en accusation relativement à quatre chefs d'accusation, soit trois de «possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic, contrairement à l'article 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*», en vertu de l'article 120 (maintenant 130) de la *Loi sur la défense nationale* (ci-après «la Loi»), et un de désertion en vertu de l'article 78 (maintenant 88) de la Loi. L'acte d'accusation était signé par le commandant de l'appelant, le lieutenant-colonel Caron.

Les stupéfiants en question avaient été découverts lors d'une perquisition effectuée à sa résidence, sise à l'extérieur de la base des Forces canadiennes de Valcartier (la «base»). La preuve n'a pas révélé que les stupéfiants possédés par l'accusé étaient destinés à des membres des Forces canadiennes (dossier d'appel, vol. 3, à la page 505).

L'appelant a comparu devant son commandant, lequel a ordonné sa détention (dossier d'appel, à la

(appeal case, page 73), and because of the seriousness of the offences charged and the limitations on his power of punishment, recommended to Brigadier-General Addy that the appellant be tried by a court martial. Brigadier-General Addy then asked the commanding officer of the Mobile Command at St-Hubert, Lieutenant-General Fox, to convene a court martial. On September 29, 1988, Lieutenant-General Fox directed that a General Court Martial be convened, consisting of Colonel Tousignant, presiding, Lieutenant-Colonel Ayotte, Major Jamet, Major Von Einsiedel and Captain Brault. The convening order stated that the judge advocate would be appointed by the Judge Advocate General and that the Court would meet on October 18, 1988.

The appellant then applied to the Federal Court of Canada for a writ of prohibition prohibiting the General Court Martial from sitting. His principal reasons were that this Court was not an independent tribunal within the meaning of paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("the Charter") and that this Court could not try him on offences under the *Narcotic Control Act* without infringing his right to equality before the law recognized by section 15 of the *Charter*.

The presiding officer of the General Court Martial had in the meantime agreed to adjourn the hearing of the case until the Federal Court rendered its decision.

On January 16, 1989, Dubé J. of the Federal Court Trial Division dismissed the application, and on February 6, 1989, the appellant filed a notice of appeal with the Registry of the Federal Court of Appeal.

On March 6, 1989, Lieutenant-General Fox directed the General Court Martial to resume its hearing on March 14, 1989. On March 8, 1989, the deputy judge advocate and counsel for the prosecution informed counsel for the appellant of the order given by Lieutenant-General Fox.

The appellant filed an application with the Federal Court to stay the hearing before the General Court Martial until the Federal Court of Appeal had ruled on the appeal filed against Dubé J.'s judgment. This application was dismissed.

page 73) et, en raison de la gravité des infractions reprochées et des limitations de son pouvoir de punition, recommandé au brigadier-général Addy que l'appellant soit jugé par une cour martiale. Le brigadier-général Addy a alors prié le commandant de la Force mobile à St-Hubert, le lieutenant-général Fox, de convoquer une cour martiale. Le 29 septembre 1988, le lieutenant-général Fox ordonnait la convocation d'une Cour martiale générale dont les membres étaient le colonel Tousignant, à la présidence, le lieutenant-colonel Ayotte, le major Jamet, le major Von Einsiedel et le capitaine Brault. L'ordre de convocation précisait que le juge-avocat serait désigné par le juge-avocat général et que la Cour se réunirait le 18 octobre 1988.

L'appelant s'est alors adressé à la Cour fédérale du Canada aux fins d'obtenir un bref de prohibition empêchant la Cour martiale générale de siéger. Ses principaux motifs étaient que cette Cour n'était pas un tribunal indépendant au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*) et que cette Cour ne pouvait le juger relativement aux infractions à la *Loi sur les stupéfiants* sans transgresser son droit à l'égalité devant la loi reconnu par l'article 15 de la *Charte*.

Le président de la Cour martiale générale avait entre-temps accepté d'ajourner l'audition de la cause jusqu'à ce que la décision de la Cour fédérale soit rendue.

Le 16 janvier 1989, le juge Dubé, de la Section de première instance de la Cour fédérale, rejetait la requête et, le 6 février 1989, l'appellant déposait un avis d'appel au greffe de la Cour d'appel fédérale.

Le 6 mars 1989, le lieutenant-général Fox donnait ordre à la Cour martiale générale de reprendre l'audience le 14 mars 1989. Le 8 mars 1989, le juge-avocat adjoint et procureur de la poursuite informait les procureurs de l'appellant de l'ordre donné par le lieutenant-général Fox.

L'appelant présenta à la Cour fédérale une requête visant à suspendre l'instance devant la Cour martiale générale jusqu'à ce que la Cour d'appel fédérale se soit prononcée sur l'appel inscrit à l'encontre du jugement du juge Dubé. Cette requête fut rejetée.

The appellant's trial was finally held from May 23 to 27, 1989, at the Valcartier military base. On May 27, 1989, the appellant was found guilty on the four counts and sentenced to dishonourable discharge from Her Majesty's service and 15 months' imprisonment.

On June 20, 1989, the appellant waived his appeal to the Federal Court of Appeal from Dubé J.'s judgment. As the trial was concluded, the writ of prohibition could no longer be of assistance.

On September 27, 1989, the appellant appealed to this Court on the legality of the sentence and the legality of the General Court Martial's findings. He also appealed to the proper authority under section 212 of the Act on the severity of the sentence, and on March 2, 1990, the sentence was reduced to 12 months' imprisonment and discharge from Her Majesty's service.

At the time this appeal was heard, the appellant had served his term of imprisonment.

APPELLANT'S ARGUMENTS

The appellant put forward six grounds of appeal at the hearing: the independence of the tribunal and the rules of fundamental justice, equality before the law, the illegality of a search made at his residence, the denial of a stay, admission of expert testimony and the constitutionality of a verdict by majority vote.

The Court dismissed the last five grounds from the bench and invited counsel for the respondent to plead only on the first ground. The last three grounds were manifestly without foundation. The appellant's arguments on the question of illegality of the search were not without interest. Like him, the Court considers that the information to obtain the search warrant, which alleged as reasonable grounds in support of the application only the following, "Information from a trustworthy person following investigation", did not meet the requirements laid down by the Supreme Court of Canada in *Restaurant Le Clémenceau Inc. v. Drouin*, [1987] 1 S.C.R. 706 at 710, *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140 at 1168, and *R. v. Greffe* (No. 20763, April 12, 1990) [[1990] 1 S.C.R. 755]. The grounds should have been explained in greater detail

Le procès de l'appelant eut finalement lieu du 23 au 27 mai 1989 à la base militaire de Valcartier. Le 27 mai 1989, l'appelant fut reconnu coupable à l'égard des quatre chefs d'accusation et condamné à la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté et à un emprisonnement de 15 mois.

Le 20 juin 1989, l'appelant s'est désisté de son appel devant la Cour d'appel fédérale à l'encontre du jugement du juge Dubé. Le procès étant terminé, le bref de prohibition n'était plus d'aucun secours.

Le 27 septembre 1989, l'appelant en appelait à cette Cour de la légalité de la sentence de même que de la légalité des conclusions de la Cour martiale générale. Il en appelait également à l'autorité compétente, en vertu de l'article 212 de la Loi, de la sévérité de la sentence et, le 2 mars 1990, la sentence était réduite à une sentence d'emprisonnement de 12 mois et de destitution du service de Sa Majesté.

Au moment de l'audition de cet appel, l'appelant avait purgé sa sentence d'emprisonnement.

LES PRÉTENTIONS DE L'APPELANT

À l'audition, l'appelant a invoqué six motifs d'appel : l'indépendance du tribunal et les principes de justice fondamentale, l'égalité devant la loi, l'illégalité d'une perquisition effectuée à son domicile, le refus d'un ajournement, l'acceptation en preuve du témoignage d'un expert et la constitutionnalité d'un verdict déterminé à la majorité.

Nous avons, séance tenante, rejeté les cinq derniers motifs et invité le procureur de l'intimée à ne s'adresser qu'au premier motif. Les trois derniers motifs étaient manifestement mal fondés. En ce qui a trait à l'illégalité de la perquisition, les arguments de l'appelant n'étaient pas dénués d'intérêt. Nous avons, comme lui, été d'avis que la dénonciation en vue d'obtenir le mandat de perquisition, qui n'alléguait comme motifs raisonnables au soutien de la demande que ce qui suit : « Information d'une personne digne de foi et suite d'une enquête », ne rencontrait pas les exigences établies par la Cour suprême du Canada dans *Restaurant Le Clémenceau Inc. c. Drouin*, [1987] 1 R.C.S. 706, à la page 710, *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la page 1168 et *R. c. Greffe*, n° 20763, 12 avril 1990 [[1990] 1 R.C.S. 755]. Il eût

and the justice of the peace should not have authorized the search blindly. However, since reasonable grounds existed in the case at bar which could have been given to the justice of the peace, the Court considered in light of *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, that exclusion of the evidence obtained in this illegal search would bring the administration of justice into disrepute.

The Court considered that the argument of equality before the law should be dismissed for the following reason. This argument can only assist the appellant if he fails in his contentions regarding the independence of the tribunal. If the General Court Martial is found to be independent within the meaning of the *Charter*, despite the special system of justice established by the *National Defence Act*, it will no longer seem possible to argue members of the Canadian Forces are a "discrete and insular minority" (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143 at 183; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296 at 1332). In any case, in the absence of evidence as to the social, political and legal circumstances, a court should refrain from ruling on a question of discrimination (*Turpin, supra*, 1331). No such evidence was presented in the case at bar.

In order to succeed on his first argument, namely independence of the tribunal and the rules of fundamental justice, the appellant must (a) persuade this Court that it can decide the case despite the absence of evidence; (b) show that the *Charter* is applicable to a soldier tried in a court martial; (c) get around the judgment of the Supreme Court of Canada in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; (d) persuade this Court that it can go back on the judgment it rendered in *Schick v. The Queen*, C.M.A.R. 265, May 25, 1987 [4 C.M.A.R. 540]; and of course, (e) explain how the General Court Martial is not an independent tribunal within the meaning of *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, and *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, and in what way the rules of fundamental justice have not been observed. If the appellant meets

fallu, en effet, que les motifs fussent plus circonstanciés et que le juge de paix n'autorisât pas aveuglément la perquisition. Cependant, puisqu'il existait en l'espèce des motifs raisonnables qui auraient pu être communiqués au juge de paix, nous avons été d'avis, à la lumière de l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, que l'exclusion de la preuve obtenue lors de cette perquisition illégale déconsidérerait l'administration de la justice.

En ce qui a trait à l'argument d'égalité devant la loi, nous avons été d'avis de le rejeter pour le motif que voici. Cet argument ne peut être utile à l'appelant que s'il échoue dans ses prétentions relatives à l'indépendance du tribunal. Or, si la Cour martiale générale est jugée indépendante au sens de la *Charte*, en dépit du régime particulier de justice qu'établit la *Loi sur la défense nationale*, il ne nous apparaît plus guère possible de soutenir que les membres des Forces canadiennes constituent une «minorité discrète et isolée» (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la page 183; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1332). Quoi qu'il en soit, en l'absence de preuve des contextes social, politique et juridique, une cour devrait s'abstenir de se prononcer sur une question de discrimination (*Turpin, supra*, 1331). Il n'y eut aucune telle preuve en l'espèce.

Pour réussir, relativement à son premier argument, soit l'indépendance du tribunal et les principes de justice fondamentale, l'appelant devra a) convaincre cette Cour qu'elle peut trancher le litige en dépit de l'absence de preuve; b) démontrer que la *Charte* est applicable au militaire jugé en cour martiale générale; c) écarter l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, prononcé par la Cour suprême du Canada en 1980; d) convaincre cette Cour qu'elle peut revenir sur la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Schick c. La Reine*, C.A.C.M. 265, 25 mai 1987 [4 C.A.C.M. 540]; et, bien sûr, e) exposer en quoi la Cour martiale générale n'est pas un tribunal indépendant au sens des arrêts *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, et *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, et en quoi les principes de justice fondamentale ne

this test, the respondent will have to justify the creation of a non-independent tribunal under section 1 of the *Charter*.

(a) Absence of evidence

The respondent asked this Court not to rule on the constitutional point at issue on the ground that the appellant presented no evidence regarding the system of military justice. She relied *inter alia* on *Northern Telecom v. Communications Workers*, [1980] 1 S.C.R. 115 at 139, and on *Valente*, *supra*, 684, and cited recent judgments of this Court rendered in cases in which the impartiality and independence of the court martial were challenged and where this Court refused to rule in the absence of submissions as to evidence: *Aldred v. The Queen*, CMAC 272, June 1, 1987 [4 C.M.A.R. 476] and *Goodwin v. The Queen*, CMAC 278, January 20, 1988 [4 C.M.A.R. 527]. In *Aldred*, however, the issue turned both on the impartiality and on the independence of the tribunal, while in the case at bar only its independence is at issue. This difference would seem to be crucial, as it appears from the observations of LeDain J. in *Valente*, *supra*, 685, that "impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case," which seems to me to require specific evidence, whereas independence in its objective aspect is "a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees" (my emphasis), which in my view can be considered simply by examining the applicable legislation and regulations.

It is not without interest to note that the Supreme Court allowed the application for leave to appeal in *Aldred*, (S.C.C. No. 20479), which means that, at least as far as the Supreme Court is concerned, the debate is not over. The discontinuance filed in the Supreme Court by the appellant Aldred on September 1, 1989 invites this Court to reopen the debate.

In *Aldred* too, the constitutional point was not raised at trial and when it was raised in this Court the appellant simply argued that subsection 154(1) of the Act (now 177(1)) was, to use the words of the Chief

sont pas respectés. Si l'appellant traverse l'épreuve, l'intimée devra justifier au sens de l'article premier de la *Charte* la mise sur pied d'un tribunal non indépendant.

a) L'absence de preuve

L'intimée invite cette Cour à ne pas se prononcer sur la question constitutionnelle en litige pour le motif que l'appellant n'a déposé aucune preuve relative au système de justice militaire. Elle s'appuie, notamment, sur *Northern Telecom c. Travailleurs en communication*, [1980] 1 R.C.S. 115, à la page 139, et sur *Valente*, *supra*, à la page 684, et invoque des arrêts récents de cette Cour rendus dans des affaires où l'impartialité et l'indépendance de la cour martiale étaient attaquées et où cette Cour a refusé de se prononcer en l'absence d'éléments de preuve : *Aldred c. La Reine*, CACM 272, 1^{er} juin 1987 [4 C.A.C.M. 476], et *Goodwin c. La Reine*, CACM 278, 20 janvier 1988 [4 C.A.C.M. 527]. Dans *Aldred* cependant, le litige portait à la fois sur l'impartialité et sur l'indépendance du tribunal, alors qu'en l'espèce il ne porte que sur l'indépendance. La nuance est déterminante, me semble-t-il, car il ressort des propos du juge LeDain, dans *Valente*, *supra*, à la page 685, que «l'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée», ce qui me paraît exiger une preuve spécifique, tandis que l'indépendance, dans son volet objectif, est «un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives» (mes soulignements), ce qui, à mon avis, peut être examiné à la seule vue des dispositions législatives et réglementaires pertinentes.

Il n'est pas sans intérêt de noter que la Cour suprême a accueilli la requête en autorisation de pourvoi dans l'affaire *Aldred* (C.S.C. n° 20479), ce qui signifie que le débat, aux yeux de la Cour suprême à tout le moins, n'est pas clos. Le désistement produit en Cour suprême par l'appellant Aldred, le 1^{er} septembre 1989, invite notre Cour à relancer le débat.

Par ailleurs, toujours dans l'affaire *Aldred*, la question constitutionnelle n'avait pas été soulevée en première instance et lorsqu'elle le fut devant cette Cour, l'appellant se contenta de soutenir que le paragraphe

Justice, "exhaustive of the legislation to be considered in measuring the independence of Standing Courts Martial." The Chief Justice added that "Conditions pertinent to judicial independence may be found, *inter alia*, in regulations made by the Governor in Council, the Minister of National Defence and Treasury Board pursuant to section 12 of the Act. Perhaps, also, orders and instructions issued by the Chief of the Defence Staff under subsection 18(2) will be pertinent." Further, *Aldred* concerned not a General Court Martial but a Standing Court Martial.

In *Goodwin*, this Court concluded that it was not "in any better position to deal with this argument in a conclusive way here than it was in *Aldred v. The Queen*" and did not have to decide the constitutional point since at the hearing the accused withdrew the objection he had made. *Goodwin* also concerned a Standing Court Martial rather than a General Court Martial.

In the case at bar the appellant raised the question at the very start of the trial hearing and based his argument on an array of legislation and regulations, as we will see below, with the result that this Court is in a better position to decide the constitutional point than it was in *Aldred*.

That is not all: there is also the question of equity. Dubé J. of the Federal Court Trial Division disposed of the appellant's arguments on the merits when he dismissed the application made by the latter for a writ of prohibition, even though he did not have before him more than what this Court has. The Judge Advocate, rendering the General Court Martial's judgment on the motion to dismiss, did likewise. As two judges have dismissed the appellant's arguments without being unduly concerned by the alleged lack of evidence, equity seems to me to require that, if it is in its turn to dismiss these arguments, this Court should do so after examining the basis for them on the merits.

154(1) de la *Loi* (maintenant 177(1)) était, pour reprendre les mots du juge en chef, «toutes les dispositions législatives dont on doit tenir compte pour mesurer l'indépendance des cours martiales permanentes». Le juge en chef ajoutait que «On peut trouver les conditions de l'indépendance judiciaire notamment dans les règlements établis par le gouverneur en conseil, le ministre de la Défense nationale et le Conseil du Trésor conformément à l'article 12 de la *Loi*. Les ordres et instructions donnés par le chef de l'état-major de la défense conformément au paragraphe 18(2) peuvent également se révéler pertinents.» L'affaire *Aldred*, par ailleurs, concernait non pas la Cour martiale générale, mais la Cour martiale permanente.

Dans l'affaire *Goodwin*, cette Cour a conclu qu'elle n'était pas «dans une meilleure situation pour traiter cet argument de façon péremptoire en l'espèce qu'elle ne l'était dans l'affaire *Aldred c. La Reine*» et n'a pas eu à se pencher sur la question constitutionnelle puisque l'accusé, à l'audience, avait renoncé à l'opposition qu'il avait faite. L'affaire *Goodwin* visait elle aussi la Cour martiale permanente plutôt que la Cour martiale générale.

Or, dans le cas présent, l'appellant a soulevé la question dès avant le début de l'audition en première instance et il a fondé son argumentation sur une multitude de dispositions législatives et réglementaires, que nous verrons plus loin, avec le résultat que cette Cour est en bien meilleure position pour se pencher sur la question constitutionnelle qu'elle ne l'était dans l'affaire *Aldred*.

Il y a davantage, sur le plan de l'équité cette fois. Le juge Dubé, de la Section de première instance de la Cour fédérale, a disposé du mérite des prétentions de l'appellant lorsqu'il a rejeté la requête présentée par ce dernier pour l'émission d'un bref de prohibition, et ce, même s'il n'avait devant lui que ce qui est devant nous. Le juge-avocat, qui a rendu le jugement de la Cour martiale générale sur la requête en irrecevabilité, a fait de même. Deux juges ayant rejeté les prétentions de l'appellant sans se soucier outre mesure d'une soi-disant absence de preuve, l'équité me paraît exiger que cette Cour, si elle doit à son tour rejeter ces prétentions, le fasse après examen au mérite de leur fondement.

Finally, a recent judgment of the Supreme Court of Canada in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, has thrown new light on the obligation imposed on an applicant to base a *Charter* challenge on a factual foundation. Cory J., after establishing that

A factual foundation is of fundamental importance on this appeal. It is not the purpose of the legislation which is said to infringe the *Charter* but its effects. If the deleterious effects are not established there can be no *Charter* violation and no case has been made out. Thus the absence of a factual base is not just a technicality that could be overlooked, but rather it is a flaw that is fatal to the appellants' position. (at 366) (My emphasis.)

dealt nevertheless with another point raised by the appellant "that does not require a factual foundation" and decided it.

Accordingly, to the extent that the appellant in the case at bar is not challenging the factual "effects" of the *National Defence Act* and the basis for his allegations is legislative and regulatory, he could dispute the independence of the tribunal without having to first lay a factual foundation. Legislative and regulatory provisions speak for themselves and if they are *prima facie* an infringement of the rights guaranteed by the *Charter*, no further evidence is necessary.

The appellant undoubtedly acted at his own risk when he limited his challenge to the objective aspect of independence and chose not to complete his arguments based on legal documents by evidence of a factual foundation. If, doing this, he can succeed — and the task is probably more difficult — I could not blame him for choosing the riskier option.

The respondent, on the other hand, by also choosing not to present any evidence took the risk that if the appellant's arguments are accepted it would be less easy to justify an infringement under section 1 of the *Charter*.

(b) Application of Charter

A person convicted of desertion, like one convicted of possession of narcotics for the purpose of trafficking, is liable to a sentence of life imprisonment (sections 88 and 130 of the *Act*; subsection 4(3) of the *Narcotic Control Act*).

Enfin, un arrêt récent rendu par la Cour suprême du Canada (*MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357) a jeté un éclairage nouveau sur l'obligation faite à un requérant d'appuyer sur un contexte factuel une attaque fondée sur la *Charte*. Le juge Cory, après avoir établi que

Un contexte factuel est d'une importance fondamentale dans le présent pourvoi. On ne prétend pas que c'est l'objet visé par la loi qui viole la *Charte*, mais ses conséquences. Si les conséquences préjudiciables ne sont pas établies, il ne peut y avoir de violation de la *Charte* ni même de cause. Le fondement factuel n'est donc pas une simple formalité qui peut être ignorée et, bien au contraire, son absence est fatale à la thèse présentée par les appelants. (à la page 366) (Mes soulignements.)

ne s'en est pas moins penché sur un autre point soulevé par l'appelant «qui n'exige pas de contexte factuel» et l'a tranché.

Dans la mesure, donc, où l'appelant ne s'attaque pas en l'espèce aux «conséquences» factuelles de la *Loi sur la défense nationale* et où le fondement de ses allégations est législatif et réglementaire, il pouvait s'en prendre à l'indépendance du tribunal sans avoir à établir préalablement un fondement factuel. Les dispositions législatives et réglementaires parlent d'elles-mêmes et si elles constituent, *prima facie*, une atteinte aux droits garantis par la *Charte*, point n'est besoin d'autre preuve.

Certes, c'est à ses propres risques que l'appelant a limité son attaque au volet objectif de l'indépendance et choisi de ne pas compléter ses arguments de texte par la preuve d'un fondement factuel. S'il peut, ce faisant, réussir, et la tâche est vraisemblablement plus difficile, je ne saurais lui reprocher d'avoir choisi la voie la plus périlleuse.

L'intimée, en revanche, en choisissant à son tour de ne présenter aucune preuve, s'est exposée au risque, si les prétentions de l'appelant étaient retenues, de pouvoir moins facilement justifier la violation en vertu de l'article premier de la *Charte*.

b) L'application de la Charte

La personne reconnue coupable de désertion, tout comme celle reconnue coupable de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic, est passible d'une sentence d'emprisonnement à perpétuité (articles 88 et 130 de la *Loi*; paragraphe 4(3) de la *Loi sur les stupéfiants*).

This possibility of imprisonment of itself brings into the field of the criminal law for *Charter* purposes what otherwise might have been regarded simply as disciplinary law. An appellant who is liable to imprisonment, and for life at that, is quite clearly a "person charged with an offence" within the meaning of section 11 of the *Charter*, and an "everyone" within the meaning of section 7 of the *Charter*. The respondent did not suggest the contrary and the Supreme Court appears to have finally settled the point in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541. The appellant meets the two criteria stated in that judgment by Wilson J.: the very nature of the military justice process in the case at bar is criminal and penal and the punishment provided involves real penal consequences.

In paragraph 11(f) of the *Charter*, the drafters were particularly concerned with "military law" and at the same time recognized that a "person charged with an offence" under "military law" was a "person charged with an offence" under the *Charter*. The French and English versions of this paragraph read as follows:

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;

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;

In expressing themselves in this way, the drafters, however, created more problems than they provided solutions and the case at bar is essentially an example of this.

The presence of the exception "except in the case of an offence under military law" would seem to give rise to two interpretations. The first interpretation is that by expressly denying a person charged with an offence under military law the benefit of trial by jury when the maximum punishment is five years' imprisonment or a more severe punishment, the *Charter* expressly indicated its "trust," if I may put it that way, in the system of military law then existing in the

Cette possibilité d'emprisonnement, à elle seule, fait basculer dans le champ du droit criminel, aux fins de l'application de la *Charte*, ce qui, autrement, eût pu se réclamer d'un droit simplement disciplinaire. L'appellant, passible d'emprisonnement, à perpétuité par surcroît, est très certainement un «inculpé» au sens de l'article 11 de la *Charte*, ainsi qu'un «chacun» au sens de l'article 7 de la *Charte*. L'intimée n'a pas soutenu le contraire et la Cour suprême me semble avoir définitivement tranché la question dans *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541. L'appellant satisfait en effet aux deux critères énoncés dans cet arrêt par le juge Wilson : la nature même du processus de justice militaire est en l'espèce criminelle et pénale et les sanctions prévues comportent de véritables conséquences pénales.

Le constituant, à l'alinéa 11f) de la *Charte*, s'est expressément préoccupé de «justice militaire» et a reconnu du même coup qu'un «inculpé» en vertu de la «justice militaire» était un «inculpé» en vertu de la *Charte*. Cet alinéa, dans ses versions française et anglaise, se lit comme suit :

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;

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;

En s'exprimant comme il l'a fait, le constituant a cependant soulevé plus de problèmes qu'il n'a apporté de solutions, d'où, au fond, le présent litige.

La présence de l'exception «sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire» me paraît donner ouverture à deux interprétations. La première interprétation voudrait qu'en refusant expressément à une personne inculpée d'une infraction relevant de la justice militaire le bénéfice d'un procès par jury lorsque la peine maximale prévue est un emprisonnement de cinq ans ou plus ou une peine plus grave, la *Charte* fait expressément «confiance», si je puis dire,

case of offences subject to more severe punishments, and so by implication recognized the existence and independence of the courts martial which were administering military law at that time. The second interpretation is that the explicit exclusion of "military law" from the scope of the guarantee contained in paragraph (f) connotes an implicit inclusion of that "military law" within the scope of the other guarantees mentioned in section 11, including that of independence of the tribunal.

I do not think that the first interpretation can be admitted. The expressions "military law," "justice militaire" and "military tribunal" do not correspond to the language adopted in the *National Defence Act* and used, at the time the *Charter* came into effect, to describe the system of courts created by the said *Act*. As this is an exception to one of the legal guarantees recognized by the *Charter*, it must be given a strict interpretation. It would be a departure from the rules for interpreting the *Charter* defined by the Supreme Court to make a rule out of an exception and treat the structure contemplated by the *Charter* as being the same as the existing structure when the words used to describe either one are not the same.

The second interpretation, which I adopt, is proposed by David J. Corry in "Military Law under the *Charter*," 24 *Osgoode Hall Law Review* 67:

In drafting the *Charter*, therefore, Parliament turned its mind to the military legal system. In so doing, Parliament chose to deny service personnel only that right guaranteed under section 11(f) of the *Charter*. By implication, Parliament must have intended that the remaining provisions of the *Charter* would apply to military law. (at 80)

and by Andrew D. Heard in "Military Law and the *Charter of Rights*" in 11 *Dalhousie Law Journal* 514 at 514. If the drafters had intended that the duty to comply with the requirements regarding independence of the tribunal should not have any application to the military law system, they could have said so as they did expressly with regard to the benefit of trial by jury. Thus, while recognizing in paragraph (f) that there could be "military law," the drafters nonetheless intended by paragraph (d) that that "military law" should also be independent and impartial. In other words, there could be a parallel and specialized

au système de justice militaire alors existant dans les cas d'infractions passibles des peines les plus sévères et reconnaît donc implicitement l'existence et l'indépendance des cours martiales qui administraient alors la justice militaire. La seconde interprétation voudrait que l'exclusion explicite de la «justice militaire» du champ d'application de la garantie décrite à l'alinéa f) amène l'inclusion implicite de cette «justice militaire» dans le champ d'application des autres garanties décrites à l'article 11, dont celle de l'indépendance du tribunal.

Je ne crois pas que l'on puisse retenir la première interprétation. Les expressions «justice militaire», «military law» et «military tribunal» ne correspondent pas aux expressions retenues dans la *Loi sur la défense nationale* et utilisées, lors de l'entrée en vigueur de la *Charte*, pour décrire le système de tribunaux mis sur pied par ladite *Loi*. Comme il s'agit ici d'une exception à l'une des garanties juridiques reconnues par la *Charte*, elle doit être interprétée restrictivement. Ce serait faire violence aux règles d'interprétation de la *Charte* définies par la Cour suprême que d'ériger une exception en principe et d'assimiler la structure envisagée dans la *Charte* à la structure existante là où les mots utilisés pour décrire l'une et l'autre ne sont pas les mêmes.

La seconde interprétation, que je retiens, est proposée par David J. Corry dans «Military Law under the *Charter*», 24 *Osgoode Hall Law Review* 67 :

[TRADUCTION] Donc, dans la rédaction de la *Charte*, le législateur s'est penché sur le système juridique militaire. En le faisant, il a choisi de refuser au personnel militaire seulement ce droit garanti par l'alinéa 11f) de la *Charte*. Implicitement, le législateur doit avoir voulu que les dispositions restantes de la *Charte* s'appliquent à la justice militaire. (à la page 80)

et par Andrew D. Heard, dans «Military Law and the *Charter of Rights*», 11 *Dalhousie Law Journal* 514, à la page 514. Si le constituant avait voulu que l'obligation de respecter les exigences relatives à l'indépendance du tribunal ne s'appliquât point au système de justice militaire, il lui était loisible de le dire comme il l'a dit de façon explicite relativement au bénéfice d'un procès avec jury. Ainsi, tout en reconnaissant, à l'alinéa f), qu'il puisse y avoir une «justice militaire», le constituant n'en aurait pas moins voulu, à l'alinéa d), que cette «justice militaire» soit elle aussi indépendante et impartiale. En d'autres termes,

system of military courts in which a person charged with an offence covered by the *Charter* would not be entitled to trial by jury but the composition and structure of which would meet the requirements of independence and impartiality. There is another argument in favour of this interpretation. If the drafters had intended to refer to the existing "courts martial," they would have used in the English version of paragraph (f) the expression "court martial," which is contained in the *National Defence Act*, rather than the expression "military tribunal" which it does not contain.⁹

Such an interpretation seems to me to be in accordance both with the "pre-*Charter*" rule stated by McIntyre J. in *MacKay*:

The principle which should be maintained is that the rights of the serviceman at civil law should be affected as little as possible considering the requirements of military discipline and the efficiency of the service. (at 408)

and the "post-*Charter*" rule stated by Dickson C.J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295:

The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. (at 344)

⁹ Curiously, the parties did not place any emphasis on either of these interpretations in their argument and Corry and Heard themselves devote only a few lines to them. In the second edition of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, edited by Professors Beaudoin and Ratushny in 1989, Professor André Morel has considered paragraph 11(f). In an article titled "Certain Guarantees of Criminal Procedure", he proposed a limiting interpretation of paragraph 11(f), but he was concerned with the jurisdiction of the military tribunal rather than its independence. Noting that the *Charter* does not use the words "service offence" or "infractions d'ordre militaire", which are the technical expressions adopted in the *National Defence Act*, and stating that in his opinion the words "under military law" in the English text are redundant if the intention was to create an exception in favour of any offence within the jurisdiction of a military tribunal, he concluded that this tribunal's jurisdiction has been limited by the *Charter* and the courts should demand a higher standard than in the past for evidence of a real connection between the common law offence and military discipline or service efficiency (at 581 to 585). In the case at bar, appellant did not argue that the General Court Martial might lack jurisdiction over the three common law offences with which he was charged, and in the present state of the record it provides no basis for my considering this aspect of paragraph 11(f).

il pourrait y avoir un système parallèle et spécialisé de tribunaux militaires devant lesquels un inculpé visé par la *Charte* n'aurait pas droit à un procès devant jury mais dont la composition et la structure répondraient aux exigences d'indépendance et d'impartialité. Un autre argument milite en faveur de cette interprétation. Si le constituant avait voulu référer aux «cours martiales» existantes, il aurait utilisé, dans la version anglaise de l'alinéa f), l'expression «court martial», qu'on retrouve dans la *Loi sur la défense nationale*, plutôt que l'expression «military tribunal», qui ne s'y trouve pas⁹.

Une telle interprétation me paraît respecter à la fois le principe «pré-*Charte*» établi par le juge McIntyre dans *MacKay* :

Le principe à respecter est celui de l'intervention la plus minime possible dans les droits d'un soldat en vertu du droit commun compte tenu des exigences de la discipline militaire et de l'efficacité des forces armées. (à la page 408)

et le principe «post-*Charte*» établi par le juge en chef Dickson dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 :

Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. (à la page 344)

⁹ Les parties, curieusement, n'ont chacune plaidé que timidement l'une ou l'autre de ces interprétations et Corry et Heard eux-mêmes n'y consacrent que quelques lignes. Le professeur André Morel, dans la deuxième édition de *Charte canadienne des droits et libertés*, publiée sous la direction des professeurs Beaudoin et Ratushny en 1989, a étudié l'alinéa 11f). Dans un article intitulé «Garanties en matière de procédure et de peines», il propose une interprétation restrictive de l'alinéa 11f), mais il se place au niveau de la compétence du tribunal militaire plutôt qu'au niveau de son indépendance. Constatant que la *Charte* n'utilise pas les mots «infractions d'ordre militaire» ou «service offence» qui sont les expressions techniques consacrées par la *Loi sur la défense nationale*, et se disant d'avis que les mots «under military law», dans le texte anglais, seraient redondants si l'intention avait été de créer une exception en faveur de toute infraction alors de la compétence d'un tribunal militaire, il conclut que la compétence de ce tribunal a été restreinte par la *Charte* et que les tribunaux devront se montrer plus exigeants que par le passé eu égard à la preuve d'un lien réel entre l'infraction de droit commun et la discipline militaire ou l'efficacité des Forces canadiennes (aux pages 581 à 585). En l'espèce, l'appellant n'a pas soutenu que la Cour martiale générale pourrait être incompétente relativement aux trois infractions de droit commun dont il était accusé, et le dossier dans son état actuel ne me permettrait pas de me pencher sur cet aspect de l'alinéa 11f).

I therefore conclude that paragraph 11(d) applies in the case of a soldier tried in a General Court Martial.

(c) *MacKay v. The Queen*

The respondent argued that "the question of the independence (and impartiality) of military tribunals is not a new one" and that it was for all practical purposes settled by the Supreme Court of Canada in *MacKay* in 1980.

With respect, I do not think that the majority opinion in *MacKay* is still very relevant, for the following reasons.

The case turned, *inter alia*, on the interpretation of paragraph 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*, which confers the right to "a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal." I note at the outset that the language used in the French text of the *Bill* ("indépendant et non préjugé") is different from that used in the *Charter* and places greater emphasis on the absence of bias. In any case, it is established that in the opinion of the Supreme Court itself judgments rendered by it on rights protected by the *Bill* do not readily stand up to the advent of the *Charter* (see *Beauregard v. Canada*, *supra*, 90; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613 at 638; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 at 209; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 at 510; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at 342).

In *MacKay*, the majority opinion *per* Ritchie J. dealt very briefly with the argument based on paragraph 2(f) of the *Bill* and disposed of it in a manner which suggests that the members of the Court were concerned primarily with the subjective aspect of independence:

There is no evidence whatever in the record of the trial to suggest that the president acted in anything but an independent and impartial manner or that he was otherwise unfitted for the task to which he was appointed.

I can find no support in the evidence for the contention that the appointment of the president of the Court resulted or was calculated to result in the appellant being deprived of a trial before an independent and impartial tribunal. (at 395)

Je conclus en conséquence que l'alinéa 11d) s'applique dans le cas d'un militaire jugé en cour martiale générale.

c) *L'arrêt MacKay c. La Reine*

L'intimée soutient que «la question de l'indépendance (et de l'impartialité) des tribunaux militaires n'est pas une question nouvelle» et qu'elle a été à toutes fins utiles tranchée par la Cour suprême du Canada, en 1980, dans l'arrêt *MacKay*.

Avec déférence, je ne crois pas que l'opinion de la majorité, dans *MacKay*, soit encore très pertinente, et ce, pour les raisons que voici.

Le débat portait, notamment, sur l'interprétation de l'alinéa 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, lequel consacre le droit à «une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé». Je note au départ que la phraséologie utilisée dans le texte français de la *Déclaration* est différente de celle utilisée dans la *Charte* et met davantage l'accent sur l'absence de préjugé. Quoi qu'il en soit, il est acquis que, de l'avis de la Cour suprême elle-même, les arrêts qu'elle a rendus en matière de droits protégés par la *Déclaration* ne résistent pas facilement à la survenance de la *Charte* (voir *Beauregard c. Canada*, *supra*, à la page 90; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la page 638; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la page 209; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la page 510; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, à la page 342).

Dans *MacKay*, l'opinion majoritaire signée par le juge Ritchie s'adresse fort brièvement à l'argument fondé sur l'alinéa 2f) de la *Déclaration* et en dispose d'une manière qui laisse entendre que les membres de la Cour se sont préoccupés principalement de l'aspect subjectif de l'indépendance :

Absolument rien au dossier du procès ne laisse entendre que le président ait agi autrement que d'une façon indépendante et non préjugée ou qu'il ait par ailleurs été inapte à s'acquitter de la tâche qu'on lui avait confiée.

Je me trouve rien dans la preuve qui fonde la prétention que la nomination du président de la cour pour le procès a eu pour résultat de priver l'appelant d'un procès devant un tribunal indépendant et non préjugé ou qu'elle visait ce résultat. (à la page 395)

That is also what Le Dain J. found in *Valente*, at 690:

In the reasons for judgment of Ritchie J., with whom Martland, Pigeon, Beetz and Chouinard JJ. concurred, there is a suggestion that the issue of independence was viewed as being whether the tribunal had in fact acted in an independent manner.

and it led him to conclude that the view put forward in *Valente*

... is somewhat different from, but not in my opinion necessarily in conflict with, that suggested by the majority of this Court in *MacKay* (at 689)

and that

... the reasoning of this Court in *MacKay* does not preclude the view that the word "independent" in s. 11(d) of the *Charter* is to be understood as referring to the status or relationship of judicial independence as well as to the state of mind or attitude of the tribunal in the actual exercise of its judicial function. (at 691)

The respondent argued that in *Beauregard* the Supreme Court endorsed *MacKay*. This is an argument I am not prepared to accept: first, the reference made by Dickson C.J. at page 89 seems to deal with the part of *MacKay* that considered equality before the law; second, at page 90, the Chief Justice at once indirectly deplores the fate suffered by the *Canadian Bill of Rights* at the hands of the Supreme Court.

Additionally, in *Hickman* McLachlin J. returned at page 826 to the distinction made in *Valente* between the independence of the judiciary and the impartiality of the judiciary.

Finally, I would note that in the case at bar the appellant submitted a number of arguments based on legislation and regulations which were not submitted to the Supreme Court in *MacKay*.

We are thus concerned with two separate ideas, one in *MacKay* prior to the *Charter*, focusing principally on the subjective aspect of independence, and the other in *Valente*, subsequent to the *Charter*, focusing primarily on the objective aspect of independence. It is this latter aspect only which is alleged

C'est d'ailleurs ce que constatait le juge Le Dain, dans *Valente*, à la page 690 :

Dans les motifs de jugement du juge Ritchie, auxquels ont souscrit les juges Martland, Pigeon, Beetz et Chouinard, on laisse entendre que la question de l'indépendance a été considérée comme s'il s'était agi de savoir si le tribunal avait en fait agi d'une manière indépendante.

et qui l'amenait à conclure que la conception énoncée dans l'affaire *Valente*

... diffère quelque peu, quoique à mon avis elle ne soit pas nécessairement incompatible avec elle, de celle proposée par cette Cour à la majorité, dans l'arrêt *MacKay*. ... (à la page 689)

et que

... le raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *MacKay* n'exclut pas l'opinion que le terme « indépendant » de l'al. 11d) de la *Charte* doit être interprété comme visant le statut ou la relation d'indépendance judiciaire, autant que l'état d'esprit ou l'attitude du tribunal dans l'exercice concret de ses fonctions judiciaires. (à la page 691)

L'intimée a soutenu que la Cour suprême, dans *Beauregard*, avait avalisé *MacKay*. C'est là une prétention que je ne saurais retenir : d'une part, la référence que fait le juge en chef Dickson à la page 89 paraît s'adresser à cette partie de l'arrêt *MacKay* qui avait traité de l'égalité devant la loi; d'autre part, sitôt dit, le juge en chef déplore à mots couverts, à la page 90, le sort qu'a réservé la Cour suprême à la *Déclaration canadienne des droits*.

Par ailleurs, dans *Hickman*, le juge McLachlin est revenue, à la page 826, sur la distinction faite dans *Valente* entre l'indépendance du pouvoir judiciaire et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Je note enfin qu'en l'espèce, l'appelant a soumis de nombreux arguments fondés sur des textes législatifs et réglementaires qui n'avaient pas été présentés à la Cour suprême dans *MacKay*.

Nous sommes donc en présence de deux conceptions distinctes, l'une, dans *MacKay*, antérieure à la *Charte*, s'attachant principalement à l'aspect subjectif de l'indépendance, l'autre, dans *Valente*, postérieure à la *Charte*, s'attachant principalement à l'aspect objectif de l'indépendance. C'est ce dernier

in this Court and in this regard *Valente* seems to me to have deprived *MacKay* of a large part of its effects.

(d) *Schick v. The Queen*

The respondent argued that in *Schick* in 1987 this Court has already decided the question now before it.

With respect, I consider that in *Schick* this Court once again had before it a question of impartiality much more than one of independence. Cavanagh J. accordingly found that "The appellant's case is based entirely on the argument that, if there is an appearance of the possibility of bias, that is enough to disqualify a tribunal" and concluded that "In the case at bar, there is no evidence whatsoever of actual bias." Additionally, the Court dealt only incidentally with the question of the tribunal's institutional independence, saying that in its opinion this condition did not apply to the Court Martial. This case was heard only a few months after publication of the *Beauregard* judgment, to which the Court did not refer, and long before publication of the *Hickman* judgment. Further, *Schick* concerned not the General Court Martial, but the Disciplinary Court Martial.

More recently, in *R. v. Forster* (CMAC 298, June 15, 1989) [5 C.M.A.R. 6] this Court again had to consider the application of paragraph 11(d) of the *Charter*, but once again the discussion turned on the bias of the officer presiding over the tribunal.

It seems to me that in the case at bar this Court has a duty to re-examine and complete the reasoning which it began in *Schick*. In *Charter* cases where the law is changing rapidly and the Supreme Court is issuing frequent rulings, a three-year delay between two decisions of the same court may be considerable and I do not think it is a departure from the rule of stability of judgments to agree to look at a question again when new arguments have been raised based on recent judgments by the Supreme Court of Canada.

volet, seul, qui est allégué devant nous et l'arrêt *Valente*, à cet égard, me paraît avoir privé l'arrêt *MacKay* d'une bonne partie de ses effets.

d) *L'affaire Schick c. La Reine*

L'intimée soutient que cette Cour a déjà tranché, en 1987, dans l'arrêt *Schick*, la question qui lui est aujourd'hui soumise.

Avec déférence, j'estime que dans l'affaire *Schick* cette Cour était saisie, une fois de plus, d'une question d'impartialité bien davantage que d'une question d'indépendance. Ainsi, le juge Cavanagh constate-t-il que «L'argumentation de l'appelant se fonde entièrement sur le principe que l'apparence d'une possibilité de partialité suffit pour retirer à un tribunal sa compétence» et conclut-il qu'«Il n'existe, en l'espèce, aucune preuve de partialité concrète.» Par ailleurs, la Cour n'a qu'effleuré la question de l'indépendance institutionnelle du tribunal, se disant d'avis que cette condition ne s'appliquait pas à la cour martiale. Cette affaire avait été entendue quelques mois seulement après la publication de l'arrêt *Beauregard*, auquel la Cour ne réfère pas, et bien avant la publication de l'arrêt *Hickman*. De plus, l'affaire *Schick* concernait non pas la Cour martiale générale, mais la Cour martiale disciplinaire.

Plus récemment, dans *R. c. Forster* (C.A.C.M. 298, 15 juin 1989) [5 C.A.C.M. 6], cette Cour était de nouveau appelée à se pencher sur l'application de l'alinéa 11d) de la *Charte*, mais encore là le débat portait sur la partialité du président du tribunal.

Il m'apparaît que cette Cour a le devoir, en l'espèce, de revoir et compléter le raisonnement qu'elle avait entrepris dans l'arrêt *Schick*. Dans les affaires concernant la *Charte* où le droit évolue rapidement et où la Cour suprême multiplie ses interventions, un délai de trois ans entre deux décisions d'une même cour peut être considérable et ce n'est pas, je pense, faire entorse à la règle de la stabilité des jugements que d'accepter, là où des arguments nouveaux sont soulevés qui s'appuient sur des arrêts récents de la Cour suprême du Canada, de se pencher de nouveau sur une question.

(e) Judicial independence and principles of fundamental justice

(i) Principles of fundamental justice

The independence of the courts recognized by paragraph 11(d) of the *Charter* is part of the wider context of the principles of fundamental justice protected by section 7 of the *Charter*. As Lamer J. noted in the reference *Re B.C. Motor Vehicle Act*:

Sections 8 to 14, in other words, address specific deprivations of the "right" to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are designed to protect, in a specific manner and setting, the right to life, liberty and security of the person set forth in s. 7. It would be incongruous to interpret s. 7 more narrowly than the rights in ss. 8 to 14.

Thus, ss. 8 to 14 provide an invaluable key to the meaning of "principles of fundamental justice". Many have been developed over time as presumptions of the common law, others have found expression in the international conventions on human rights. All have been recognized as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in "the dignity and worth of the human person" (preamble to the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III) and on "the rule of law" (preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*). (*supra*, at 502 and 503)

This reference to section 7 is based in the case at bar on the fact that among the common law principles is that contained in the Latin maxim *nemo iudex in sua causa*, which provides that no one may be both judge and party in a case (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 at 164), and that according to which it is of fundamental importance that justice not only be done but manifestly and undoubtedly be seen to be done (*Brouillard also known as Chatel v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39 at 43).

It can be assumed, in my opinion, that any breach of the guarantee of the tribunal's independence is a breach of the rules of fundamental justice mentioned above. There would not seem to be any point considering section 7 of the *Charter* when the breach alleged is one of those listed in sections 8 to 14.

e) L'indépendance judiciaire et les principes de la justice fondamentale

(i) Les principes de justice fondamentale

L'indépendance des tribunaux que reconnaît l'alinéa 11d) de la *Charte* fait partie du contexte plus large des principes de justice fondamentale protégés par l'article 7 de la *Charte*. Ainsi que le soulignait le juge Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act de la C.-B.* :

En d'autres termes, les art. 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui violent les principes de justice fondamentale et qui, à ce titre, constituent des violations de l'art. 7. Ils sont conçus pour protéger, d'une manière précise et dans un contexte précis, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne énoncé à l'art. 7. Il serait absurde d'interpréter l'art. 7 de façon plus étroite que les droits garantis aux art. 8 à 14.

Ainsi, les art. 8 à 14 fournissent une indication exceptionnelle quant au sens de l'expression «principes de justice fondamentale». Plusieurs ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law*, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne. Tous ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en «la dignité et la valeur de la personne humaine» (préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III) et en «la primauté du droit» (préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*). (*supra*, aux pages 502, 503)

Ce recours à l'article 7 s'appuie en l'espèce sur le fait que parmi ces principes de *common law* se retrouvent celui que postule la maxime latine *nemo iudex in sua causa*, qui prescrit que nul ne peut être à la fois juge et partie dans un litige (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la page 164), et celui selon lequel il est tout à fait primordial que non seulement justice soit rendue, mais que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue (*Brouillard dit Chatel c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39 à la page 43).

Il va de soi, à mon avis, que toute atteinte à la garantie d'indépendance du tribunal constitue une violation des principes de justice fondamentale ci-haut décrits. Il me paraît inutile de s'attarder sur l'article 7 de la *Charte* lorsque la violation alléguée est de celles énumérées aux articles 8 à 14.

(ii) Judicial independence

The concept of judicial independence was discussed by the Supreme Court of Canada in the above-cited cases of *Valente* in 1985, *Beauregard* in 1986 and *Hickman* in 1989.

In *Valente* Le Dain J. first defined as follows what is generally understood by "judicial independence":

The issue is whether the test applied by the Court of Appeal, clearly appropriate, because of its derivation, to the requirement of impartiality, is an appropriate and sufficient test for the requirement of independence. Although there is obviously a close relationship between independence and impartiality, they are nevertheless separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. The word "impartial" as Howland C.J.O. noted, connotes absence of bias, actual or perceived. The word "independent" in s. 11(d) reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence. As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees. (at 685)

It is generally agreed that judicial independence involves both individual and institutional relationships: the individual independence of a judge, as reflected in such matters as security of tenure, and the institutional independence of the court or tribunal over which he or she presides, as reflected in its institutional or administrative relationships to the executive and legislative branches of government. . . . The relationship between these two aspects of judicial independence is that an individual judge may enjoy the essential conditions of judicial independence but if the court or tribunal over which he or she presides is not independent of the other branches of government, in what is essential to its function, he or she cannot be said to be an independent tribunal. (at 687)

This I take to be more clearly a reference to the objective status or relationship of judicial independence, which in my opinion is the primary meaning to be given to the word "independent" in s. 11(d). Of course, the concern is ultimately with how a tribunal will actually act in a particular adjudication, and a tribunal that does not act in an independent manner cannot be held to be independent within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*, regardless of its objective status. But a tribunal which lacks the objective status or relationship of independence cannot be held to be independent within the meaning of s. 11(d), regardless of how it may appear to have acted in the particular adjudication. It is the objective status or relationship of judicial

(ii) L'indépendance judiciaire

Le concept d'indépendance judiciaire a été élaboré par la Cour suprême du Canada dans les arrêts, précités, de *Valente*, en 1985, de *Beauregard*, en 1986, et de *Hickman*, en 1989.

Dans *Valente*, le juge Le Dain a d'abord défini en ces termes ce qu'il faut généralement entendre par «indépendance judiciaire» :

Il s'agit de savoir si le critère appliqué par la Cour d'appel, qui de par son origine convenait à l'exigence d'impartialité, constitue un critère suffisant et approprié en ce qui concerne l'exigence d'indépendance. Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre l'indépendance et l'impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme «impartial», comme l'a souligné le juge en chef Howland, connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme «indépendant», à l'al. 11d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives. (à la page 685)

On admet généralement que l'indépendance judiciaire fait intervenir des rapports tant individuels qu'institutionnels: l'indépendance individuelle d'un juge, qui se manifeste dans certains de ses attributs, telle l'inamovibilité, et l'indépendance institutionnelle de la cour ou du tribunal qu'il préside, qui ressort de ses rapports institutionnels ou administratifs avec les organes exécutif et législatif du gouvernement. . . . Le rapport entre ces deux aspects de l'indépendance judiciaire est qu'un juge, pris individuellement, peut jouir des conditions essentielles à l'indépendance judiciaire, mais si la cour ou le tribunal qu'il préside n'est pas indépendant des autres organes du gouvernement dans ce qui est essentiel à sa fonction, on ne peut pas dire qu'il constitue un tribunal indépendant. (à la page 687)

Je pense que c'est là plus précisément une référence au statut objectif ou à la relation d'indépendance judiciaire, qui, à mon avis, est le premier sens qu'il faut donner au terme «indépendant» de l'al. 11d). Naturellement, on se préoccupe finalement de la manière dont un tribunal agira concrètement dans une espèce particulière, et un tribunal qui n'agit pas en toute indépendance ne saurait être considéré comme indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte*, quel que soit son statut objectif. Mais un tribunal dépourvu du statut objectif ou de la relation d'indépendance ne peut être considéré comme indépendant aux termes de l'al. 11d), quelle que soit la manière dont il paraît avoir agi dans une espèce particulière. C'est le statut objectif

independence that is to provide the assurance that the tribunal has the capacity to act in an independent manner and will in fact act in such a manner. It is, therefore, necessary to consider what should be regarded, with reference to the various objections to the status of provincial court judges, as the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d). (at 688 and 689)

Although judicial independence is a status or relationship resting on objective conditions or guarantees, as well as a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, it is sound, I think, that the test for independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter* should be, as for impartiality, whether the tribunal may be reasonably perceived as independent. . . . It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception. The perception must, however, as I have suggested, be a perception of whether the tribunal enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence, and not a perception of how it will in fact act, regardless of whether it enjoys such conditions or guarantees. (at 689)

Conceptions have changed over the years as to what ideally may be required in the way of substance and procedure for securing judicial independence in as ample a measure as possible. Opinions differ on what is necessary or desirable, or feasible. This is particularly true, for example, of the degree of administrative independence or autonomy it is thought the courts should have. It is also true of the extent to which certain extra-judicial activity of judges may be perceived as impairing the reality or perception of judicial independence. There is renewed concern about the procedure and criteria for the appointment of judges as that may bear on the perception of judicial independence. Professional and lay concern about judicial independence has increased with the new power and responsibility given to the courts by the *Charter*. Reports and speeches on the subject of judicial independence in recent years have urged the general adoption of the highest standards or safeguards, not only with respect to the traditional elements of judicial independence, but also with respect to other aspects now seen as having an important bearing on the reality and perception of judicial independence. These efforts, particularly by the legal profession and the judiciary, to strengthen the conditions of judicial independence in Canada may be expected to continue as a movement towards the ideal. It would not be feasible, however, to apply the most rigorous and elaborate conditions of judicial independence to the constitutional requirement of independence in s. 11(d) of the *Charter*, which may have to be applied to a variety of tribunals. The legislative and constitutional provisions in Canada governing matters which bear on the judicial independence of tribunals trying persons charged with an offence exhibit a great range and variety. The essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) must bear some reasonable relationship to that variety. Moreover, it is the essence of the security afforded by the essential

ou la relation d'indépendance judiciaire qui doit fournir l'assurance que le tribunal peut agir d'une manière indépendante et qu'il agira effectivement de cette manière. Il est donc nécessaire de rechercher ce qui doit être considéré, en rapport avec les diverses objections au statut des juges de cour provinciale, comme les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire aux fins de l'al. 11d). (aux pages 688, 689)

Même si l'indépendance judiciaire est un statut ou une relation reposant sur des conditions ou des garanties objectives, autant qu'un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, il est logique, à mon avis, que le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11d) de la *Charte* soit, comme dans le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. . . . Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties. (à la page 689)

Les idées ont évolué au cours des années sur ce qui idéalement peut être requis, sur le plan du fond comme sur celui de la procédure, pour assurer une indépendance judiciaire aussi grande que possible. Les opinions diffèrent sur ce qui est nécessaire ou souhaitable, ou encore réalisable. Cela est particulièrement vrai, par exemple, en ce qui concerne le degré d'indépendance ou d'autonomie que les tribunaux, pense-t-on devraient avoir sur le plan administratif. Cela est vrai aussi de la mesure dans laquelle certaines activités extrajudiciaires des juges peuvent être perçues comme portant atteinte à la réalité ou à la perception de l'indépendance judiciaire. Il y a un regain d'intérêt pour la procédure et les critères de nomination des juges, car ils peuvent avoir un effet sur la perception de l'indépendance judiciaire. Les préoccupations des juristes et des profanes concernant l'indépendance judiciaire se sont accrues avec les nouvelles attributions et responsabilités que la *Charte* a conférées aux tribunaux. Dans des rapports et des discours sur l'indépendance judiciaire, on a réclamé, ces dernières années, l'adoption généralisée des plus hautes normes ou garanties, non seulement à l'égard des éléments traditionnels de l'indépendance judiciaire, mais aussi à l'égard des autres aspects considérés aujourd'hui comme ayant un effet important sur la réalité et la perception de l'indépendance judiciaire. On peut s'attendre que ces efforts, déployés particulièrement par les milieux juridique et judiciaire en vue d'affermir les conditions de l'indépendance judiciaire au Canada, vont continuer à viser l'idéal. Il ne serait cependant pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11d) de la *Charte*, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux. Les dispositions législatives et constitutionnelles qui, au Canada, régissent les questions ayant une portée sur l'indépendance judiciaire des tribunaux qui

conditions of judicial independence that is appropriate for application under s. 11(d) and not any particular legislative or constitutional formula by which it may be provided or guaranteed.

Counsel for the Provincial Court Judges Association submitted that there should be a uniform standard of judicial independence under s. 11(d) and that it should be essentially the one embodied by ss. 99 and 100 of the *Constitution Act, 1867*, which provide:

99. (1) Subject to subsection two of this section, the Judges of the Superior Courts shall hold office during good behaviour, but shall be removable by the Governor General on Address of the Senate and House of Commons.

(2) A Judge of a Superior Court, whether appointed before or after the coming into force of this section, shall cease to hold office upon attaining the age of seventy-five years, or upon the coming into force of this section if at that time he has already attained that age.

100. The Salaries, Allowances and Pensions of the Judges of the Superior, District and County Courts (except the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick), and of the Admiralty Courts in Cases where the Judges thereof are for the Time being paid by Salary, shall be fixed and provided by the Parliament of Canada.

These provisions are generally regarded as representing the highest degree of constitutional guarantee of security of tenure and security of salary and pension. They find their historical inspiration in the provisions of the *Act of Settlement of 1701* [12 & 13 Will. 3, c. 2], which provided that judges should hold office during good behaviour, subject to removal on an address of both Houses of Parliament, and that their salaries should be "ascertained and established". Provincial court judges contend that they should have the same constitutional guarantees of security of tenure and security of salary and pension as superior court judges. Whatever may be the merits of this contention from the point of view of legislative or constitutional policy, I do not think that it can be given effect to in the construction and application of s. 11(d). To do so would be, in effect, to amend the judicature provisions of the Constitution. The standard of judicial independence for purposes of s. 11(d) cannot be a standard of uniform provisions. It must necessarily be a standard that reflects what is common to, or at the heart of, the various approaches to the essential conditions of judicial independence in Canada. (at 692-694)

Le Dain J. then went on to consider the essential conditions for judicial independence in the context of the "various objections to the status of provincial court

jugent les personnes accusées d'une infraction sont fort diverses et variées. Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11d), doivent avoir un lien raisonnable avec cette diversité. De plus, c'est l'essence de la garantie fournie par les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire qu'il convient d'appliquer en vertu de l'al. 11d), et non pas quelque formule législative ou constitutionnelle particulière qui peut l'offrir ou l'assurer.

Les avocats de l'Association des juges des cours provinciales ont fait valoir qu'il devrait y avoir une norme uniforme d'indépendance judiciaire en vertu de l'al. 11d) et que ce devrait essentiellement être celle que l'on trouve aux art. 99 et 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui portent:

99. (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonctions à titre inamovible, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes.

(2) Un juge d'un cour supérieure, nommé avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, cessera de détenir sa charge lorsqu'il aura atteint l'âge de soixante-quinze ans, ou à la date d'entrée en vigueur du présent article si, à cette date, il a déjà atteint cet âge.

100. Les traitements, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté (sauf les cours de vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque ces juges reçoivent actuellement un traitement, seront fixés et assurés par le Parlement du Canada.

Ces dispositions sont généralement considérées comme représentant le plus haut degré de garantie constitutionnelle d'inamovibilité et de sécurité de traitement et de pension. Elles s'inspirent historiquement des dispositions de l'*Acte d'établissement de 1701* [12 & 13 Will. 3, chap. 2], qui prévoyait que les juges occuperaient leur charge durant bonne conduite, sous réserve de révocation par une adresse des deux chambres du Parlement, et que leur salaire serait [TRADUCTION] «fixé et établi». Les juges de cour provinciale soutiennent qu'ils devraient jouir des mêmes garanties constitutionnelles d'inamovibilité et de sécurité de traitement et de pension que les juges des cours supérieures. Quel que soit le bien-fondé de cet argument du point de vue de la politique législative ou constitutionnelle, je ne pense pas qu'il puisse s'appliquer quand il s'agit d'interpréter et d'appliquer l'al. 11d). Ce faire reviendrait en fait à modifier les dispositions de la Constitution relatives à la magistrature. La norme de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11d), ne peut être l'uniformité des dispositions. Ce doit nécessairement être une norme qui reflète ce qui est commun aux diverses conceptions des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire au Canada ou ce qui est au centre de ces conceptions. (aux pages 692, 693, 694)

Le juge Le Dain s'est ensuite employé à examiner les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire dans le contexte des «diverses objections au statut

judges raised" at trial (at 694), these objections having to do with security of tenure, financial security and institutional independence, which have become three "essential conditions of judicial independence."

In *Beauregard* Dickson C.J. took the observations of Le Dain J. in *Valente* a step further as follows:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider — be it government, pressure group, individual or even another judge — should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision. This core continues to be central to the principle of judicial independence. Nevertheless, it is not the entire content of the principle.

Of recent years the general understanding of the principle of judicial independence has grown and been transformed to respond to the modern needs and problems of free and democratic societies. The ability of individual judges to make decisions in discrete cases free from external interference or influence continues, of course, to be an important and necessary component of the principle. Today, however, the principle is far broader. (at 69)

There is, therefore, both an individual and a collective or institutional aspect to judicial independence.

The rationale for this two-pronged modern understanding of judicial independence is recognition that the courts are not charged solely with the adjudication of individual cases. That is, of course, one role. It is also the context for a second, different and equally important role, namely as protector of the Constitution and the fundamental values embodied in it — rule of law, fundamental justice, equality, preservation of the democratic process, to name perhaps the most important. In other words, judicial independence is essential for fair and just dispute-resolution in individual cases. It is also the lifeblood of constitutionalism in democratic societies. (at 70)

In summary, Canadian constitutional history and current Canadian constitutional law establish clearly the deep roots and contemporary vitality and vibrancy of the principle of judicial independence in Canada. The role of the courts as resolver

des juges de cour provinciale soulevées» en première instance (à la page 694), ces objections ayant trait à l'inamovibilité, à la sécurité financière et à l'indépendance institutionnelle, lesquelles sont devenues trois «conditions essentielles de l'indépendance judiciaire».

Dans *Beauregard*, le juge en chef Dickson a prolongé comme suit les réflexions du juge Le Dain dans *Valente* :

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l'extérieur — que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge — ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire. Néanmoins, ce n'est pas là tout le contenu du principe.

Ces dernières années, la conception générale du principe de l'indépendance judiciaire a évolué et s'est transformée de manière à répondre aux besoins et aux problèmes modernes des sociétés libres et démocratiques. La possibilité pour les juges pris individuellement de rendre des décisions dans des affaires distinctes en étant libres de toute intervention ou influence de l'extérieur continue évidemment d'être une composante importante et nécessaire du principe qui, de nos jours, est cependant beaucoup plus large. (à la page 69)

Par conséquent, l'indépendance judiciaire comporte à la fois un aspect individuel et un aspect collectif ou institutionnel.

La raison d'être de cette conception moderne à deux volets de l'indépendance judiciaire est la reconnaissance que les tribunaux ne sont pas chargés uniquement de statuer sur des affaires individuelles. Il s'agit là évidemment d'un rôle. C'est également le contexte pour un second rôle différent et également important, celui de protecteur de la constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées — la primauté du droit, la justice fondamentale, l'égalité, la préservation du processus démocratique, pour n'en nommer peut-être que les plus importantes. En d'autres termes, l'indépendance judiciaire est essentielle au règlement juste et équitable des litiges dans les affaires individuelles. Il (*sic*) constitue également l'élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques. (à la page 70)

En résumé, l'histoire de la Constitution du Canada et le droit constitutionnel canadien actuel établissent clairement les racines profondes, la vitalité et le caractère vibrant contemporains du principe de l'indépendance judiciaire au Canada. Le

of disputes, interpreter of the law and defender of the Constitution requires that they be completely separate in authority and function from all other participants in the justice system.

I emphasize the word 'all' in the previous sentence because, although judicial independence is usually considered and discussed in terms of the relationship between the judiciary and the executive branch, in this appeal the relevant relationship is between the judiciary and Parliament. Nothing turns on this contextual difference. Although particular care must be taken to preserve the independence of the judiciary from the executive branch (because the executive is so often a litigant before the courts), the principle of judicial independence must also be maintained against all other potential intrusions, including any from the legislative branch. (at 73 and 74)

In the context of this appeal it must be declared that the essence of judicial independence for superior court judges is complete freedom from arbitrary interference by both the executive and the legislature. (at 75)

And in *Hickman*, McLachlin J. proceeded to indicate the direction taken by the Court as follows:

Having enunciated these conditions, Le Dain J. makes it clear that he is not attempting an exhaustive codification of the elements necessary for judicial independence: identification of the essential conditions, he confesses, is a matter of some difficulty; moreover, the conditions themselves may vary and evolve with time and circumstances.

It should be noted that the independence of the judiciary must not be confused with impartiality of the judiciary. As Le Dain J. points out in *Valente v. The Queen*, impartiality relates to the mental state possessed by a judge; judicial independence, in contrast, denotes the underlying relationship between the judiciary and other branches of government which serves to ensure that the court will function and be perceived to function impartially. Thus the question in a case such as this is not whether the government action in question would in fact affect a judge's impartiality, but rather whether it threatens the independence which is the underlying condition of judicial impartiality in the particular case. (at 826)

It is important to note that what is proposed in *Beauregard v. Canada* is not the absolute separation of the judiciary, in the sense of total absence of relations from [sic] the other branches of government, but separation of its authority and function. It is impossible to conceive of a judiciary devoid of any relationship to the legislative and executive branches of government It is inevitable and necessary that relations of this sort exist between the judicial and legislative branches of government. The critical requirement for the maintenance of judicial

rôle des tribunaux en tant qu'arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution exige qu'ils soient complètement séparés, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, de tous les autres participants au système judiciaire.

a Je mets l'accent sur le mot «tous» dans la phrase précédente parce que, bien que l'indépendance judiciaire soit habituellement étudiée et analysée en fonction du rapport qui existe entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, dans le présent pourvoi le rapport pertinent est celui qui existe entre le pouvoir judiciaire et le Parlement. Rien ne dépend de cette différence contextuelle. Bien qu'un soin particulier doive être pris pour b préserver l'indépendance de la magistrature vis-à-vis du pouvoir exécutif (du fait que le pouvoir exécutif soit si souvent partie aux litiges devant les tribunaux), le principe de l'indépendance judiciaire doit également être maintenu face à toute autre ingérence possible, y compris celle du pouvoir législatif. c (aux pages 73 et 74)

Dans le contexte du présent pourvoi, il faut déclarer que l'indépendance des juges des cours supérieures réside essentiellement dans le fait qu'ils doivent être complètement libres de d toute ingérence arbitraire tant de la part du pouvoir exécutif que de la législature. (à la page 75)

Et dans *Hickman*, le juge McLachlin poursuivait en ces termes le cheminement de la Cour :

e Ayant énoncé ces conditions, le juge Le Dain dit clairement qu'il ne tente pas de faire une codification exhaustive des éléments nécessaires à l'indépendance judiciaire. L'identification des conditions essentielles, avoue-t-il, comporte quelque difficulté; de plus, les conditions elles-mêmes peuvent varier et évoluer avec le temps et selon les circonstances. f

Il faut remarquer que l'indépendance du pouvoir judiciaire ne doit pas être confondue avec l'impartialité du pouvoir judiciaire. Comme le souligne le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, l'impartialité a trait à l'état d'esprit d'un juge; l'indépendance judiciaire, par contre, se rapporte à la relation sous-jacente qu'il y a entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement, qui assure que la cour fonctionnera de façon impartiale et sera perçue comme tel. Ainsi, la question qui se pose dans une affaire comme la présente n'est pas de savoir si l'acte du gouvernement en question aura en fait des répercussions sur l'impartialité d'un juge, mais plutôt de savoir s'il menace l'indépendance qui est la condition fondamentale de l'impartialité judiciaire dans un cas donné. (à la page 826) h

i Il importe de souligner que, dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, on propose non pas la séparation absolue du pouvoir judiciaire, dans le sens d'une absence totale de rapports avec les autres organes du gouvernement, mais une séparation de ses pouvoirs et fonctions. Il est impossible de concevoir un pouvoir judiciaire dénué de tout rapport avec les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement Des relations de ce genre sont inévitables et nécessaires entre les organes judiciaire et législatif du gouvernement. La condition capitale du j

independence is that the relations between the judiciary and other branches of government not impinge on the essential "authority and function", to borrow Dickson C.J.'s term, of the court. (at 827 and 828)

To summarize, judicial independence as a constitutional principle fundamental to the Canadian system of government possesses both individual and institutional elements. Actions by other branches of government which undermine the independence of the judiciary therefore attack the integrity of our Constitution. As protectors of our Constitution, the Courts will not consider such intrusions lightly. (at 828)

At the hearing the respondent argued that *Beauregard* and *Hickman* could not apply to the case at bar since they both deal with the specific case of the independence of superior court judges, and General Court Martial judges are not superior court judges. The respondent further argued that *Valente* had rejected the solution of absolute, perfect and uniform judicial independence and that accordingly it had become necessary to accept less than perfection.

It is true that no absolute, perfect and uniform rule was imposed in *Valente*, and that *Beauregard* and *Hickman* concerned superior court judges. This however does not mean that the courts must accept any imperfect legislative solution or systematically seek to apply to courts that are not "superior" within the meaning of the *Constitution Act, 1867* the standards defined in relation to superior courts. Giving these three judgments too literal and technical an interpretation would not take account of the philosophy underlying them.

In *Valente* the Supreme Court, by expressly refusing to require that uniformity of legislation should be the standard for judicial independence and recognizing that there could be various "degrees of guarantee" of judicial independence, emphasized the objective sought, namely independence, rather than the means specifically used to reach that objective in a given case. What must be looked for, Le Dain J. said, is the "essence" of judicial independence rather than "any particular legislative or constitutional formula by which it may be provided or guaranteed" (at 693), the common feature of "the various approaches to the essential conditions of judicial independence" rather

maintien de l'indépendance judiciaire est que les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement ne doivent pas empiéter sur les «pouvoirs et fonctions» essentiels du tribunal, pour reprendre les termes du juge en chef Dickson. (aux pages 827 et 828)

En résumé, en tant que principe constitutionnel fondamental du régime de gouvernement canadien, l'indépendance judiciaire comporte à la fois des éléments individuels et des éléments institutionnels. Les actes des autres organes du gouvernement qui minent l'indépendance du pouvoir judiciaire nuisent donc à l'intégrité de notre Constitution. En tant que protecteurs de notre Constitution, les tribunaux ne prendront pas ces empiètements à la légère. (à la page 828)

L'intimée a soutenu, à l'audience, que les arrêts *Beauregard* et *Hickman* ne pouvaient s'appliquer au présent litige puisqu'ils traitaient tous deux du cas spécifique de l'indépendance des juges des cours supérieures et que les juges des cours martiales générales n'étaient pas des juges de cour supérieure. L'intimée a également soutenu que l'arrêt *Valente* avait écarté la solution d'une indépendance judiciaire absolue, parfaite et uniforme et qu'il fallait en conséquence accepter moins que la perfection.

Il est exact qu'aucune règle absolue, parfaite et uniforme n'a été imposée dans *Valente* et que les arrêts *Beauregard* et *Hickman* visaient des juges d'une cour supérieure. Il ne s'ensuit pas pour autant qu'on doive accepter toute solution législative imparfaite ni chercher systématiquement à appliquer à des cours qui ne sont pas «supérieures» au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867* des normes définies dans le contexte de cours supérieures. Une interprétation par trop littérale et technique de ces trois arrêts ne tiendrait pas compte de la philosophie qui les sous-tend.

La Cour suprême, dans *Valente*, en refusant expressément d'exiger que l'uniformité des dispositions législatives soit la norme de l'indépendance judiciaire et en reconnaissant qu'il pouvait y avoir divers «degrés de garantie» d'indépendance judiciaire, a mis l'accent sur l'objectif visé, soit l'indépendance, plutôt que sur les moyens retenus spécifiquement dans un cas donné pour atteindre cet objectif. Ce qu'il faut rechercher, selon le juge Le Dain, c'est «l'essence» de l'indépendance judiciaire plutôt que «quelque formule législative ou constitutionnelle particulière qui peut l'offrir ou l'assurer» (à la page 693), c'est le trait commun des «diverses conceptions des conditions

than the actual expression of those conditions (at 694). It is the same independence in principle that must be found everywhere, but in a form that takes account of the "variety" of the tribunals (at 693); it is the same guarantee in principle, but it will be found in various "degrees" (at 693).

I agree that *Valente* is not without ambiguity and it opens the door to a conception of judicial independence which could be fluctuating rather than certain, in that its legislative expression could vary from one tribunal to another. The Supreme Court, interpreting paragraph 11(d) of the *Charter* for the first time, attempted both to give the concept of judicial independence substantial content on paper and to reserve the right in practice to adjust the essential conditions of judicial independence in accordance with the variety of tribunals created by legislators. Every accused to whom the *Charter* applies is entitled to be tried by an independent tribunal, whatever the severity of the penalty imposed (*Wigglesworth* decided that the severity of the penalty affects whether the *Charter* applies; once the penalty is found to be sufficiently severe for the *Charter* to apply, the guarantee of judicial independence is the same for everyone), but the expression of that independence will vary depending on the circumstances. This indeed is the way in which McLachlin J. seems to have interpreted *Valente* in *Hickman* when she said, at 826, that the essential conditions defined by Le Dain J. "may vary and evolve with time and circumstances."

I accordingly conclude from the Supreme Court rulings that the concept of judicial independence developed thus far is a pattern rather than a strait-jacket and that what the courts must ensure in a given case is that the "essence" (*Valente*, at 693) of judicial independence has been preserved; that is, ensure that the tribunal is secure from any possibility of arbitrary interference by an outsider (*Beauregard*, at 69, 74 and 75) in the exercise of its essential authority and function (*Beauregard* at 73 and *Hickman* at 828).

essentielles de l'indépendance judiciaire» plutôt que l'expression même de ces conditions (à la page 694). C'est la même indépendance de principe qu'on doit retrouver partout, mais dans une forme qui pourra tenir compte de la «diversité» des tribunaux (à la page 693); c'est la même garantie de principe, mais qu'on pourra retrouver à des «degrés» divers (à la page 693).

L'arrêt *Valente*, j'en conviens, n'est pas sans ambiguïtés et il ouvre la porte à un concept d'indépendance judiciaire qui pourrait être ponctuel plutôt que rigide en ce que son expression législative pourrait varier d'un tribunal à l'autre. La Cour suprême, dont c'était la première interprétation de l'alinéa 11d) de la *Charte*, a voulu à la fois donner, sur papier, un contenu substantiel au concept d'indépendance judiciaire et se réserver la possibilité, en pratique, d'ajuster les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire en fonction de la diversité des tribunaux établis par les législateurs. Tout inculpe auquel la *Charte* s'applique a le droit d'être jugé par un tribunal indépendant quelle que soit la sévérité de la peine imposée (l'arrêt *Wigglesworth* décide, en effet, que la sévérité de la peine joue au niveau de l'application ou non de la *Charte*; une fois la peine jugée suffisamment sévère pour que s'applique la *Charte*, la garantie d'indépendance judiciaire est la même pour tous), mais l'expression de cette indépendance variera selon les circonstances. C'est d'ailleurs en ce sens que le juge McLachlin, dans *Hickman*, paraît avoir interprété *Valente* lorsqu'elle déclare, à la page 826, que les conditions essentielles définies par le juge Le Dain «peuvent varier et évoluer avec le temps et selon les circonstances».

Je retiens en conséquence de l'enseignement de la Cour suprême que le concept d'indépendance judiciaire développé à ce jour est un modèle davantage qu'un carcan et que ce dont il faut s'assurer, dans un cas donné, c'est que l'indépendance judiciaire a été préservée dans son «essence» (*Valente*, à la page 693), c'est-à-dire s'assurer que le tribunal est à l'abri de toute possibilité d'ingérence arbitraire d'une personne de l'extérieur (*Beauregard*, aux pages 69, 74, 75) dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions essentiels (*Beauregard*, à la page 73, *Hickman*, à la page 828).

Accordingly, it does not matter if one or other of the essential conditions defined by Le Dain J. in *Valente* cannot be literally applied to the General Court Martial. The criterion of security of tenure hardly applies to a court as transitory as the General Court Martial, which comes into being and ceases to exist with each case that it hears. The criterion of financial security has little bearing when the members of the court are government employees who, as soon as the case is heard, go back to their usual employment and retain their salaries and their pension rights. The criterion of institutional independence was developed in connection with permanent judicial bodies. Does this mean to that extent that, because a court is transitory and its members government employees, it falls outside the "essence" of these requirements seeking to ensure that there is no possibility of arbitrary interference in the tribunal's essential authority and function? That cannot and should not be the case. The General Court Martial must be independent, and if some of the criteria defined to date in different contexts are hard to apply, they must be adapted accordingly.

(iii) Trial of case in General Court Martial

A review of the relevant provisions of the *National Defence Act*, the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (Q.R.&O.)*, the *Canadian Forces Administrative Orders (C.F.A.O.)* and the facts of the case at bar give a picture which is as follows.

Charge sheet

The charge sheet is prepared from a standard form set out in chapters 103 and 106 of the *Q.R.&O.* The standard form relating to desertion is contained in article 103.21; that relating to offences against other Canadian legislation is found in article 103.61. The charge sheet is signed by the accused's commanding officer (*Q.R.&O.*, article 106.01), here Lieutenant-Colonel Caron.

Arrest

As a general rule an accused is arrested by an officer of the Canadian Forces (*Act*, section 155; *Q.R.&O.*, chapter 105). A commanding officer may

Aussi, il importe peu que l'une ou l'autre des conditions essentielles définies par le juge Le Dain dans *Valente* ne puisse être littéralement appliquée à la Cour martiale générale. Le critère de l'inaévolabilité sied mal à une cour aussi éphémère que la Cour martiale générale, qui naît et meurt avec la cause qu'elle entend. Le critère de la sécurité financière convient peu lorsque les membres de la Cour sont des employés de l'état qui, sitôt la cause jugée, reprennent leur emploi habituel et conservent leur salaire et leur droit à une pension. Le critère de l'indépendance institutionnelle a été développé dans le contexte de structures judiciaires permanentes. Est-ce à dire, pour autant, parce qu'une cour est éphémère et ses membres fonctionnaires de l'état, qu'elle échappe à l'«essence» de ces exigences qui veut qu'il n'y ait aucune possibilité d'ingérence arbitraire dans les pouvoirs et fonctions essentiels du tribunal? Tel ne peut pas, tel ne doit pas être le cas. La Cour martiale générale doit être indépendante, et si certains des critères qui ont été définis à ce jour dans des contextes différents y sont difficilement applicables, il faut les adapter en conséquence.

(iii) Le déroulement d'une instance en Cour martiale générale

Un examen des dispositions pertinentes de la *Loi sur la défense nationale*, des *Ordonnances et Règlements Royaux applicables aux Forces canadiennes (O.R.F.C.)*, des *Ordonnances Administratives des Forces canadiennes (O.A.F.C.)* et des faits du présent litige permet de tracer le tableau que voici :

L'acte d'accusation

L'acte d'accusation est rédigé selon le modèle établie aux chapitres 103 et 106 des *O.R.F.C.* Le modèle relatif à la désertion se trouve à l'article 103.21; celui relatif aux infractions à d'autres lois du Canada se trouve à l'article 103.61. L'acte d'accusation est signé par le commandant de l'accusé (*O.R.F.C.*, article 106.10), en l'espèce le lieutenant-colonel Caron.

L'arrestation

Un prévenu est mis aux arrêts, règle générale, par un officier des Forces canadiennes (*Loi*, article 155; *O.R.F.C.*, chapitre 105). Un commandant peut, par

authorize an arrest by a warrant under the officer's hand (*Act*, section 157). The person arrested "may, forthwith on apprehension, be placed in civil custody or service custody or be taken to the unit or formation with which the person is serving or to any other unit or formation of the Canadian Forces" (*Act*, section 158). In the case at bar, custody was ordered by the appellant's commanding officer.

Investigation

Any charge must be investigated forthwith in accordance with regulations made by the Governor in Council (*Act*, section 161). The investigation is conducted by an officer or by a non-commissioned officer, depending on whether the accused is or is not an officer (*Q.R.&O.*, article 107.05). The results of the investigation are communicated to the accused's commanding officer (*Q.R.&O.*, article 107.05), who will cause the charge to be proceeded with (*Act*, sections 160 and 162, *Q.R.&O.* article 107.12). In some cases the accused's commanding officer has discretionary power to try the accused summarily (*Act*, section 163; *Q.R.&O.*, articles 108.01 to 108.29). When his powers of punishment are inadequate having regard to the gravity of the offence, the accused's commanding officer submits the case to a higher authority (*Q.R.&O.*, articles 108.30 and 109.01), which if it considers that its power of punishment is inadequate orders that the accused be tried by a court martial, or if it does not have the power to convene a court martial, refers the matter to the next superior officer who has the necessary power to convene a court martial (*Q.R.&O.*, article 110.06).

In the case at bar, as we have seen, the accused's commanding officer submitted the case to a higher authority, Brigadier-General Addy, who in turn referred the matter to his superior, Lieutenant-General Fox, who convened the General Court Martial.

Convening authority

A court martial may be convened by "the Minister, the chief of the Defence Staff, an officer commanding a command, upon receipt of an application from a commanding officer, and such other service authorities as the Minister may prescribe or appoint for that purpose" (*Act*, section 165; *Q.R.&O.*, article 111.05).

mandat signé de sa main, autoriser une arrestation (*Loi*, article 157). La personne arrêtée «peut être sans délai placée sous garde civile ou militaire ou conduite dans l'unité ou la formation dans laquelle elle sert ou dans toute autre unité ou formation des Forces canadiennes» (*Loi*, article 158). En l'espèce, la détention a été ordonnée par le commandant de l'appelant.

^b L'enquête

Toute accusation doit immédiatement faire l'objet d'une enquête conformément aux règlements pris par le gouverneur en conseil (*Loi*, article 161). L'enquête est menée par un officier ou par un membre sans brevet d'officier selon que l'accusé est ou n'est pas un officier (*O.R.F.C.*, article 107.05). Les conclusions de l'enquête sont communiquées au commandant de l'accusé (*O.R.F.C.*, article 107.05), lequel doit voir à ce que l'on instruisse le procès (*Loi*, articles 160, 162; *O.R.F.C.*, article 107.12). Le commandant de l'accusé a, dans certains cas, le pouvoir discrétionnaire de juger sommairement l'accusé (*Loi*, article 163; *O.R.F.C.*, articles 108.01 à 108.29). Lorsque ses pouvoirs de punition se révèlent insuffisants eu égard à la gravité de l'infraction, le commandant de l'accusé soumet le cas à une autorité supérieure (*O.R.F.C.*, articles 108.30, 109.01), laquelle, si elle est d'avis que son pouvoir de punition est insuffisant, décrète que l'accusé soit jugé par une cour martiale ou, si elle n'a pas le pouvoir de convoquer une cour martiale, renvoie la cause au supérieur immédiat qui possède la compétence voulue pour convoquer une cour martiale (*O.R.F.C.*, article 110.06).

En l'espèce, comme on l'a vue, le commandant de l'accusé a soumis le cas à une autorité supérieure, le brigadier-général Addy, lequel, à son tour, a renvoyé le cas à son supérieur, le lieutenant-général Fox, lequel a convoqué la Cour martiale générale.

ⁱ L'autorité convocatrice

Une cour martiale peut être convoquée par «le Ministre, le chef de l'état-major de la défense, un officier général commandant un commandement, sur réception d'une demande d'un commandant, et les autres autorités militaires que le Ministre peut prescrire ou désigner à cette fin» (*Loi*, article 165;

In the case at bar the convening authority was the commanding officer of the St-Hubert Mobile Command, Lieutenant-General Fox.

A prosecutor is appointed by the convening authority or by an officer designated by the convening authority for that purpose. The convening authority may, with the consent of the Judge Advocate General, appoint counsel to act as prosecutor (*Q.R.&O.*, article 111.23).

When a convening authority has issued a convening order for a court martial he shall forward the convening order and charge sheet to the president, the judge advocate, the prosecutor and the commanding officer of the unit; he shall also forward to the prosecutor the synopsis, the accused's conduct sheet and a certified copy of the record of any reproof given to the accused within the previous 12 months, while he shall also forward to the commanding officer of the unit the synopsis and any information as to whether the prosecutor is a person having legal qualifications (*Q.R.&O.*, article 111.50). However, it is the officer commanding the unit, not the convening authority, who takes steps to ensure that the convening order, the charge sheet, the synopsis and notification whether the prosecutor has legal training are handed to the accused at least 24 hours before commencement of the trial (*Q.R.&O.*, article 111.51).

The convening authority has the power to direct that the public be excluded, in the same way as does the president of the court martial (*Act*, section 180), and when it so directs the president is bound by the order and may not depart from it (*Q.R.&O.*, article 112.10, Note (A)). It receives, before or after the trial, any report made by the judge advocate regarding any informality or defect in the charge or in the constitution of the court (*Q.R.&O.*, article 112.55).

Judge Advocate General

The Judge Advocate General is appointed by the Governor in Council to be Judge Advocate General of the Canadian Forces (*Act*, section 9). However, his powers may be exercised by such other person as the Minister of National Defence may authorize to act for him (*Act*, section 10). Though the *Act* does not require that he be a member of the Canadian Forces,

O.R.F.C., article 111.05). En l'espèce, l'autorité convocatrice a été le commandant de la Force mobile à St-Hubert, le lieutenant-général Fox.

Un procureur à charge est désigné par l'autorité convocatrice ou par un officier nommé à cette fin par l'autorité convocatrice. L'autorité convocatrice peut, avec l'assentiment du juge-avocat général, désigner un avocat à titre de procureur à charge (*O.R.F.C.*, article 111.23).

L'autorité convocatrice, après avoir émis un ordre de convocation, fait parvenir l'ordre de convocation et l'acte d'accusation au président, au juge-avocat, au procureur à charge et au commandant de l'unité; au procureur à charge elle fera également parvenir le sommaire, la feuille de punition de l'accusé et une copie conforme de l'inscription de tout blâme adressé à l'accusé au cours des 12 derniers mois, tandis qu'elle fera parvenir également au commandant de l'unité le sommaire et l'indication que le procureur à charge possède ou non une formation juridique (*O.R.F.C.*, article 111.50). Mais c'est le commandant de l'unité, et non plus l'autorité convocatrice, qui prend des mesures pour qu'on remette à l'accusé, au moins 24 heures avant le début du procès, l'ordre de convocation, l'acte d'accusation, le sommaire et l'indication que le procureur à charge possède ou non une formation juridique (*O.R.F.C.*, article 111.51).

L'autorité convocatrice a le pouvoir d'ordonner le huis clos, au même titre que le président de la cour martiale (*Loi*, article 180) et lorsqu'elle l'ordonne, le président est tenu d'observer cet ordre et n'a pas le droit d'y déroger (*O.R.F.C.*, article 112.10, note (A)). Elle reçoit, avant ou après le procès, tout rapport du juge-avocat relativement à toute irrégularité ou à tout défaut dans l'accusation ou dans la constitution de la cour (*O.R.F.C.*, article 112.55).

Le juge-avocat général

Le juge-avocat général est nommé par le gouverneur en conseil et il remplit les fonctions de juge-avocat général des Forces canadiennes (*Loi*, article 9). Ses attributions peuvent toutefois être exercées par toute personne autorisée par le Ministre de la défense nationale à le suppléer (*Loi*, article 10). Bien que la *Loi* n'exige pas qu'il soit membre des Forces

he is nevertheless regarded as an "officer" of the said Forces by chapter 4 of the *Q.R.&O.*

His powers are as follows:

- to appoint the judge advocate (*Q.R.&O.*, article 111.22);
- to certify to the Minister that in his opinion a new trial is advisable (*Act*, section 210);
- to approve that orders or instructions which may interfere substantially with the performance of their primary duties be given to their officers by senior regional commanding officers (*C.F.A.O.* 4-1, section 4);
- to agree to the designation of counsel as prosecutor by the convening authority (*Q.R.&O.*, article 111.23).

Deputy Judge Advocate General

In addition to being the regional legal adviser, the Deputy Judge Advocate General is also the command legal officer when he is located at a command headquarters (*C.F.A.O.* 4-1, section 5).

Officers of Judge Advocate General

Officers of the Judge Advocate General are subject to the orders and instructions issued by senior commanding officers in their region and, unless they receive prior authorization from the Judge Advocate General, they must not be given orders or instructions which may interfere substantially with the performance of their primary duties (*C.F.A.O.* 4-1, sections 3 and 4). None of these officers shall, before the conclusion of the trial, intermingle judicial and non-judicial duties (*C.F.A.O.* 4-1, section 6).

Composition of General Court Martial

The members of the General Court Martial are selected by the convening authority from among officers of the Canadian Forces (*Act*, sections 165 and 167).

The president of a General Court Martial shall be an officer of or above the rank of colonel and shall be

canadiennes, il n'en est pas moins considéré connu un «officier» desdites Forces par le chapitre 4 des *O.R.F.C.*

a Ses pouvoirs sont les suivants :

- nommer le juge-avocat (*O.R.F.C.*, article 111.22);
- certifier au Ministre qu'à son avis un nouveau procès est souhaitable (*Loi*, article 210);
- approuver que des ordres ou instructions qui seraient susceptibles d'entraver substantiellement l'exécution de leurs fonctions principales soient donnés à ses officiers par les commandants supérieurs des régions (*O.A.F.C.* 4-1, article 4);
- consentir à la désignation, par l'autorité convocatrice, d'un avocat à titre de procureur à charge (*O.R.F.C.*, article 111.23).

Le juge-avocat général adjoint

e Le juge-avocat général adjoint, en plus d'être le conseiller juridique régional, est aussi l'avocat du commandement s'il est basé à un quartier général de commandement (*O.A.F.C.* 4-1, article 5).

Les officiers du juge-avocat général

f Les officiers du juge-avocat général sont assujettis aux ordres et instructions émis par les commandants supérieurs de leur région et, à moins d'obtenir l'approbation préalable du juge-avocat général, on ne doit pas leur donner d'ordres ou d'instructions qui seraient susceptibles d'entraver substantiellement l'exécution de leurs fonctions principales (*O.A.F.C.* 4-1, articles 3 et 4). Aucun de ces officiers ne doit cumuler des fonctions judiciaires et non judiciaires relativement à un procès quelconque, avant que ce procès ne soit terminé (*O.A.F.C.* 4-1, article 6).

La composition de la Cour martiale générale

i Les membres de la Cour martiale générale sont choisis par l'autorité convocatrice parmi les officiers des Forces canadiennes (*Loi*, articles 165 et 167).

j Le président de la Cour martiale générale doit avoir au moins le grade de colonel; il est nommé par

appointed by the authority convening the General Court Martial or by an officer empowered by that authority to appoint the president (*Act*, section 168).

Whenever possible the convening authority should avoid, unless the exigencies of the service so require, selecting the president or any members from the accused's unit (*Q.R.&O.*, article 111.06, note (B)).

The convening authority should not ordinarily appoint as a member of a General Court Martial an officer of a rank lower than that of the accused (*Q.R.&O.*, article 111.21, note (A)).

The president of a court martial has the power to order that the public be excluded, in the same way as does the convening authority (*Act*, section 180), and to adjourn the hearing (*Act*, section 189).¹⁰

Judge advocate

The person who officiates as judge advocate at the General Court Martial is appointed by the authority prescribed for that purpose in regulations (*Act*, section 169). This authority is the Judge Advocate General (*Q.R.&O.*, article 111.22). (In the case at bar the judge advocate was Lieutenant-Colonel Champagne, "assisting the chief service judge.")

The judge advocate may rule on questions of law or mixed law and fact (*Act*, subsection 192(4)).

The judge advocate may, with the permission of the president, explain any question to the Court,

¹⁰ In the case at bar, after the president had adjourned the hearing, it was the convening authority which gave the order to resume the hearing and it was deputy judge advocate Coulombe, who was also the prosecutor, who passed this order on to the accused. Additionally, one of the members of the tribunal, Lieutenant-Colonel Ayotte, asked when an application for adjournment was being considered, "if we can expect to be able to sit some day and proceed with the order we have had from General Fox, to try this Court, this case?" (appeal case, p. 32). I am not persuaded that the convening authority had the power to order a resumption of the hearing and I will not take this order into account in my analysis of the objective aspect of the tribunal's independence. The actions of the convening authority, the prosecuting counsel and members of the tribunal might be the subject of a debate regarding the subjective aspect of the independence of this tribunal, but that is not the issue now before the Court.

l'autorité convocatrice ou par un officier habilité par celle-ci à cet effet (*Loi*, article 168).

Quand il est possible, l'autorité convocatrice devrait éviter, à moins que les exigences du service ne le rendent nécessaire, de choisir le président ou tous les membres parmi l'unité de l'accusé (*O.R.F.C.*, article 111.06, note (B)).

L'autorité convocatrice ne devrait pas, d'ordinaire, désigner, à titre de membre d'une cour martiale générale, un officier d'un grade inférieur à celui de l'accusé (*O.R.F.C.*, article 111.21, note (A)).

Le président de la cour martiale a le pouvoir d'ordonner le huis clos, au même titre que l'autorité convocatrice (*Loi*, article 180), et d'ajourner les débats (*Loi*, article 189)¹⁰.

Le juge-avocat

La personne qui fera fonction de juge-avocat à la Cour martiale générale est nommée par l'autorité désignée à cette fin par règlement (*Loi*, article 169). Cette autorité est le juge-avocat général (*O.R.F.C.*, article 111.22). (En l'espèce, le juge-avocat était le lieutenant-colonel Champagne, «assistant au juge militaire en chef».)

Le juge-avocat peut statuer sur les questions de droit ou sur les questions mixtes de droit et de fait (*Loi*, paragraphe 192(4)).

Le juge-avocat peut, avec la permission du président, expliquer à la cour toute question, y compris la

¹⁰ En l'espèce, après que le président eut ajourné les débats, c'est l'autorité convocatrice qui a donné l'ordre de reprendre l'audience et c'est le juge-avocat adjoint Coulombe, qui était aussi le procureur à charge, qui a transmis cet ordre à l'accusé. De plus, l'un des membres du tribunal, le lieutenant-colonel Ayotte, s'est demandé, lors d'un débat relatif à une demande d'ajournement, «si on peut s'attendre à pouvoir s'asseoir un jour et procéder avec l'ordre qu'on a eu du Général Fox, de juger cette Cour, ce cas-là?» (dossier d'appel, à la page 32). Je ne suis pas convaincu que l'autorité convocatrice ait eu le pouvoir d'ordonner la reprise de l'audience et je ne tiendrai pas compte de cette ordonnance dans mon analyse du volet objectif de l'indépendance du tribunal. Les agissements de l'autorité convocatrice, du procureur à charge et des membres du tribunal pourraient vraisemblablement alimenter un débat portant sur le volet subjectif de l'indépendance du présent tribunal, mais tel n'est pas le débat devant nous.

including case law (*Q.R.&O.*, article 112.05(4a)) and on order of the president he must rule on any question of law or mixed law and fact (*Q.R.&O.*, article 112.06). A decision of a judge advocate is a decision of the court (*Q.R.&O.*, article 112.06(5)). "The court shall be guided by the opinion of the judge advocate upon all matters of law and procedure, and shall not disregard his opinion except for very weighty reasons" (*Q.R.&O.*, article 112.54).

Prior to or after the trial the judge advocate shall advise the convening authority of any informality or defect in the charge or in the constitution of the court and shall advise the court of any informality or irregularity in the proceedings or in any other matter before the court (*Q.R.&O.*, article 112.55(2)).

"The judge advocate shall be responsible for the compilation and completion of the minutes of proceedings of the court and for the custody of exhibits" (*Q.R.&O.*, article 112.55(4)).

Prosecutor

The prosecutor is an officer appointed by the convening authority or by an officer designated to do so by the convening authority (*Q.R.&O.*, article 111.23). (In the case at bar the prosecutor, Major Coulombe, was himself a deputy judge advocate from the Judge Advocate General's office.)

Witnesses

The president of the court martial must procure the attendance of witnesses whose attendance can reasonably be procured, having regard to the exigencies of the service. The accused has the right to procure and produce at his own expense such witnesses as he may desire, if the exigencies of the service permit (*Act*, section 183).

Orders

Orders made under the *Act* may be signified by an order, instruction or letter under the hand of any officer whom the authority that made those orders has authorized to issue them on its behalf (*Act*, section 50).

jurisprudence (*O.R.F.C.*, article 112.05(4a)), et il doit, sur ordre du président, statuer sur toute question de droit ou sur toute question de droit et de fait (*O.R.F.C.*, article 112.06). Une décision rendue par le juge-avocat est une décision de la cour (*O.R.F.C.*, article 112.06(5)). «La cour se guide sur l'avis du juge-avocat pour toutes les questions de droit et de procédure, et ne passe outre à son avis que pour des raisons très sérieuses.» (*O.R.F.C.*, article 112.54).

Avant ou après le procès, le juge-avocat fait part à l'autorité convocatrice de toute irrégularité ou de tout défaut dans l'accusation ou dans la constitution de la cour et fait part à la cour de toute irrégularité ou vice de forme dans les délibérations ou à l'égard de tout autre sujet en cause (*O.R.F.C.*, article 112.55(2)).

«Il incombe au juge-avocat de veiller à la préparation et à la mise au point définitive du procès-verbal des délibérations de la cour ainsi qu'à la garde des pièces.» (*O.R.F.C.*, article 112.55(4)).

Le procureur à charge

Le procureur à charge est un officier désigné par l'autorité convocatrice ou par un officier nommé à cette fin par celle-ci (*O.R.F.C.*, article 111.23). (En l'espèce, le procureur à charge, le major Coulombe, était lui-même juge-avocat adjoint membre du cabinet du juge-avocat général.)

Les témoins

Le président de la cour martiale doit faire comparaître les témoins dont la présence ne pose pas de problèmes excessifs eu égard aux exigences du service. L'accusé a le droit de produire à ses frais les témoins qu'il désire, si les exigences du service le permettent (*Loi*, article 183).

Les ordres

Les ordres, au sens de la *Loi*, peuvent prendre la forme d'ordres proprement dits, de directives ou de lettres portant la signature de tout officier habilité à les donner en son nom (*Loi*, article 50).

Challenges

If the accused objects to any member of the court, it is the judge advocate who rules on his application (*Q.R.&O.*, article 112.05(4)).

Appraisal, salary and promotion

Canadian Forces officers may be promoted by the Minister or by such authorities of the Canadian Forces as are prescribed in regulations made by the Governor in Council (*Act*, section 28).

The pay and allowances of officers and men are at such rates and issued under such conditions as are prescribed by the Treasury Board (*Act*, section 35).

The Chief of the Defence Staff determines the rank of a legal officer on the basis of merit (*Q.R.&O.*, article 204.218).

The appraisal reports of officers are the subject of an order (*C.F.A.O.*, 26-6). In particular, Appendix B contains methods for appraising legal officers, including assistants of the Judge Advocate General.

Minister

His powers are as follows:

- to appoint someone to act for the Judge Advocate General (*Act*, section 10);
- to convene a court martial (*Act*, section 165);
- to substitute a new finding (*Act*, section 209);
- to direct that a new trial be held on the advice of the Judge Advocate General (*Act*, section 210);
- to substitute for an illegal punishment such a penalty as he considers appropriate (*Act*, section 211).

In short:

1. it is the appellant's commanding officer who signs the charge sheet, directs that he be taken into custody, receives the findings of the investigation, decides to proceed with the charge and refers the matter to his superior for the ultimate purpose of convening a court martial;

La récusation

Si l'accusé demande la récusation d'un membre de la cour, c'est le juge-avocat qui statue sur sa demande (*O.R.F.C.*, article 112.05(4)).

Appréciation, salaire et promotion

Les officiers des Forces canadiennes peuvent être promus par le Ministre ou les autorités des Forces canadiennes désignées par règlement du gouverneur en conseil (*Loi*, article 28).

Les taux et conditions de versement des soldes et allocations sont fixés par le Conseil du Trésor (*Loi*, article 35).

Le chef d'état-major de la défense détermine le grade de l'avocat militaire en fonction du mérite (*O.R.F.C.*, article 204.218).

Les rapports d'appréciation des officiers font l'objet de l'ordonnance (*O.A.F.C.* 26-6). Il y est fait état, notamment, à l'annexe B, des méthodes d'appréciation des avocats militaires, y compris les assistants du juge-avocat général.

Le Ministre

Ses pouvoirs sont les suivants :

- nommer un suppléant au juge-avocat général (*Loi*, article 10);
- convoquer une cour martiale (*Loi*, article 165);
- substituer un verdict (*Loi*, article 209);
- ordonner la tenue d'un nouveau procès sur avis du juge-avocat général (*Loi*, article 210);
- substituer à une peine illégale une peine qu'il juge appropriée (*Loi*, article 211).

En somme,

1. c'est le commandant d'un accusé qui signe l'acte d'accusation, qui ordonne sa détention, qui reçoit les conclusions de l'enquête, qui décide de donner suite à l'accusation et qui réfère le dossier à son supérieur aux fins ultimes de convoquer une cour martiale;

2. the investigation is conducted by members of the Canadian Forces;

3. it is a military authority or, if necessary, the Minister, who directs that the Court Martial be convened, decides on the date of the hearing and appoints the members of the Court;

4. it is the Judge Advocate General who selects the judge advocate;

5. officers of the Canadian Forces act as members of the Court;

6. an officer of the Canadian Forces acts as prosecutor.

(iv) Application of rules of judicial independence to case at bar

This review of the manner of proceeding in a General Court Martial indicates that the system created by the *Act* and by the *Q.R.&O.* clearly establishes close links of institutional dependence between the Minister of National Defence, the commanding officer who signs the charge sheet, orders custody, receives the investigation report and decides to proceed with the charge, the military authority who convenes the Court, appoints its members and decides on its dates of hearing, the officers who make up the Court and for all practical purposes sit as a jury, the officer who prosecutes and, of course, the accused. I note that the *Act* and the *Orders* do not expressly require that the judge advocate also be a member of the Canadian Forces, although in the case at bar the record indicates that he was. I nevertheless take account of this officer on the tribunal, whether or not he was an officer of the Canadian Forces, in the conclusion I have arrived at of an objective institutional dependence, since under the *Act* and the *Orders* his function and duties lead him to maintain close ties with the Canadian Forces.

The prosecutor, who for all practical purposes is the Department of National Defence, though on paper it is Her Majesty the Queen, exercises or may exercise control at all times over the charge, investigation, custody, decision to proceed, convening of the tribunal, composition of the tribunal and the officers of the tribunal. Before, during and after the trial, persons who are not on the tribunal and are connected

2. ce sont des membres des Forces canadiennes qui mènent l'enquête;

3. c'est une autorité militaire ou, à la rigueur, le Ministre, qui ordonne la convocation de la Cour martiale générale, qui décide de la date de l'audience et qui nomme les membres de la Cour;

4. c'est le juge-avocat général qui choisit le juge-avocat;

5. ce sont des officiers des Forces canadiennes qui agissent comme membres de la Cour;

6. c'est un officier des Forces canadiennes qui agit comme procureur à charge.

iv) Application en l'espèce, de la garantie d'indépendance judiciaire

Cet exposé du déroulement d'une instance en Cour martiale générale révèle que le système mis sur pied par la *Loi* et par les *O.R.F.C.* crée de façon manifeste et objective des liens étroits de dépendance institutionnelle entre le Ministre de la défense nationale, le commandant qui signe l'acte d'accusation, ordonne la détention, reçoit le rapport d'enquête et décide de donner suite à l'accusation, l'autorité militaire qui convoque la Cour, en nomme les membres et décide de ses dates d'audience, les officiers qui composent la Cour et siègent à toutes fins utiles comme un jury, l'officier qui est procureur à charge et, bien sûr, l'accusé. Je note que la *Loi* et les *Ordonnances* n'exigent pas expressément que le juge-avocat soit, lui aussi, membre des Forces canadiennes, encore qu'en l'espèce le dossier indique qu'il l'était. Je n'en tiens pas moins compte de cet officier du tribunal, qu'il soit ou non officier des Forces canadiennes, dans la conclusion à laquelle j'en arrive de dépendance institutionnelle objective, puisque son rôle et ses fonctions l'amènent, de par la *Loi* et les *Ordonnances*, à entretenir des liens étroits avec les Forces canadiennes.

Le poursuivant qui, à toutes fins utiles, est le ministère de la Défense nationale même s'il est, sur papier, Sa Majesté la Reine, exerce ou peut exercer un contrôle de tous les instants sur la mise en accusation, sur l'enquête, sur la détention, sur la décision de poursuivre, sur la convocation du tribunal, sur la composition du tribunal et sur les officiers du tribunal. Avant, pendant et après le procès, des personnes

with the prosecutor interfere or may interfere as of right in the progress of the trial and even alter its outcome. As Laskin C.J., dissenting, pointed out in *MacKay*:

In the present case, the charges against the accused were laid by the accused's commanding officer. The Standing Court Martial was ordered by a senior commander and a member of the armed forces, a Lieutenant-Colonel, was appointed from an approved list as the Standing Court Martial pursuant to s. 154. Both the officer constituting the Standing Court Martial and the prosecutor were part of the office of the Judge Advocate General. In short, the accused, who was tried on charges under a general federal statute, the *Narcotic Control Act*, was in the hands of his military superiors in respect of the charges, the prosecution and the tribunal by which he was tried. (at 379) (My emphasis.)

There exists, undoubtedly and whatever the criteria one wishes to apply, a "relationship to others" which is "reflected in [the tribunal's] institutional or administrative relationships to the executive and legislative branches of government," a tribunal which "is not independent of the other branches of government, in what is essential to its function," a tribunal which has no real control over "administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function," to use the words of Le Dain J. in *Valente*. This tribunal is one that is vulnerable to interference by an "outsider," to use Dickson C.J.'s term in *Beauregard*.

In short, there is such institutional connivance and vulnerability between the Canadian Forces and the General Court Martial that the latter's independence within the meaning of the *Charter* is seriously compromised.

For example, it is not acceptable for a convening authority, whether the Minister or a member of the Canadian Forces, to decide who shall sit in a given case. As McLachlin J. pointed out in *Hickman*, at 833, "To allow the executive a role in selecting what judges hear what cases would constitute an unacceptable interference with the independence of the judiciary" (see also *Valente*, at 709). What of the situation when the "judges" assigned by the convening authority do not even belong to an independent judiciary,

qui ne forment pas le tribunal et qui sont liées au poursuivant s'ingèrent ou peuvent s'ingérer, de droit, dans le déroulement du procès et même en modifier l'issue. Ainsi que le constatait le juge en chef Laskin, dissident, dans *MacKay* :

En l'espèce, c'est l'officier commandant de l'accusé qui a porté les accusations contre lui. Un commandant supérieur a ordonné la constitution d'une cour martiale permanente et un membre des forces armées, un lieutenant-colonel, a été nommé en qualité de cour martiale permanente à partir d'une liste approuvée conformément à l'article 154. Tant l'officier constituant la cour martiale permanente que le procureur à charge faisaient partie du bureau du juge-avocat général. En bref, l'accusé, qui a été jugé sur des accusations portées en vertu d'une loi fédérale générale, la *Loi sur les stupéfiants*, était entre les mains de ses supérieurs militaires à l'égard des accusations, de la poursuite et du tribunal qui l'a jugé. (à la page 379) (Mes soulignements.)

Il y a là, très certainement et quels que soient les critères qu'on veuille retenir, «une relation avec autrui» qui «ressort (des) rapports institutionnels ou administratifs (du tribunal) avec les organes exécutif et législatif du gouvernement», un tribunal qui «n'est pas indépendant des autres organes du gouvernement dans ce qui est essentiel à sa fonction», un tribunal qui n'a aucun contrôle véritable sur les «décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires», pour reprendre les mots du juge Le Dain dans *Valente*. Il y a là un tribunal vulnérable à l'ingérence d'une «personne de l'extérieur», pour reprendre les mots du juge en chef Dickson dans *Beauregard*.

Bref, il y a une complicité et une vulnérabilité institutionnelles telles, entre les Forces canadiennes et la Cour martiale générale, que l'indépendance de celle-ci, au sens de la *Charte*, est sérieusement compromise.

À titre d'exemple, il est inacceptable qu'une autorité convocatrice, fut-elle le Ministre ou un membre des Forces canadiennes, décide qui doit siéger dans une affaire donnée. Ainsi que le soulignait le juge McLachlin dans *Hickman*, à la page 833, «Accorder au pouvoir exécutif un rôle quant à savoir quels juges entendent quelles causes constituerait une atteinte inacceptable à l'indépendance du pouvoir judiciaire» (voir aussi *Valente*, à la page 709). Que dire, lorsque les «juges» assignés par l'autorité convocatrice ne

continue to serve that authority during the trial and go back into its service as soon as the trial is over? Heald J.A. of the Federal Court of Appeal, in a case which it is true dealt with impartiality, expressed the following opinion [in *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856, at 869 and 870]:

In my view, the apprehension of bias also exists in this case because there is a direct connection between the prosecutor of the complaint (the [Canadian Human Rights] Commission) and the decision-maker (the Tribunal). That connection easily gives rise, in my view, to a suspicion of influence or dependency.

That criticism of the system of probationary and "at pleasure" appointments applies even more forcibly to the system of case-by-case assignments employed under this Act. At the very least, the prosecutor should not be able to choose his "judge" from a list of temporary "judges". That, however, is precisely what happens when the Commission chooses the Tribunal members who will hear a particular case. (My emphasis.)

What is true of an administrative tribunal is *a fortiori* true of a tribunal which has to try an accused.

The respondent argued that the long tradition of independent military justice came to the aid of the independent status of the General Court Martial. This type of argument was rejected by Le Dain J. in *Valente*, at 701 and 702.

The respondent further argued, relying on observations by Ritchie and McIntyre JJ. in *MacKay*, that the existence at the appeal level of a Court Martial Appeal Court was a sufficient guarantee of the independence of military justice. This argument is of no assistance since paragraph 11(d) of the *Charter* refers to the jurisdiction of the judgment; it would be, to say the least, extraordinary for an accused to be entitled to an independent tribunal only if he is convicted and appeals the verdict rendered against him! As Pratte J.A. of the Federal Court of Appeal noted in *Renaissance International v. M.N.R.*, [1983] 1 F.C. 860:

Normally, it seems to me, an appellant has the right to be treated fairly both by the tribunal of first instance and by the Appellate Court. (at 865)

font même pas partie d'une magistrature indépendante, continuent de servir cette autorité pendant le procès et retournent à son service sitôt le procès terminé? Le juge Heald, de la Cour d'appel fédérale, dans une affaire, il est vrai, où il était question d'impartialité, émettait l'opinion qui suit [dans *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856, aux pages 869, 870] :

À mon avis, une autre raison pour laquelle il y a crainte de partialité dans la présente affaire est qu'il existe un lien direct entre la personne agissant à titre de poursuivant relativement à la plainte (la Commission [canadienne des droits de la personne]) et l'instance décisionnelle (le Tribunal). À mon avis, ce lien permet de redouter une influence ou une dépendance quelconques.

Cette critique du système des nominations «sous probation» et «durant bon plaisir» s'applique avec encore plus de force au système des affectations cas par cas qu'utilise la Loi. À tout le moins, le poursuivant ne devrait pas avoir le pouvoir de choisir son «juge» à partir d'une liste de «juges» temporaires. C'est toutefois exactement ce qui se passe lorsque la Commission choisit les membres du tribunal qui entendront une affaire déterminée. (Mes soulèvements.)

Ce qui est vrai d'un tribunal administratif l'est *a fortiori* d'un tribunal appelé à juger un inculpé.

L'intimée a soutenu que la longue tradition d'indépendance de la justice militaire venait au secours du statut d'indépendance de la Cour martiale générale. Ce genre d'argument a été écarté par le juge Le Dain, dans *Valente*, aux pages 701 et 702.

L'intimée a soutenu, également, en s'appuyant sur les propos des juges Ritchie et McIntyre dans *MacKay*, que l'existence, au niveau de l'appel, d'un tribunal d'appel des cours martiales, constituait une garantie suffisante d'indépendance de la justice militaire. Cet argument n'est d'aucun secours puisque l'alinéa 11d) de la *Charte* réfère à la juridiction du jugement; il serait à tout le moins extraordinaire qu'un inculpé n'ait droit à un tribunal indépendant que s'il est reconnu coupable et en appelle d'un verdict prononcé contre lui! Ainsi que le notaient le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale, dans *Renaissance International c. M.R.N.* ([1983] 1 C.F. 860) :

Normalement, il me semble qu'un appellant a le droit d'être traité équitablement aussi bien par le tribunal de première instance que par la cour d'appel. (à la page 865)

and Benyekhlef, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Ed. Yvon Blais Inc. (1988), says at page 132:

[TRANSLATION] This guarantee cannot be met only before the appellate tribunal. The right to trial before an independent and impartial tribunal exists at first instance. It is not a right which comes into being on appeal or which can be blithely infringed if an appeal exists.

I therefore conclude on this point that the General Court Martial which tried the appellant was not an independent tribunal within the meaning of paragraph 11(d) of the *Charter*: it is in such a situation of dependence on the Department of National Defence and the Canadian Forces that it meets none of the essential conditions of judicial independence. I would even add that in my view the General Court Martial is essentially a "non-independent" tribunal in institutional terms, that transparently it has so little independence that no comparison can be made between it and the tribunals whose independence has been questioned to date, and that it is at the exact opposite of "what is common to, or at the heart of, the various approaches to the essential conditions of judicial independence in Canada" (*Valente*, at 694).

RESPONDENT'S BURDEN: JUSTIFICATION UNDER SECTION 1 OF CHARTER

The respondent, which submitted no evidence in support of her arguments, contended that "maintaining discipline in the Canadian Forces by means of the Code of Service Discipline is such a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society."

Even if a court has a general knowledge of the basis of judicial independence in Canada (*Beauregard*, at 69; *Valente*, at 686) and of the history of military justice (*MacKay*, at 398 and 402), I do not think that this general knowledge makes it possible to decide the question of justification in the case at bar.

et Benyekhlef, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, éd. Yvon Blais Inc. (1988) à la page 132 :

Cette garantie ne peut être satisfaite seulement devant un tribunal d'appel. Le droit à un procès devant un tribunal indépendant et impartial s'exerce dès la première instance. Il ne s'agit pas d'un droit qui survient en appel ou qui peut être allègrement violé s'il existe un appel.

Je conclus donc, sur ce point, que la Cour martiale générale qui a jugé l'appellant n'était pas un tribunal indépendant au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte* : elle est dans une situation de dépendance telle, vis-à-vis le ministère de la Défense nationale et les Forces canadiennes, qu'elle ne rencontre aucune des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. J'ajouterai même qu'à mon avis la Cour martiale générale est essentiellement un tribunal «non-indépendant», sur le plan institutionnel, qu'elle est si peu indépendante, à sa face même, qu'elle échappe à toute comparaison avec ces tribunaux dont d'indépendance a été à ce jour remise en question, et qu'elle se situe à l'antipode de «ce qui est commun aux diverses conceptions des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire au Canada ou ce qui est au centre de ces conceptions». (*Valente*, à la page 694.)

LE FARDEAU DE L'INTIMÉE : LA JUSTIFICATION EN VERTU DE L'ARTICLE PREMIER DE LA CHARTE

L'intimée, qui n'a présenté aucune preuve à l'appui de ses prétentions, soutient que «le maintien de la discipline au sein des Forces canadiennes par l'intermédiaire du Code de discipline militaire représente une limite raisonnable fixée par la loi qui est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique.»

Même si une cour a une connaissance générale du fondement de l'indépendance judiciaire au Canada (*Beauregard*, à la page 69; *Valente*, à la page 686) et de l'histoire de la justice militaire (*MacKay*, aux pages 398, 402), je ne crois pas que cette connaissance générale permette, en l'espèce, de décider de la question de la justification.

The fact is that the breach in question affects one of the most sacred foundations of our free and democratic society, judicial independence, which Dickson C.J. characterized in *Beauregard* at 70 as "the life-blood of constitutionalism in democratic societies," and it would seem that much more than general knowledge is necessary to support such an infringement, if indeed it can be supported. The infringement is such that it cannot be treated lightly (*Hickman*, at 828).

In view of the absence of evidence, I prefer not to consider here the relationship between paragraph 11(d) and section 1 of the *Charter* and to leave the question open (see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at 169).

The respondent relied on the "time-honoured tradition of a separate system of military justice administered by courts martial," but as we have seen in *Valente* the Supreme Court was not satisfied with tradition. The respondent also relied on the existence of an independent court at the appellate level. For the reasons given, this argument cannot be allowed. The argument of administrative necessity must also be dismissed for the reasons given *per* Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at 518, *per* Wilson J. in *Singh*, at 218 and 219, and *per* Heald J.A. in *MacBain v. Lederman*, at 875.

CONCLUSION

The *Charter* allows a parallel system of military law to exist, but this parallel system must comply *inter alia* with the requirement in paragraph 11(d). When a person tried under the *National Defence Act* is a "person charged with an offence" within the meaning of section 11 of the *Charter* — and that is the case here — he has the right to be tried by a military tribunal which offers a guarantee of independence. In the present legislative context, the General Court Martial does not offer this guarantee. I do not in any way exclude the possibility of the creation of a specialized military tribunal, conceivably composed in whole or in part of members whose training or experience is military in nature, but that tribunal and its members would still have to enjoy institutional independence consistent with the requirements of paragraph 11(d) of the *Charter*.

La violation dont il s'agit, en effet, touche l'un des fondements les plus sacrés de notre société libre et démocratique, l'indépendance judiciaire, que le juge en chef Dickson, dans *Beauregard*, qualifiait d'«élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques» (à la page 70) et il faudrait bien davantage que des éléments de connaissance générale pour justifier semblable violation, si tant est qu'elle se justifie. L'empiétement est tel qu'il ne peut être pris à la légère (*Hickman*, à la page 828).

Vu l'absence de preuve, je préfère m'abstenir d'examiner ici le rapport entre l'alinéa 11d) et l'article 1 de la *Charte* et laisser la question ouverte (voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la page 169).

Par ailleurs, l'intimée s'appuie sur «la tradition fort ancienne d'un système distinct de justice militaire administré par les cours martiales», mais la Cour suprême, dans *Valente*, comme on l'a vu, ne s'est pas satisfaite de la tradition. L'intimée s'appuie aussi sur l'existence d'une cour indépendante, au palier d'appel. Cet argument, pour les raisons évoquées, ne peut être retenue. L'argument de commodité administrative doit aussi être rejeté pour les raisons données par le juge Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, à la page 518, par le juge Wilson dans *Singh*, aux pages 218 et 219, et par le juge Heald dans *MacBain c. Lederman*, à la page 875.

CONCLUSION

La *Charte* permet qu'existe un système de justice militaire parallèle, mais ce système parallèle doit répondre, notamment, à l'exigence de l'alinéa 11d). Lorsqu'une personne jugée en vertu de la *Loi sur la défense nationale* est «inculpée» au sens de l'article 11 de la *Charte* — et c'est le cas en l'espèce — elle a le droit d'être jugée par un tribunal militaire offrant la garantie d'indépendance. La Cour martiale générale n'offre pas, dans le contexte législatif actuel, cette garantie. Je n'exclus d'aucune manière la possibilité que soit mis sur pied un tribunal militaire spécialisé, vraisemblablement composé en tout ou en partie de membres dont la formation ou l'expérience seraient de nature militaire, mais encore faudrait-il que ce tribunal et ces membres jouissent d'une indépendance institutionnelle qui réponde aux exigences de l'alinéa 11d) de la *Charte*.

DISPOSITION

Under the powers conferred on the Court by subsection 24(1) of the *Charter* and as a consequence of the conclusion at which I have arrived that the appellant's right to be tried by an independent tribunal has not been observed, I would allow the appeal and quash the convictions of the appellant as well as the sentence imposed upon him.

The appellant should be entitled to his costs, in this Court as well as the General Court Martial.

DISPOSITIF

En vertu des pouvoirs que confère à la Cour le paragraphe 24(1) de la *Charte* et en conséquence de la conclusion à laquelle j'en suis arrivé à l'effet que le droit de l'appelant d'être jugé par un tribunal indépendant n'a pas été respecté, je serais d'avis d'accueillir l'appel, de casser les verdicts de culpabilité prononcés contre l'appelant et d'annuler la sentence qui lui a été imposée.

L'appelant devrait avoir droit à ses dépens, aussi bien en cette Cour qu'en Cour martiale générale.