

Terry Gordon Ingebrigtsen

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

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

INDEXED AS: R. v. INGBRIGTSON

File No.: CMAC 315

Heard: Montréal, Quebec, 14 September, 1990

Judgment: Ottawa, Ontario, 1 November, 1990

Present: Mahoney C.J., Cavanagh and Sirois J.J.A.

On appeal from convictions by a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Petawawa, Ontario, on 6, 7 and 8 September, 1989.

A Standing Court Martial is not an independent tribunal under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, section 11(d). ^f

The appellant appealed his conviction on two counts of trafficking in marihuana. The principal grounds of appeal were that the appellant was denied his constitutional right to trial by an independent tribunal and that the Standing Court Martial erred in law in its application of the doctrine of reasonable doubt. ^g

Held: Appeal allowed.

The Court noted that the constitutionality of General Courts Martial has been upheld. However, the Standing Court Martial is a relatively recent creation of Canadian law. As such, it is doubtful whether it can be characterized as integral to the otherwise "long established tradition" of a separate system of military law and tribunals. ^h

The availability of an appeal to the Court Martial Appeal Court is not relevant to the question whether Standing Courts Martial are independent. Paragraph 11(d) guarantees the right to a hearing by a fair and impartial tribunal at trial. ⁱ

The Court agreed with the dissenting reasons of Décary J.A. in the *Généreux* case as they dealt with *MacKay*, and agreed ^j

Terry Gordon Ingebrigtsen

(██████████ Caporal, Forces canadiennes) *Appelant*,

^a c.

Sa Majesté La Reine,

^b *Intimée.*

RÉPERTORIÉ : R. c. INGBRIGTSON

N^o du greffe : CACM 315

^c

Audience : Montréal (Québec), le 14 septembre 1990

Jugement : Ottawa (Ontario), le 1^{er} novembre 1990

^d

Devant : le juge en chef Mahoney et les juges Cavanagh et Sirois, J.C.A.

En appel des déclarations de culpabilité prononcées par une cour martiale permanente siégeant à la base des Forces canadiennes de Petawawa (Ontario), les 6, 7 et 8 septembre 1989. ^e

Les cours martiales permanentes ne sont pas un tribunal indépendant au sens de l'alinéa 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés.

L'appelant a interjeté appel contre les déclarations de culpabilité dont il fait l'objet à l'égard de deux accusations de trafic de marihuana. Les principaux motifs d'appel sont que l'appelant s'est vu dénier son droit constitutionnel de bénéficier d'un procès devant un tribunal indépendant et que la Cour martiale permanente a commis une erreur de droit en appliquant la notion de doute raisonnable.

Arrêt : L'appel est accueilli.

La Cour a signalé que la constitutionnalité des cours martiales générales a été confirmée. Toutefois, la Cour martiale permanente est une création relativement récente du droit canadien. Comme telle, il est douteux qu'elle puisse être considérée comme faisant partie intégrante de la «tradition fort ancienne» d'un système distinct de justice militaire. ⁱ

Le fait qu'il existe un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour martiale n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si les cours martiales permanentes sont des tribunaux indépendants. L'alinéa 11d) garantit le droit à une audience devant un tribunal juste et impartial en première instance.

La Cour a souscrit aux motifs dissidents du juge Décary, J.C.A., dans l'affaire *Généreux* au sujet de l'affaire *MacKay* et ^j

with the conclusion of Décaré J.A. that the majority opinion in *MacKay* is no longer very relevant.

A Standing Court Martial is very much the level of court to which the Supreme Court of Canada directed its mind in *Valente*. The essential elements of judicial independence identified by *Valente* are security of tenure, financial security and administrative control of matters bearing on the judicial function. The deficiency in Standing Courts Martial lies entirely in inadequate security of tenure and financial security. As to security of tenure, an informed, reasonable person would be most unlikely to conclude that the President of a Standing Court Martial, whose appointment is in law subject to discretionary revocation by the Minister of National Defence, has a tenure secure against interference by the executive.

As to financial security of Standing Courts Martial, the Court concluded that no reasonable, informed person would be likely to conclude that the measure of financial security essential to their judicial independence is present when the authority ultimately responsible for prosecuting the charges they must try is required to rate those officers and compensate them according to its view of their merit.

The Court noted that no evidence was led in support of a section 1 justification. The charges in this case involved offences said to have been committed in Canada. The offences were not alleged to have been committed, nor was the trial conducted, in a state of emergency. Accordingly, the Court limited its finding that Standing Courts Martial are not independent tribunals within the contemplation of the *Charter* to the situation at hand.

COUNSEL:

Jean-Pierre Sharpe and *Julie Riendeau*, for the appellant
Lieutenant-Colonel K.S. Carter, for the respondent

STATUTES AND REGULATIONS CITED:

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III, s. 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, 11(d), 11(f)
Militia Act, S.C. 1868, c. 40, s. 64
Mutiny Act, 1689, 1 William 3 and Mary 2 (U.K.)
National Defence Act, S.C. 1950, c. 43, s. 149

elle s'est montrée d'accord avec la conclusion du juge Décaré, J.C.A., que l'opinion de la majorité dans l'affaire *MacKay* n'est plus pertinente.

La cour martiale permanente est tout à fait le genre de tribunal qui a été examiné par la Cour suprême dans l'affaire *Valente*. Les éléments essentiels de l'indépendance judiciaire identifiés dans l'affaire *Valente* sont l'inamovibilité, la sécurité financière et le contrôle administratif des questions se rapportant à la fonction judiciaire. La faiblesse des cours martiales permanentes tient entièrement à leur inamovibilité et leur sécurité financière insuffisantes. Pour ce qui est de l'inamovibilité, une personne raisonnable et informée ne conclurait probablement pas que le président d'une cour martiale permanente dont la nomination est assujettie par la loi au pouvoir discrétionnaire de révocation du ministre de la Défense nationale est à l'abri de toute intervention de l'exécutif.

Quant à la sécurité financière des cours martiales permanentes, la Cour a conclu qu'aucune personne informée raisonnable conclurait que le degré de sécurité financière essentiel à l'indépendance judiciaire est assuré lorsque l'autorité qui est en dernier ressort chargée d'intenter les poursuites doit évaluer le rendement des officiers en cause et rémunérer ceux-ci selon ce qu'elle juge être leur mérite.

La Cour a souligné qu'aucune preuve n'a été présentée en ce qui concerne l'article premier. En l'espèce, les accusations portent sur des infractions qui auraient été commises au Canada. L'état d'urgence n'a pas été invoqué. Conséquemment, la Cour a limité sa conclusion, à savoir que les cours martiales permanentes ne sont pas des tribunaux indépendants au sens de la *Charte*, à l'affaire dont elle était saisie.

AVOCATS :

Jean-Pierre Sharpe et *Julie Riendeau*, pour l'appellant
Lieutenant-colonel K.S. Carter, 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, 11(d), 11(f)
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, App. III, art. 2f)
Loi de 1944 sur le service naval, S.C. 1944-45, chap. 23
Loi des mesures de guerre, S.R.C. 1927, chap. 206

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 4 (as am. c. 6 (4th Supp.), s. 10), 9, 10, 18, 130, 177, 233, 238(1), 246
Naval Service Act, S.C. 1909-10, c. 43
Naval Service Act, 1944, S.C. 1944-45, c. 23
War Measures Act, R.S.C. 1927, c. 206
Canadian Forces Administrative Orders 26-6
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, (1968 Revision), arts. 113.51, 204.218

Loi du service de la marine, S.C. 1909-10, chap. 43
Loi sur la défense nationale, S.C. 1950, chap. 43, art. 149
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 4 (mod. par chap. 6 (4^e suppl.), art. 10), 9, 10, 18, 130, 177, 233, 238(1), 246
Loi sur la milice, S.C. 1868, chap. 40, art. 64
Mutiny Act, 1689, 1 William 3 and Mary 2 (R.-U.)
Ordonnances administratives des Forces canadiennes 26-6
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces armées canadiennes (révision 1968), art. 113.51, 204.218

CASES CITED:

Aldred v. The Queen (1987), 4 C.M.A.R. 476
Beauregard v. Canada, [1986] 2 S.C.R. 56
MacKay v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 370
MacKeigan v. Hickman, [1989] 2 S.C.R. 796
Québec (Procureur général) c. Lippé, [1990] R.J.Q. 2200 (C.A.)
R. v. Généreux (1989), 5 C.M.A.R. 38
Schick v. The Queen (1987), 4 C.M.A.R. 540
Valente v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 673
Ward v. Village of Monroeville (1972), 409 U.S. 57 (S.C.)

The following are the reasons for judgment delivered in English by

MAHONEY C.J.: This appeal is taken from convictions by a Standing Court Martial on two counts of trafficking in marihuana. The principle grounds of appeal are that the appellant was denied his constitutional right to trial by an independent tribunal and that the Standing Court Martial erred in law in its application of the doctrine of reasonable doubt.

It seems to me now timely for the Court to address the constitutional issue raised by the appellant, namely, whether a Standing Court Martial, constituted under section 177 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, is an independent tribunal within the contemplation of paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court has

JURISPRUDENCE CITÉE :

Aldred c. La Reine (1987), 4 C.A.C.M. 476
Beauregard c. Canada, [1986] 2 R.C.S. 56
MacKay c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 370
MacKeigan c. Hickman, [1989] 2 R.C.S. 796
Québec (Procureur général) c. Lippé, [1990] R.J.Q. 2200 (C.A.)
R. c. Généreux (1989), 5 C.A.C.M. 38
Schick c. La Reine (1987), 4 C.A.C.M. 540
Valente c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 673
Ward v. Village of Monroeville (1972), 409 U.S. 57 (É.-U.-C.S.)

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

LE JUGE EN CHEF MAHONEY : Il s'agit d'un appel interjeté à la suite de déclarations de culpabilité prononcées par une cour martiale permanente à l'égard de deux accusations de trafic de marihuana. Les principaux motifs d'appel sont que l'appelant s'est vu dénier le droit constitutionnel qu'il avait de bénéficier d'un procès devant un tribunal indépendant et que la cour martiale permanente a commis une erreur de droit en appliquant la notion de doute raisonnable.

Il me semble être maintenant opportun d'examiner la question constitutionnelle que l'appelant a soulevée, à savoir si une cour martiale permanente constituée en vertu de l'article 177 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, chap. N-5, est un tribunal indépendant au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'affaire

declined to do so previously because it had not been provided with "a thorough exposition of the legal framework governing them," e.g. *Aldred v. The Queen*, CMAC 272, judgment rendered June 1, 1987.¹ The present record is not deficient.

177.(1) The Governor in Council may establish Standing Courts Martial and each such court martial shall consist of one officer, to be called the president, appointed by or under the authority of the Minister, who is or has been a barrister or advocate of more than three years standing.

(2) Subject to any limitation prescribed in regulations, a Standing Court Martial may try any person who under Part IV is liable to be charged, dealt with and tried on a charge of having committed a service offence, but a Standing Court Martial shall not pass a sentence including any punishment higher in the scale of punishments than imprisonment for less than two years.

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;

(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;

I recite paragraph 11(f) only because it is an express constitutional recognition of the existence and legitimacy of a body of military law in the nature of criminal law distinct from the criminal law generally applicable to the civilian population and of discrete tribunals to administer it. The *Act* provides for a number of service tribunals, including four types of courts martial. It is unnecessary to discuss the authority of commanding officers and superior commanders to conduct summary trials.

The constitutionality of General Courts Martial, comprised of five officers appointed *ad hoc* to conduct a trial with the assistance of a legally qualified officer, called a judge advocate, has been upheld by

¹ [4 C.M.A.R. 476.]

Aldred c. La Reine, CACM 272, où le jugement a été rendu le 1^{er} juin 1987¹, la Cour a refusé d'examiner cette question parce qu'on n'avait pas présenté un exposé détaillé du cadre législatif pertinent. Toutefois, en l'espèce, le dossier est complet.

177.(1) Le gouverneur en conseil peut établir des cours martiales permanentes, composées d'un seul membre nommé par le ministre ou sous son autorité et appelé le président. Celui-ci est un officier inscrit au barreau depuis plus de trois ans ou qui l'a été pendant plus de trois ans.

(2) Sous réserve de toute restriction réglementaire, la cour martiale permanente a compétence en matière d'infractions d'ordre militaire prévues à la partie IV; la peine maximale qu'elle peut infliger dans sa sentence est l'emprisonnement de moins de deux ans.

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;

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;

Je cite l'alinéa 11f) uniquement parce qu'il reconnaît expressément au point de vue constitutionnel l'existence et la légitimité d'un ensemble de règles de droit militaire, qui sont de la nature du droit pénal, mais qui sont néanmoins différentes du droit pénal s'appliquant généralement à la population civile, ainsi que l'existence et la légitimité de tribunaux distincts responsables de l'administration de la justice militaire. La *Loi* crée un certain nombre de tribunaux militaires, et notamment quatre types de cours martiales. Cependant, il est inutile d'examiner le pouvoir de conduire des procès sommaires qui est conféré aux commandants et aux commandants supérieurs.

La constitutionnalité des cours martiales générales, composées de cinq officiers spécialement désignés en vue de conduire un procès avec l'aide d'un officier ayant une formation juridique, appelé juge-avocat

¹ [4 C.A.C.M. 476].

this Court in *Schick v. The Queen*, CMAC 265, judgment rendered May 25, 1987,² and *R. v. Généreux*, CMAC 312, judgment rendered September 12, 1990.³ Disciplinary Courts Martial differ materially from General Courts Martial only in that they are comprised of three officers rather than five and have a more restricted jurisdiction. General and Disciplinary Courts Martial are the traditional types of courts martial which evolved in the British Army over centuries. A Special General Court Martial is composed of a single superior court judge or a lawyer, not necessarily a civilian, appointed to try a civilian, e.g., a dependent resident on a Canadian military base outside Canada, charged with an offence under the Code of Service Discipline.

The Standing Court Martial is a relatively recent creation of Canadian law, having first been constituted by Order in Council P.C. 3375, made under the authority of the *War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206, on May 5, 1944. It provided, in part,

1. There is hereby constituted and established for that part of the Canadian Army serving in the Western Hemisphere . . . a Standing Court-Martial.

2. The said Standing Court-Martial shall consist of such officers having legal qualifications as may be from time to time appointed thereto by the Adjutant-General.

[Paragraph 3 provided that all powers, etc. of the Standing Court-Martial could be exercised by a single member.]

4. Subject to the provisions of this Order, the Standing Court-Martial shall have the same jurisdiction, powers, duties and functions as General, District and Field General Courts-Martial. . . .

17. The Minister of National Defence may at any time and from time to time limit the powers, jurisdiction, duties and functions vested in and which may be exercised by the Standing Court-Martial by virtue of the provisions of this Order and may at any time and from time to time remove any such limitations as may be imposed by him.

général, a été confirmée par la présente Cour dans les affaires *Schick c. La Reine*, CACM 265 (jugement en date du 25 mai 1987)² et *R. c. Généreux*, CACM 312 (jugement en date du 12 septembre 1990)³. La principale différence entre les cours martiales disciplinaires et les cours martiales générales est que les premières sont composées de trois officiers au lieu de cinq et qu'une compétence plus restreinte leur est conférée. Ces deux types de cours constituent les cours martiales traditionnelles qui ont été établies avec le temps au sein de l'armée britannique. Une cour martiale spéciale est composée d'un seul juge d'une cour supérieure ou d'un avocat, qui n'est pas nécessairement un civil, désigné pour juger un civil, c'est-à-dire un résident dépendant qui est sur une base militaire canadienne à l'extérieur du Canada et qui est accusé d'une infraction au Code de discipline militaire.

La Cour martiale permanente est une création relativement récente du droit canadien; en effet, elle a d'abord été constituée par l'arrêté en conseil C.P. 3375, pris en vertu de la *Loi des mesures de guerre*, S.R.C. 1927, chap. 206, le 5 mai 1944. Cet arrêté prévoyait notamment que :

[TRADUCTION]

1. . . . une cour martiale permanente est par les présentes constituée pour la partie de l'armée canadienne qui sert dans l'hémisphère ouest.

2. La cour martiale permanente est composée d'officiers juristes nommés par l'adjutant-général.

[Le paragraphe 3 prévoit que tous les pouvoirs, etc., de la cour martiale permanente peuvent être exercés par un seul membre.]

4. Sous réserve des dispositions du présent arrêté, la cour martiale permanente a la même compétence et les mêmes pouvoirs que les cours martiales générales, de district et itinérantes et assume les mêmes tâches et les mêmes fonctions que ces cours. . . .

17. Le ministre de la Défense nationale peut restreindre les pouvoirs, la compétence, les tâches et les fonctions de la cour martiale permanente prévus par les dispositions du présent arrêté et peut abroger ces restrictions.

² [4 C.M.A.R. 540.]

³ [5 C.M.A.R. 38.]

² [4 C.A.C.M. 540].

³ [5 C.A.C.M. 38].

Pursuant to paragraph 17, on May 8, 1944, by General Order 269, the Minister excluded the trial of officers and warrant officers, and of all charges except desertion, absence without leave and losing by neglect from the jurisdiction of the Standing Court Martial and further limited its jurisdiction geographically to Canada and its territorial waters. Its jurisdiction did not extend to the Navy or Air Force. By General Order 71, on February 25, 1945, the limitation on the types of charges that might be tried was revoked, thus restricting the jurisdiction of the Standing Court Martial to the trial of junior non-commissioned officers and private soldiers serving within Canada and its territorial waters.

The Canadian experience with Standing Courts Martial appears to have rested there until enactment of the *National Defence Act*, S.C. 1950, c. 43, which provided:

149.(1) The Governor in Council may in an emergency establish Standing Courts Martial and each such court martial shall consist of one officer, to be called the president, who is or has been a barrister or advocate of more than three years standing and who shall be appointed by or under the authority of the Minister.

(2) Subject to any limitations prescribed in regulations, a Standing Court Martial may try any person who under Part IV is liable to be charged, dealt with and tried upon a charge of having committed a service offence, but a Standing Court Martial shall not pass a sentence including any punishment higher in the scale of punishments than imprisonment for less than two years. [Emphasis added.]

“Emergency” was, and remains today, defined in the Act as “war, invasion, riot or insurrection, real or apprehended.”

The following is an extract from the Proceedings of the Special Committee of the House of Commons on Bill 133, May 30, 1950, pages 230-233. The witnesses were Brigadier Lawson, the Judge Advocate General, and Major McClemon, an Assistant Judge Advocate General; the questioner, Lieutenant-Colonel D.S. Harkness, GM, ED, MP, later a Minister of National Defence.

Conformément à l'article 17, le Ministre a exclu, le 8 mai 1944, au moyen de l'ordre général 269, les procès mettant en cause un officier ou un adjudant, ou encore se rapportant à une accusation, sauf celles de désertion, d'absence sans permission et de perte par négligence, de la compétence de la cour martiale permanente et a en outre limité la compétence territoriale de celle-ci au Canada et aux eaux territoriales. La compétence de ladite cour martiale ne s'étendait pas à la marine ou à l'aviation. Au moyen de l'ordre général 71 en date du 25 février 1945, les restrictions apportées aux types d'accusations qui pouvaient faire l'objet d'un procès ont été révoquées, de sorte que la cour martiale permanente était désormais uniquement compétente pour juger les sous-officiers subalternes et les soldats en service au Canada ou dans ses eaux territoriales.

L'expérience canadienne concernant les cours martiales permanentes semble en être restée là jusqu'au moment de l'adoption de la *Loi sur la défense nationale*, S.C. 1950, chap. 43, qui prévoyait ceci :

149.(1) Le gouverneur en conseil peut, en temps critique, créer des cours martiales permanentes, et chacune de ces cours martiales se compose d'un officier, appelé le président, qui est ou a été un avocat inscrit pendant plus de trois ans et qui doit être nommé par ou sur l'autorité du Ministre.

(2) Sous réserve de toute restriction prescrite dans les règlements, une cour martiale permanente peut juger toute personne qui, sous le régime de la Partie IV, est susceptible d'être accusée, poursuivie et jugée sur l'inculpation d'avoir commis une infraction militaire, mais une cour martiale permanente ne doit pas prononcer de sentence renfermant une peine supérieure, dans l'échelle des punitions, à l'emprisonnement pour une période de moins de deux ans. [Soulignement ajouté.]

Par «en temps critique», le législateur entendait, et entend encore, «guerre, invasion, émeute ou insurrection, réelle ou appréhendée».

Voici un extrait des débats du Comité spécial de la Chambre des communes concernant le projet de loi 133, en date du 30 mai 1950 (aux pages 12 à 14). Les témoins étaient le brigadier Lawson, juge-avocat général, et le major McClemon, assistant du juge-avocat général, et la personne qui les a questionnés était le lieutenant-colonel D.S. Harkness, GM, ED, MP, qui est par la suite devenu ministre de la Défense nationale.

Q. There is no provision here apparently for a standing court martial except in time of war or in emergency, as it states here. — A. That is correct.

Q. What is the reason for that? — A. It is a procedure of an unusual nature and it has been felt a general court martial, disciplinary court martial and summary procedure is sufficient to cover all exigencies of peacetime operations, but in war when you have hundreds of officers tied up with a multitude of courts martial you may have to make a special provision, which we have done here.

[Q.] I wonder if Brigadier Lawson would tell us whether the army is particularly anxious that they should only have this power in an emergency?

[A.] We do not feel that we need it in peacetime. There are not enough service courts to require it. The advantage of having formal courts martial is that you train officers in military legal procedure, in addition to giving the accused a fair trial. For another thing, we have not enough lawyers in the service to set up these standing courts in peacetime.

[Q.] I was wondering whether you would not rather cut out that part about the emergency so that if you did think it necessary you could set them up in peacetime?

[A.] There is not much point in having the words in. It is conceivable that a great expansion of the service in peacetime would make it desirable to institute this procedure. We have no objection to the words coming out. . . .

[Q.] I think it is a better way of dealing with a lot of offences than the regular court martial. I am inclined to think a man who has experience with dealing with a large number of cases is going to deal with them much better than the ordinary court martial does.

The provision was, nevertheless, enacted retaining the words "in an emergency". It differed from the war-time precedent in that it envisaged a number of Standing Courts Martial, each consisting of a single legally trained officer, rather than a single tribunal comprised of a number of such officers. It also omitted jurisdictional limits based on service and geography.

Section 149 is identical to the present section 177 except that the words "in an emergency" were deleted by a 1967 amendment. The discussion of the

D. Il n'y a pas apparemment rien ici qui prévoit des cours martiales permanentes autrement qu'en temps de guerre ou en temps critique? — R. Non.

D. Pourquoi cela? — R. C'est une procédure inhabituelle et l'on a jugé que les cours martiales générales, les cours martiales disciplinaires et les procès par voie sommaire suffisent pour parer à toutes les éventualités en temps de paix; mais, pour le temps de guerre où des centaines d'officiers seraient occupés avec une multitude de cours martiales, il peut être nécessaire de faire une exception et c'est ce qui a été prévu ici.

[D.] Le brigadier Lawson pourrait-il nous dire si l'armée tient particulièrement à ce que ce pouvoir ne soit exercé qu'en cas d'urgence?

[R.] Nous estimons qu'on n'en a pas besoin en temps de paix; il n'y a pas assez de procès militaires pour cela. L'avantage des cours martiales réglementaires est qu'elles permettent aux officiers de se familiariser avec la procédure militaire, sans compter qu'elles sont pour l'accusé une garantie de procès impartial. En outre, nous n'avons pas assez d'avocats dans le service pour établir des cours permanentes en temps de paix.

[D.] Je me demande si vous ne pourriez pas omettre cette mention du «temps critique», afin de pouvoir en établir au besoin en temps de paix.

[R.] Ces mots ne sont pas essentiels. Il est possible que le service se développe considérablement en temps de paix et qu'il soit à propos d'adopter cette façon de procéder. Nous n'avons aucune objection à ce que les mots en question soient biffés, car ils ne changent pas la loi.

[D.] Je considère que cela vaut mieux que les cours martiales régulières pour juger nombre d'infractions. Je suis porté à croire qu'un officier qui a l'habitude de juger un grand nombre de causes s'en acquittera bien mieux qu'une cour martiale régulière.

La disposition a néanmoins été adoptée telle quelle. Elle différait de la disposition qui était en vigueur pendant la guerre en ce sens qu'elle établissait un certain nombre de cours martiales permanentes, chacune étant composée d'un seul officier ayant une formation juridique, plutôt qu'un tribunal composé d'un certain nombre d'officiers ayant une telle formation. Quant à la compétence, la nouvelle disposition omettait également d'imposer des restrictions d'ordre militaire ou géographique.

L'article 149 est identique à l'article 177 actuel, sauf en ce qui concerne l'expression «en temps critique» ou «en cas d'urgence», qui a été supprimée au

deletion by the Standing Committee on National Defence was brief.⁴

Mr. LAWSON: This is an amendment of substance, Mr. Chairman, in that the present section provides that standing courts martial can only be set up in an emergency. We are taking out those words "in an emergency".

The CHAIRMAN: Are you satisfied with clause 42?

Mr. NUGENT: In respect of standing courts martial, I do not know how much goes on. Is there that much need for them?

Mr. LAWSON: Not at the present time, I would not think; but it would be useful occasionally where you have a comparatively minor offence committed by someone, we will say, serving in Cyprus, or in Egypt, where it is difficult to set up a court martial — difficult, and expensive — and if the offence is comparatively minor, it might be very convenient to have him tried by a standing court martial.

Mr. NUGENT: You would fly the court in, if necessary?

Mr. LAWSON: We could now, yes, but this is expensive and it might be a very minor offence of some kind.

In *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, it was held that trial by Standing Court Martial did not offend, *inter alia*, paragraph 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*.

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

(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;

The entire discussion particular to paragraph 2(f) in the majority judgment of Ritchie J. at page 395, follows.

⁴ Minutes of Proceedings and Evidence, No. 32, page 2110, March 14, 1967.

moyen d'une modification effectuée en 1967. L'examen de la question de la suppression par le Comité permanent de la Défense nationale a été bref⁴.

[TRADUCTION]

M. LAWSON : Voici un amendement d'importance, M. le Président, en ce que le présent article prévoit que les cours martiales permanentes ne peuvent être établies que dans un cas d'urgence. Nous enlevons ces mots : « en cas d'urgence ».

Le PRÉSIDENT : Êtes-vous satisfait de l'article 42?

M. NUGENT : En ce qui concerne les cours martiales permanentes, je ne sais qu'en penser. En avons-nous vraiment besoin?

M. LAWSON : Pas actuellement, je ne crois pas; mais elles pourraient être utiles à l'occasion, dans le cas d'une infraction relativement secondaire commise par quelqu'un, disons, qui fait son service à Chypres ou en Égypte, où il est difficile d'établir une cour martiale, difficile et dispendieux, et si l'infraction est relativement secondaire, ce pourrait être très commode de faire juger cet homme par une cour martiale permanente.

M. NUGENT : On amènerait les membres de la cour par avion, si nécessaire?

M. LAWSON : Nous le pourrions, oui, mais c'est dispendieux et il pourrait s'agir d'une sorte d'infraction très secondaire.

Dans l'affaire *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, il a été jugé qu'un procès devant une cour martiale permanente n'allait pas à l'encontre, entre autres choses, de l'alinéa 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*.

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera notwithstanding 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

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;

Voici ce qu'a déclaré le juge Ritchie, au nom de la majorité, à la page 395, au sujet de l'alinéa 2f).

⁴ Procès-verbaux et témoignage, n° 32, à la page 2110, le 14 mars 1967.

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 . . . 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.

The defending officer, who was a civilian barrister, provided a vigorous defence in four Courts and it is worthy of note that he made the following statement at the outset of the proceedings:

First, I would like to point out for the record Mr. President, that neither I or the accused have any personal objection to you either because of your education or qualifications or ability or judgment.

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.

That decision preceded the advent of the *Charter*.

The leading *Charter* decision on the point in issue is *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, the unanimous judgment of the Court being delivered by Le Dain J. Before discussing the essential conditions for judicial independence for purposes of paragraph 11(d) established by that decision, I think it pertinent to review its comments on *MacKay*, at page 690. After quoting the observations of Ritchie J. to the effect that there was no evidence suggesting that the president acted other than impartially nor evidence that his appointment was calculated to deprive the appellant of a trial before an independent and impartial tribunal, Le Dain J. said:

L'appelant 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'appelant a été créé par le gouverneur en conseil . . . 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'ailleurs 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.

L'officier qui a assuré la défense, un avocat civil, a mené une défense vigoureuse devant quatre tribunaux et il est intéressant de souligner ce qu'il a dit au début des procédures :

[TRADUCTION] Premièrement, j'aimerais souligner, M. le Président, que ni l'accusé ni moi-même n'avons d'objection personnelle à votre égard à cause de votre formation, de votre compétence ou de votre jugement.

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'appelant d'un procès devant un tribunal indépendant et non préjugé ou qu'elle visait ce résultat.

Ce jugement a été rendu avant que la *Charte* eût été adoptée.

À cet égard, l'affaire *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, où le jugement unanime de la Cour a été rendu par le juge Le Dain, fait autorité. Avant d'examiner les conditions essentielles qui ont été établies dans ce jugement, en ce qui concerne l'indépendance judiciaire et l'application de l'alinéa 11d), je crois qu'il est opportun d'examiner les remarques qui ont été faites au sujet de l'affaire *MacKay*, à la page 690. Après avoir cité les observations du juge Ritchie, à savoir qu'il n'existait aucune preuve laissant entendre que le président n'avait pas agi d'une manière impartiale ni aucune preuve que la nomination de celui-ci était destinée à priver l'appelant d'un procès devant un tribunal indépendant et non préjugé, le juge Le Dain a dit ceci :

While the emphasis in these observations would appear to be on how the tribunal acted, it is my impression that both Ritchie J. and McIntyre J., who wrote separate reasons concurring in the result, and with whom Dickson J. (as he then was) concurred, both looked at the status or relationship to the armed forces of the president of the Standing Court Martial Appeal [sic] as an objective matter to be considered in determining whether the tribunal could be regarded as independent. Both emphasized the long-established tradition of a separate system of military law applied by tribunals presided over by military officers. Both also emphasized the status of the Court Martial Appeal Court and its independence of the armed forces as ensuring that the person charged would be presumed innocent until proved guilty by an independent tribunal. I am, therefore, of the respectful opinion 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.

The genesis of Standing Courts Martial has been described above. Whether they can, as a matter of fact, be characterized as integral to the otherwise "long established tradition" of a separate system of military law and tribunals is, in my respectful opinion, most dubious.

Similarly dubious is the relevance of the existence of this Court, from which a limited right of appeal lies,⁵ to the question whether Standing Courts Martial are independent tribunals. Paragraph 11(d) seems clearly to guarantee the right to a hearing by a fair and impartial tribunal at trial, since it is at the trial, and not at the hearing of an appeal from its verdict, that guilt must be proven. The words of Mr. Justice Brennan of the United States Supreme Court in *Ward v. Village of Monroeville* (1972), 409 U.S. 57 at page 61, would seem entirely apt to the right guaranteed by paragraph 11(d).

Nor, in any event, may the State's trial court procedure be deemed constitutionally acceptable simply because the State eventually offers a defendant an impartial adjudication. Petitioner is entitled to a neutral and detached judge in the first instance.

I find myself in general agreement with the dissenting reasons of Décary J.A. in *Généreux* as they dealt with *MacKay* and agree with his conclusion that the

⁵ By section 233 of the *National Defence Act*, this Court is without jurisdiction to deal with severity of sentence. Such an appeal is required to be dealt with by the Minister of National Defence or an authority appointed by him.

Si l'on paraît insister dans ces observations sur la manière dont le tribunal a agi, j'ai l'impression que le juge Ritchie et le juge McIntyre, qui a écrit des motifs distincts concordants quant au résultat, auxquels le juge Dickson (maintenant juge en chef) a souscrit, ont tous deux examiné le statut ou la relation entre les forces armées et le président de la Cour martiale permanente, à titre de question objective dont il fallait tenir compte pour décider si le tribunal pouvait être considéré comme indépendant. Tous deux ont insisté sur la tradition fort ancienne d'un système distinct de justice militaire administré par des tribunaux présidés par des militaires. Tous deux ont aussi souligné que le statut du Tribunal d'appel des cours martiales et son indépendance des forces armées assuraient que l'inculpé serait présumé innocent, jusqu'à preuve du contraire, par un tribunal indépendant. Avec égards, je suis donc d'avis 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.

L'origine des cours martiales permanentes a été décrite ci-dessus. À mon avis, il est possible de se demander si elles peuvent en fait être considérées comme faisant partie intégrante de la «tradition [par ailleurs] fort ancienne» d'un système distinct de justice militaire.

On peut également se demander si le fait qu'il existe un droit restreint d'appel devant la présente Cour⁵ est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si les cours martiales permanentes sont des tribunaux indépendants. L'alinéa 11d) semble clairement garantir le droit à une audience devant un tribunal juste et impartial en première instance, étant donné que c'est à ce moment-là et non à l'audition de l'appel interjeté à la suite du verdict, que la culpabilité doit être prouvée. Les paroles du juge Brennan, de la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Ward v. Monroeville* (1972), 409 U.S. 57, à la page 61, semblent s'appliquer ici à merveille.

[TRADUCTION] La procédure devant un tribunal de première instance de l'État ne peut pas non plus être jugée constitutionnellement acceptable simplement parce que l'État offre finalement au défendeur une décision impartiale. Le requérant a droit à un juge neutre et impartial dès le début.

Je souscris dans l'ensemble aux motifs exprimés en dissidence par le juge Décary, J.C.A., dans l'affaire *Généreux* au sujet de l'affaire *MacKay* et comme lui,

⁵ En vertu de l'article 233 de la *Loi sur la défense nationale*, la présente Cour n'est pas compétente pour examiner la sévérité de la sentence. Il incombe au ministre de la Défense nationale ou à la personne désignée par celui-ci de le faire.

majority opinion in *MacKay* is no longer very relevant.

Valente was concerned with the independence of the Ontario Provincial Court (Criminal Division) within the meaning of paragraph 11(d). In holding that it was so independent the Ontario Court of Appeal, as quoted by Le Dain J. at page 684, had framed the test in the following terms:

The question that now has to be determined is whether a reasonable person, who was informed of the relevant statutory provisions, their historical background and the traditions surrounding them, after viewing the matter realistically and practically would conclude that a provincial court judge sitting as Judge Sharpe was to hear the appeal in this case was a tribunal which could make an independent and impartial adjudication.

That was, of course, an extension of the well established test for judicial impartiality to embrace judicial independence. There, as here, impartiality was not in issue. Le Dain J., at page 685, continued:

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.

and, at page 687,

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.

je crois que l'opinion exprimée par la majorité dans l'affaire *MacKay* n'est plus pertinente.

L'affaire *Valente* se rapportait à la question de l'indépendance de la Cour provinciale de l'Ontario (Division criminelle) au sens de l'alinéa 11d). En jugeant qu'elle était indépendante, la Cour d'appel de l'Ontario avait énoncé le critère ainsi, comme l'a dit le juge Le Dain à la page 684 :

[TRADUCTION] La question qui doit maintenant être tranchée est de savoir si une personne raisonnable, informée des dispositions législatives pertinentes, de leur historique et des traditions les entourant, après avoir envisagé la question de façon réaliste et pratique, concluerait qu'un juge de cour provinciale, chargé comme le juge Sharpe d'instruire l'appel en l'espèce, était un tribunal en mesure de statuer en toute indépendance et impartialité.

Bien sûr, c'était là une extension du critère bien établi en ce qui concerne l'impartialité. Toutefois, dans cette affaire-là comme en l'espèce, l'impartialité n'est pas en cause. À la page 685, le juge Le Dain a ajouté ceci :

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 687 :

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.

and, at page 688,

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 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).

and, finally, at page 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. Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice. Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. 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.

The appellant challenges the independence of the Standing Court Martial only in respect of its objective status. There is not an iota of evidence that would support a conclusion that presidents of Standing Courts Martial are not, in fact, accorded the independence necessary for purposes of paragraph 11(d). However, as I appreciate *Valente*, that alone does not satisfy the need for "a status or relationship . . . to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees." The words "status" and "guarantees" imply legal foundations. The objective conditions and guarantees of judicial independence must be provided to some extent by law and not only in practice. Determination of their sufficiency involves a consideration of the extent to which

à la page 688 :

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 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).

et enfin à la page 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. Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. 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.

L'appelant conteste l'indépendance de la cour martiale permanente uniquement au point de vue de son statut objectif. Or, il n'existe pas le moindre élément de preuve permettant de conclure que les présidents des cours martiales permanentes n'ont pas réellement l'indépendance nécessaire pour l'application de l'alinéa 11d). Toutefois, selon mon interprétation de l'affaire *Valente*, cela ne suffit pas pour satisfaire à l'exigence selon laquelle il faut «un statut, une relation avec . . . l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives». Les expressions «statut» et «garanties» laissent entendre l'existence d'un fondement juridique. Les conditions et garanties objectives de l'indépendance judiciaire doivent être assurées dans une certaine

they are provided by law as well as in practice, all in light of historical background and surrounding traditions.

The issue, then, is whether a reasonable person, being informed of the conditions or guarantees of judicial independence provided by law, as well as in practice, to an officer appointed a Standing Court Martial, and being aware of relevant historical background and surrounding traditions, would perceive that officer to be sufficiently independent of his superiors, both military and political, in the performance of his judicial function for purposes of paragraph 11(d).

It seems to me that the reasonable, informed person cannot necessarily be a person whose perspective has been influenced by actual military command or even experience. Canada's history over almost fifty years dictates that there are simply not many such persons around. On the other hand, it will be a person who has become informed, and among the sources of information will be knowledgeable writing on the subject, particularly since 1967 when the office of Judge Advocate General, as it exists today, was constituted upon unification of the Canadian Forces. Among the writings I have found informative with particular reference to Standing Courts Martial are articles by Lieutenant-Colonel James B. Fay, then an Assistant Judge Advocate General, entitled "Canadian Military Law: An Examination of Military Justice,"⁶ and by Colonel H.G. Oliver, retired Chief Judge Advocate, entitled "Canadian Military Criminal Law,"⁷ both published in 1975. With particular reference to the history and traditions of military law and the office of the Judge Advocate General, I have also had reference to pre-1967 articles by Brigadier W.J. Lawson, Judge Advocate General, also entitled "Canadian Military Law,"⁸ and by Wing Commander J.H. Hollies, Deputy Judge Advocate General,

mesure en droit et non seulement en pratique. La détermination de leur suffisance comporte l'examen de la mesure dans laquelle elles sont prévues en droit et en pratique, compte tenu de l'historique et des traditions y afférentes.

Il s'agit donc de savoir si une personne raisonnable, qui est informée des conditions ou garanties d'indépendance judiciaire assurées par la loi ainsi que dans la pratique à un officier nommé à une cour martiale permanente et qui est au courant de l'historique et des traditions y afférentes, considérerait, pour l'application de l'alinéa 11d) que cet officier est suffisamment indépendant de ses supérieurs, tant militaires que politiques, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires.

Il me semble qu'une telle personne n'est peut-être pas nécessairement une personne dont la perspective a été influencée par le commandement ou même par l'expérience militaires véritables. L'histoire canadienne des cinquante dernières années montre qu'il n'y a tout simplement pas beaucoup de personnes dans cette situation. D'autre part, il s'agira d'une personne qui se sera renseignée et qui, en se fondant sur les sources de renseignements, saura écrire sur le sujet, particulièrement depuis que les forces canadiennes ont été réunies en 1967, année où la charge de juge-avocat général, telle qu'elle existe actuellement, a été créée. Parmi les écrits que j'ai trouvés instructifs à ce sujet, il y a l'article du lieutenant-colonel James B. Fay, alors assistant du juge-avocat général, intitulé «Canadian Military Criminal Law: An Examination of Military Justice»⁶ et celui du colonel H.G. Oliver, juge en chef à la retraite, intitulé «Canadian Military Law»⁷, lesquels ont tous les deux été publiés en 1975. En ce qui concerne l'historique et les traditions du droit militaire et la charge du juge-avocat, on m'a également reporté à des articles datant d'avant 1967, et notamment à celui du brigadier W.J. Lawson, juge-avocat général, lequel est lui aussi intitulé «Canadian Military Law»⁸, et à celui du

⁶ *Chitty's Law Journal*, Vol. 23, Nos. 4 to 7.

⁷ *Chitty's Law Journal*, Vol. 23, No. 4. The editors, introducing this article, noted that "material on the subject of Military Law in Canada is not plentiful". That remains true.

⁸ *The Canadian Bar Review*, Vol. XXIX, March, 1951, No. 3.

⁶ *Chitty's Law Journal*, vol. 23, nos 4 à 7.

⁷ *Chitty's Law Journal*, vol. 23, n° 4. En présentant l'article, les éditeurs ont fait remarquer qu'[TRADUCTION] «il n'y a pas beaucoup de documentation au sujet du droit militaire au Canada». Cela est encore vrai.

⁸ *The Canadian Bar Review*, vol. XXIX, mars 1951, n° 3.

entitled "Courts Martial in the Canadian Forces,"⁹ and a recent article by Lieutenant-Colonel R.A. McDonald, Director of Law/Human Rights and Information, Judge Advocate General's Branch, entitled "The Trail of Discipline: The Historical Roots of Canadian Military Law."¹⁰

I have not found it necessary or desirable, in stating the issue, to draw upon the judgments of the Supreme Court subsequent to *Valente* on the subject of judicial independence. *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, and *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, were both concerned with the constitutional independence of superior courts and their judges, and anything said in those decisions which, arguably, may expand upon the *Valente* test was said in that context. I do not understand either to have limited *Valente*. A Standing Court Martial is not a superior court; it is very much of the level of court to which the Supreme Court directed its mind in *Valente*.

The essential elements of judicial independence identified by *Valente* are security of tenure, financial security and administrative control of matters bearing on the judicial function. The appellant argues that a Standing Court Martial is deficient in all three respects.

The *National Defence Act* provides for two relevant appointments by the Governor in Council, that of the Judge Advocate General and that of the Chief of the Defence Staff.

9. The Governor in Council may appoint a barrister or advocate of not less than ten years standing to be the Judge Advocate General of the Canadian Forces.

10. The powers of the Judge Advocate General may be exercised, and the duties and functions of the Judge Advocate General may be performed, by such other person as the Minister may authorize to act for the Judge Advocate General for that purpose.

⁹ *The Criminal Law Quarterly*, Vol. 2, 1954.

¹⁰ *Canadian Forces JAG Journal*, Vol. 1, 1985.

lieutenant-colonel d'aviation J.H. Hollies, juge-avocat général adjoint, intitulé «Courts Martial in the Canadian Forces⁹», ainsi qu'à un article récent du lieutenant-colonel R.A. McDonald, directeur juridique – Droits de la personne et information, bureau du juge-avocat général, intitulé «The Trail of Discipline: The Historical Roots of Canadian Military Law¹⁰».

En énonçant la question, je n'ai pas jugé nécessaire ni souhaitable de me fonder sur les jugements que la Cour suprême a rendus après l'affaire *Valente* au sujet de l'indépendance judiciaire. Les affaires *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, et *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, portaient toutes les deux sur l'indépendance constitutionnelle des cours supérieures et des juges de ces cours et les remarques figurant dans ces jugements, où des précisions sont probablement données au sujet du critère énoncé dans l'affaire *Valente*, ont été faites dans ce contexte. À mon avis, aucun de ces deux jugements ne limite la portée de l'arrêt *Valente*. Une cour martiale permanente n'est pas une cour supérieure et c'est le genre de tribunal qui a été examiné par la Cour suprême dans l'affaire *Valente*.

Les éléments essentiels de l'indépendance judiciaire identifiés dans l'affaire *Valente* sont l'inamovibilité, la sécurité financière et le contrôle administratif des questions se rapportant à la fonction judiciaire. L'appelant soutient qu'une cour martiale permanente ne satisfait à aucune de ces trois exigences.

La *Loi sur la défense nationale* prévoit que le gouverneur en conseil peut nommer le juge-avocat général et le chef d'état-major de la défense.

9. Le gouverneur en conseil peut nommer un avocat admis à l'exercice de la profession depuis au moins dix ans pour remplir les fonctions de juge-avocat général des Forces canadiennes.

10. Les attributions du juge-avocat général peuvent être exercées par toute autre personne autorisée par le ministre à le suppléer.

⁹ *The Criminal Law Quarterly*, vol. 2, 1954.

¹⁰ *Journal du JAG des forces canadiennes*, vol. 1, 1985.

18.(1) The Governor in Council may appoint an officer to be the Chief of the Defence Staff, who shall hold such rank as the Governor in Council may prescribe and who shall, subject to the regulations and under the direction of the Minister, be charged with the control and administration of the Canadian Forces.

(2) Unless the Governor in Council otherwise directs, all orders and instructions to the Canadian Forces that are required to give effect to the decisions and to carry out the directions of the Government of Canada or the Minister shall be issued by or through the Chief of the Defence Staff.

The Judge Advocate General, while not required to be an officer, is, and has always been, one. It is to be noted that, unlike the Chief of the Defence Staff, the Judge Advocate General is not expressly required to function under the direction of any named authority. Further, the present Judge Advocate General has, in fact, been appointed for a fixed term.

Articles 113.51 and following, the provisions of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, hereafter "*Q.R.&O.'s*", which apply particularly to Standing Courts Martial, provide that they shall be eight in number, make procedural provisions appropriate to trial by a judge alone and limit their jurisdiction in a variety of respects; they do not, however, expressly insulate presidents of Standing Courts Martial from the incidence of command influence or direction incompatible with their judicial independence. Neither does any other law of which I have been made aware.

While I accept that, in practice, all legal officers, including those appointed by the Minister to be Standing Courts Martial, are responsible to the Judge Advocate General except when, with his concurrence, they are appointed by a convening authority to act as prosecutors, and I further accept that no-one holding an appointment as a Standing Court Martial is ever appointed to prosecute, I can find, and have been referred to, no law prescribing that, as officers, presidents of Standing Courts Martial are answerable only to the Judge Advocate General. Given the present size of the Canadian Armed Forces, those officers necessarily perform other duties of the legal branch and, it follows, serve the operational needs of

18.(1) Le gouverneur en conseil peut élever au poste de chef d'état-major de la défense un officier dont il fixe le grade. Sous l'autorité du ministre et sous réserve des règlements, cet officier assure la direction et la gestion des Forces canadiennes.

(2) Sauf ordre contraire du gouverneur en conseil, tous les ordres et directives adressés aux Forces canadiennes pour donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du ministre émanent, directement ou indirectement, du chef d'état-major de la défense.

Il n'est pas nécessaire que le juge-avocat général soit un officier, mais en fait, celui-ci est, et a toujours été, un officier. Il importe de noter que contrairement au chef d'état-major de la défense, le juge-avocat général n'est pas expressément tenu d'agir sous la direction d'une autorité désignée. En outre, le juge-avocat général actuel a de fait été nommé pour une durée fixe.

Les dispositions pertinentes, soit les articles 113.51 et suivants des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux forces canadiennes*, ci-après appelés "*O.R.F.C.*", prévoient qu'il y a huit cours martiales permanentes; les règles de procédure qui conviennent à un procès devant un juge seul y sont énoncées, la compétence de ces cours étant à maints égards limitée. Toutefois, ces dispositions ne protègent pas expressément les présidents des cours martiales permanentes contre l'exercice d'une influence hiérarchique ou d'un contrôle incompatible avec leur indépendance judiciaire. Les autres dispositions législatives dont j'ai pris connaissance ne le font pas non plus.

Je reconnais qu'en pratique, tous les avocats militaires, et notamment ceux que le Ministre nomme à des cours martiales permanentes, relèvent du juge-avocat général, sauf dans les cas où, avec le consentement de ce dernier, ils sont désignés par une autorité convocatrice pour agir comme procureurs de la poursuite; je reconnais en outre que les membres des cours martiales permanentes ne sont jamais désignés pour intenter des poursuites, mais je ne puis trouver, et on n'a cité, aucune disposition législative prévoyant qu'en leur qualité d'officiers, les présidents des cours martiales permanentes relèvent uniquement du juge-avocat général. Compte tenu de la taille actuelle des forces armées canadiennes, ces officiers

other branches of the Canadian Forces. A similar consideration appears to have been regarded as of some significance by the majority of the Quebec Court of Appeal in concluding that the independence of part-time municipal court judges did not meet the requirement of paragraph 11(d); *Québec (Procureur général) c. Lippé*,¹¹ a judgment published the day before the hearing of this appeal.

I likewise accept that officers appointed by the Minister pursuant to subsection 177(1) of the *Act* are so appointed on the advice or with the concurrence of the Judge Advocate General. In fact, it has been the Minister's practice to designate the occupants of specific senior positions in the Judge Advocate General's branch to be presidents of Standing Courts Martial and to delegate authority to appoint the rest to the Judge Advocate General. Again, I find, and have been referred to, no law prescribing the practices adopted. The law is subsection 177(1) of the *Act*; the Minister's discretion to delegate or not is unfettered and the discretion to appoint is fettered only by the need to appoint professionally qualified persons. I have no idea what, in practice, the Minister might consider necessary by way of a recommendation and as grounds for revocation of an appointment; the law, as I have been made aware of it, is silent on the subject. Here, too, ministerial discretion appears unfettered.

Presidents of Standing Courts Martial are "legal officers" within the definition of *Q.R.&O.* article 204.218. Each is, by that article, paid at a rate, within ranges prescribed by rank, "as determined from time to time by the Chief of the Defence Staff on the basis of merit." The assessment of merit must, it seems to me, depend considerably on the officer's Personnel Evaluation Report required of every officer annually by *Canadian Forces Administrative Order* 26-6. I

assument nécessairement d'autres tâches incombant au contentieux, et répondent aux besoins d'autres services des forces canadiennes. Une considération similaire semble avoir été tenue pour passablement importante par la majorité des juges de la Cour d'appel du Québec lorsque, dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Lippé*¹¹, où le jugement a été publié la veille de l'audition du présent appel, celle-ci a conclu que les juges à temps partiel des cours municipales ne satisfaisaient pas aux exigences de l'alinéa 11d), au point de vue de l'indépendance.

De même, je reconnais que le Ministre nomme les officiers conformément au paragraphe 177(1) de la *Loi* en se fondant sur les recommandations du juge-avocat général ou encore avec le consentement de celui-ci. De fait, le Ministre désigne habituellement à titre de présidents des cours martiales permanentes les officiers qui occupent des postes de direction précis au sein du bureau du juge-avocat général et délègue au juge-avocat général le pouvoir de nommer les autres membres. Ici encore, je ne trouve, et on n'a cité, aucune disposition législative prévoyant une telle pratique. La disposition pertinente est le paragraphe 177(1) de la *Loi*; le pouvoir discrétionnaire de délégation que possède le Ministre est un pouvoir absolu et le pouvoir discrétionnaire de nomination est limité uniquement par la nécessité de nommer des personnes professionnellement qualifiées. Je ne sais pas ce que dans la pratique le Ministre pourrait considérer comme nécessaire, lorsqu'il s'agit de faire des recommandations ou de révoquer une nomination; les dispositions législatives dont j'ai pris connaissance ne disent rien à ce sujet. Ici encore, le pouvoir discrétionnaire ministériel semble être absolu.

Les présidents des cours martiales permanentes sont des «avocats militaires» au sens de la définition figurant à l'article 204.218 des *O.R.F.C.* En vertu de cet article, chacun est rémunéré, dans les limites prescrites par son grade, à un taux qui est déterminé «de temps à autre [par] le chef de l'état-major de la défense en fonction du mérite». L'évaluation du mérite doit, il me semble, dépendre considérablement du rapport d'évaluation du rendement qui doit être

¹¹ [[1990] R.J.Q. 2200.]

¹¹ [[1990] R.J.Q. 2200].

accept that performance as the president of a Standing Court Martial is not expressly taken into account in such evaluation and it is not supposed to be taken into account at all. By virtue of his position in command of the legal branch of the Canadian Forces, the Judge Advocate General would appear to be either the Reporting Officer or the Reviewing Officer for purposes of Personnel Evaluation Reports of the presidents of Standing Courts Martial.¹² As such, he will necessarily have considerable influence on the content of those reports. It remains, nevertheless, that a president's rate of pay as an officer, within the range prescribed for his rank, is by law determined by the Chief of the Defence Staff, not the Judge Advocate General. The fixing of salaries within prescribed ranges is not, in my view, a matter of discretionary benefit or advantage of the character considered by *Valente* at pages 712 and following.

Likewise, by virtue of his position in command, the assignment of a particular president to conduct a particular Standing Court Martial is made under the authority of the Judge Advocate General. Court reporters are members of the forces or civilian employees attached to the legal branch.

In *Valente*, at page 698, it was held:

The essence of security of tenure for purposes of s. 11(d) is a tenure, whether until an age of retirement, for a fixed term, or for a specific adjudicative task, that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner.¹³

Standing Courts Martial do not have tenure until an age of retirement nor for a specific adjudicative task nor for a fixed term. Only the last would appear to be a feasible option. Standing Courts Martial are not, by definition, *ad hoc* tribunals. Neither the Canadian Forces nor officers asked to serve as presidents of

¹² Generally, and in the legal branch it would appear to be the case, the Reporting Officer is an officer's immediate supervisor in the chain of command and the Reviewing Officer is next senior in the chain of command to the Reporting Officer.

¹³ The *ad hoc* nature of appointments to General Courts Martial has been a crucial consideration in the judgments that have found them not to offend paragraph 11(d).

rédigé annuellement pour chaque officier, conformément à l'article 26-6 des *Ordonnances administratives des Forces canadiennes*. Je reconnais que le rendement d'un officier, en sa qualité de président d'une cour martiale permanente, n'entre pas et ne devrait pas entrer en ligne de compte dans cette évaluation. Par suite de sa position hiérarchique au sein du contentieux des forces canadiennes, le juge-avocat général semble être celui qui prépare ou révisé les rapports d'évaluation des présidents des cours martiales permanentes¹². En tant que tel, il aura nécessairement une influence considérable sur le contenu de ces rapports. Il demeure néanmoins que le taux de rémunération du président en sa qualité d'officier, dans les limites s'appliquant à son grade, est en vertu de la loi, déterminé par le chef d'état-major de la défense et non par le juge-avocat général. À mon avis, la détermination des salaires, dans les limites prescrites, n'est pas un bénéfice ou un avantage discrétionnaire de la nature envisagée dans l'affaire *Valente* (page 712 et suivantes).

De même, en vertu de sa position hiérarchique, l'affectation d'un président particulier à une cour martiale permanente particulière est effectuée sous l'autorité du juge-avocat général. Quant aux sténographes judiciaires, ce sont des membres des forces ou des employés civils rattachés au contentieux.

Dans l'affaire *Valente*, le juge a déclaré ceci à la page 698 :

L'essence de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11d), que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe, ou pour une charge *ad hoc*, est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations.¹³

Les membres des cours martiales permanentes ne sont pas inamovibles jusqu'à l'âge de la retraite; ils ne sont pas non plus affectés à une charge *ad hoc*, ni pour une durée fixe. Seul le dernier élément semblerait pouvoir exister. Par définition, les cours martiales permanentes ne sont pas des tribunaux *ad hoc*. Les

¹² Généralement, et il semblerait que ce soit le cas au sein du contentieux, l'évaluateur est le superviseur immédiat de l'officier en cause dans la chaîne de commandement et l'agent de révision est le supérieur immédiat de ce dernier dans la chaîne de commandement.

¹³ La nature *ad hoc* des nominations aux cours martiales générales a été une considération cruciale dans les affaires où il a été jugé que l'alinéa 11d) n'avait pas été violé.

Standing Courts Martial could reasonably expect, in every case, service only in that capacity until retirement if for no other reason than that it would deprive career officers of ordinary promotional opportunities.

In my opinion, an informed, reasonable person would be most unlikely to conclude that the president of a Standing Court Martial, whose appointment is in law subject to discretionary revocation by the Minister of National Defence, has a tenure secure against interference by the Executive. The Minister is both the appointing authority and the executive who, by section 4 of the *National Defence Act*, "has the management and direction of the Canadian Forces." Standing Courts Martial themselves simply do not have the history and tradition that would lead an informed, reasonable person to conclude that their presidents enjoy the security of tenure sufficient to satisfy paragraph 11(d) in the absence of its prescription by law.

As to the second essential condition of judicial independence, financial security, it was held in *Valente*, at page 704, that:

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

The only aspect of the financial security of Standing Courts Martial which has been questioned relates to the discretionary authority of the Chief of the Defence Staff to fix their salaries according to merit. Given the express words of subsection 18(1) of the *Act* it is impossible to regard the Chief of the Defence Staff as anything other than the "Executive" in relation to presidents of Standing Courts Martial. Again, it seems to me that no reasonable, informed person would be likely to conclude that the measure of financial security essential to their judicial independence is present when the authority ultimately responsible for prosecuting the charges they must try

forces canadiennes et les officiers auxquels on demande d'agir comme président d'une cour martiale permanente ne peuvent pas raisonnablement s'attendre à ce que cette charge soit assumée dans tous les cas uniquement en cette qualité, et ce, jusqu'à l'âge de la retraite, ne serait-ce que parce que cela aurait pour effet de priver les officiers de profession des chances d'avancement ordinaires.

À mon avis, une personne raisonnable et informée ne conclurait probablement pas que le président d'une cour martiale permanente dont la nomination est assujettie par la loi au pouvoir discrétionnaire de révocation du ministre de la Défense nationale est à l'abri de toute intervention de l'exécutif. Le Ministre est à la fois l'autorité qui nomme le président et l'exécutif qui, en vertu de l'article 4 de la *Loi sur la défense nationale*, «est responsable des forces canadiennes». Les cours martiales permanentes elles-mêmes n'ont tout simplement pas l'historique et la tradition qui mèneraient une personne informée raisonnable à conclure que les présidents de ces cours sont suffisamment inamovibles pour satisfaire à l'alinéa 11d), en l'absence de quelque disposition législative à cet effet.

En ce qui concerne la deuxième condition essentielle de l'indépendance judiciaire, à savoir la sécurité financière, il a été jugé dans l'affaire *Valente*, à la page 704, que :

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

Le seul élément de la sécurité financière qui a été remis en question se rapporte au pouvoir discrétionnaire que possède le chef d'état-major de la défense de fixer les salaires selon le mérite. Compte tenu du libellé exprès du paragraphe 18(1) de la *Loi*, il est impossible de considérer que le chef d'état-major de la défense ne fait pas partie de l'«exécutif» en ce qui concerne les présidents des cours martiales permanentes. Ici encore, il me semble qu'aucune personne informée raisonnable ne conclurait que le degré de sécurité financière essentiel à l'indépendance judiciaire est assuré lorsque l'autorité qui est en dernier ressort chargée d'intenter les poursuites doit évaluer

is required to rate those officers and compensate them according to its view of their merit.

As to the third essential condition, at page 712 of *Valente*, Le Dain J. said:

The essentials of institutional independence which may be reasonably perceived as sufficient for purposes of s. 11(d) . . . may be summed up as judicial control over the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function.

That institutional independence is, in the circumstances, exercised by or under the authority of the Judge Advocate General rather than the Standing Courts Martial individually. One would not necessarily expect to find those arrangements spelled out in law in the case of Standing Courts Martial any more than they were so found in the case of the Ontario Provincial Court (Criminal Division). What one must look for is some legal or practical limitation on necessary administrative discretion. I have found none.

The appellant argued that the same authority designates the judge and the attorneys who will serve during a Standing Court Martial. That is a misleading oversimplification. A delegate of the Judge Advocate General does designate the judge and a different delegate does designate the defending officer should the accused choose to be defended at public expense. However, the accused is free to select civilian counsel of his choice. Most importantly, prosecuting officers are appointed by the convening authority, an officer not in the chain of command of the Judge Advocate General although superior in rank. The concurrence of the Judge Advocate General or his delegate to the appointment of a prosecutor is necessary because the appointee is a member of the legal branch. The responsibility of the Judge Advocate General as to prosecuting officers is to have sufficient qualified personnel available to satisfy the demand for them. In my opinion, the informed, reasonable person would not find Standing Courts Martial deficient in respect of their institutional independence.

It is significant that the Judge Advocate General is appointed by Order in Council and that section 9 of the *Act* does not expressly make him responsible to

le rendement des officiers en cause et rémunérer ceux-ci selon ce qu'elle juge être leur mérite.

Quant à la troisième condition essentielle, le juge Le Dain a dit ceci, à la page 712 de l'affaire *Valente* :

Les aspects essentiels de l'indépendance institutionnelle qui peuvent raisonnablement être perçus comme suffisants pour les fins de l'al. 11d) . . . [sont] le contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires.

En l'espèce, l'indépendance institutionnelle est exercée par le juge-avocat général ou sous l'autorité de celui-ci, plutôt que par les cours martiales permanentes individuellement. On ne s'attend pas nécessairement à ce que ces dispositions soient énoncées expressément par la loi dans le cas des cours martiales permanentes, pas plus qu'elles ne l'étaient dans le cas de la Cour provinciale de l'Ontario (Division criminelle). Il faut chercher quelque limitation juridique ou pratique au pouvoir discrétionnaire administratif nécessaire. Or, je n'en ai trouvé aucune.

L'appelant a soutenu que la même autorité désigne le juge et les avocats qui sont affectés à une cour martiale permanente. C'est là trop simplifier les choses. Un représentant du juge-avocat général désigne le juge et un autre représentant désigne l'officier qui assurera la défense si jamais l'accusé décidait de se faire défendre aux frais de l'État. Toutefois, ce dernier peut choisir un avocat civil lui-même. Fait encore plus important, les procureurs de la poursuite sont nommés par l'autorité convocatrice, soit un officier qui ne fait pas partie de la chaîne de commandement du juge-avocat général, bien qu'il ait un grade supérieur. Le juge-avocat général ou son représentant doivent consentir à la nomination du procureur puisque ce dernier fait partie du contentieux. Le juge-avocat général doit veiller à ce qu'il y ait un nombre suffisant d'officiers qualifiés en mesure d'intenter des poursuites pour répondre à la demande. À mon avis, une personne raisonnable et informée ne conclurait pas que les cours martiales permanentes ne sont pas indépendantes au point de vue institutionnel.

Il importe de noter que le juge-avocat général est nommé par décret et que l'article 9 de la *Loi* ne prévoit pas expressément qu'il doit rendre compte au

the Minister or to any authority who *vis-à-vis* his office may be characterized as the Executive. It has been argued that the required measure of independence of the Judge Advocate General is thereby legally established and that it insulates those under his command in the performance of their judicial responsibilities.

The office is an ancient one. Brigadier Lawson's article states that it was first mentioned in *Articles of War* issued in 1639 by Charles I. After passage of the *Mutiny Act* in 1689, the Judge Advocate General and his deputies were responsible for advising on charges and evidence before a court martial was convened and with attending it as both prosecutor and legal adviser. After 1790, the Judge Advocate General was a Privy Councillor, a member of the Government and, usually, a Member of Parliament. It was not until 1860 that it was provided that the Judge Advocate General should not prosecute. That, generally, was the situation in Great Britain at Confederation.¹⁴ Subsequent developments in the United Kingdom, while perhaps of no immediate relevance, demonstrate the difficulty of resolving the paradox inherent to the office. After 1893, the office ceased to be political; until 1905, it was occupied by the President of the Probate, Divorce and Admiralty Division of the High Court of Justice. In 1905, a civilian Judge Advocate General was made answerable directly to the Secretary of War and, since 1948, to the Lord Chancellor.

In his article,¹⁵ Lieutenant-Colonel Fay had this to say:

¹⁴ The *Militia Act*, S.C. 1868, c. 40, s. 64, adopted the disciplinary code in force in the United Kingdom embodied in the *Q.R.&O.*'s for the British Army, the *Rules and Articles of War* and the *Mutiny Acts* then in force. Canada had no occasion to make provision for any other service until enactment of the *Naval Service Act*, S.C. 1909-10, c. 43. All three Canadian services continued to be governed by adopted British legislation until enactment of the *Naval Service Act, 1944*, S.C. 1944-45, c. 23; the Army and Air Force remained subject to it until enactment of the *National Defence Act* in 1950.

¹⁵ *Chitty's Law Journal*, Vol. 23, No. 6, page 212.

Ministre ou à une autorité susceptible d'être considérée comme faisant partie de l'exécutif. Il a été soutenu que le degré requis d'indépendance est ainsi légalement établi et que cela protège les personnes relevant du juge-avocat général dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires.

La charge de juge-avocat général existe depuis longtemps. En effet, dans son article, le brigadier Lawson dit qu'il en est pour la première fois fait mention dans les *Articles of War* établis en 1639 par Charles I. Après l'adoption de la *Mutiny Act* en 1689, le juge-avocat général et ses adjoints étaient chargés d'agir comme conseillers au sujet des accusations et de la preuve avant la convocation d'une cour martiale; ils agissaient ensuite comme procureurs de la poursuite et comme conseillers juridiques. Après 1790, le juge-avocat général était membre du Conseil privé, fonctionnaire et habituellement député. Ce n'est qu'en 1860 qu'il a été prévu que le juge-avocat général ne devait pas intenter de poursuites. Telle était généralement la situation en Grande-Bretagne au moment de la Confédération¹⁴. Les événements survenus par la suite au Royaume-Uni, bien qu'ils ne soient pas directement pertinents, montrent jusqu'à quel point il est difficile de résoudre le paradoxe inhérent à cette charge. Après 1893, la charge a cessé d'être politique; jusqu'en 1905, elle était assumée par le président de la Division des successions, des divorces et de l'amirauté de la Haute Cour de Justice. En 1905, le juge-avocat général est devenu un civil qui devait rendre directement compte au Secretary of War et depuis 1948, au lord Chancellor.

Dans son article¹⁵, le lieutenant-colonel Fay disait ceci :

¹⁴ En vertu de la *Loi sur la milice*, S.C. 1868, chap. 40, art. 64, le code de discipline existant au Royaume-Uni, et qui figurait dans les *Q.R.&O.* pour l'armée britannique, les *Rules and Articles of War* et les *Mutiny Acts* alors en vigueur s'appliquait au Canada. Aucune disposition n'a été prise à l'égard des autres services jusqu'au moment de l'adoption de la *Loi du Service de la Marine*, S.C. 1909-10, chap. 43. Les forces canadiennes ont continué à être régies par la législation britannique jusqu'au moment de l'adoption de la *Loi de 1944 sur le service naval*, S.C. 1944-45, chap. 23; l'armée et l'aviation sont demeurées assujetties à la législation britannique jusqu'en 1950, année où la *Loi sur la défense* a été adoptée.

¹⁵ *Chitty's Law Journal*, vol. 23, n° 6, à la page 212.

The problem that really faces the Judge Advocate General is that while he has been charged with the operation of service courts, the National Defence Act and the regulations have failed to provide him with any reasonable method of doing so.

The Judge Advocate General has no real authority and can only advise those senior in military rank to him, who may or may not accept that advice. In practice, advice given on strictly legal grounds is always accepted. When he expresses opinions on such matters as the fairness or justice involved in a trial and as to the courses of action that might be followed, such may not always be the case. Though on paper the Judge Advocate General sits apart from the military command structure of the Canadian Forces, in practice, he may well have become part of that structure, with a resulting erosion in his position. His rank as a "junior" general (a brigadier-general) places him in an extremely difficult position when he must criticize or attempt to overrule, for example, a recalcitrant major-general or lieutenant-general, unless he wishes to refer the matter to the Chief of Defence Staff or the Minister, as he may do — but thus provoke confrontations with his military superiors.

While some of those comments would appear to have been made in immediate context of the impotence of the Judge Advocate General to render effective his conclusion following the required review of court martial proceedings in respect of which no appeal has been taken under what is now section 246 of the *Act*, I find them highly instructive as to the present reality of his position within the command structure. Wing Commander Hollies indicates that the Judge Advocate General may have been in a less ambiguous position prior to unification of the services.¹⁶

He holds a unique position since, although he is in fact a member of one of the Canadian Forces, yet he is not responsible for the performance of his duties to any particular Chief of Staff but rather reports on the administration of service justice to the Minister of National Defence and on other matters to the Deputy Minister.

The position of the Judge Advocate General within the Canadian Forces is manifestly still evolving. No tradition of independence from the military and political executives, either historically attached to the office and inherited from Great Britain with its general body of military law or domestically developed, seems presently to exist. I express that conclusion with regret in view of the approach to their judicial

[TRADUCTION] Le problème auquel fait réellement face le juge-avocat général est le suivant : bien qu'il soit responsable du fonctionnement des tribunaux militaires, la *Loi sur la défense nationale* et les règlements y afférents ne lui fournissent aucun moyen raisonnable d'assumer cette responsabilité.

Le juge-avocat général ne possède aucun véritable pouvoir et peut uniquement conseiller ses supérieurs militaires, qui peuvent suivre ses conseils ou non. En pratique, les conseils de nature strictement juridique sont toujours suivis. Cependant, il n'en va pas toujours de même lorsque le juge-avocat général exprime une opinion sur des questions telles que l'équité ou la justice dans un procès ou sur les mesures qui peuvent être prises. En théorie, le juge-avocat général ne fait pas partie de la structure hiérarchique militaire des forces canadiennes, mais en pratique, il se peut fort bien que ce ne soit pas le cas, d'où l'érosion de son pouvoir. Son grade de général «subalterne» (soit de brigadier-général) le place dans une situation extrêmement difficile lorsqu'il doit critiquer ou tenter de contredire, par exemple, un major-général ou un lieutenant-général récalcitrant, à moins qu'il ne veuille renvoyer l'affaire au chef d'état-major de la défense ou au Ministre, comme il est en droit de le faire, ce qui est de nature à entraîner des conflits avec ses supérieurs militaires.

Certaines de ces remarques semblent avoir été faites dans le contexte immédiat de l'impossibilité pour le juge-avocat général de donner suite à la conclusion qu'il tire après avoir examiné les procédures de la cour martiale qui n'ont pas fait l'objet d'un appel en vertu de ce qui est maintenant l'article 246 de la *Loi*, mais à mon avis, elles s'appliquent fort bien à la position dans laquelle il se trouve, à l'heure actuelle, dans la structure hiérarchique. Selon le commandant d'aviation Hollies, le juge-avocat général était peut-être dans une situation moins ambiguë avant que les services soient réunis¹⁶.

[TRADUCTION] Sa position est unique en son genre; en effet, bien qu'il soit membre d'une des forces canadiennes, il ne relève pas, dans l'exercice de ses fonctions, d'un chef d'état-major particulier, mais rend plutôt compte de l'administration de la justice militaire au ministre de la Défense nationale et, en ce qui concerne les autres questions, au sous-ministre.

Le poste de juge-avocat général au sein des forces canadiennes est certes en évolution constante. Aucune tradition d'indépendance par rapport aux supérieurs militaires et politiques, qu'elle ait par le passé été liée à la charge et héritée de la Grande-Bretagne avec l'ensemble du droit militaire ou qu'elle ait été établie au Canada même, ne semble exister à l'heure actuelle. Je tire cette conclusion avec regret,

¹⁶ *The Criminal Law Quarterly* (1959), Vol. 2, page 67.

¹⁶ *The Criminal Law Quarterly* (1959), vol. 2, à la page 67.

responsibilities I know to have been taken by the current incumbent, his immediate predecessor and most of their subordinates.

The absence of a well established tradition of independence within the command structure leads me to conclude that the independence of the Judge Advocate General which may be implicit in section 9 of the *Act* cannot overcome the absence of legally prescribed tenure of appointment for presidents of Standing Courts Martial. Furthermore, even if those officers could be held to be satisfactorily tenured in their judicial positions by reason of the intervention of the Judge Advocate General between them and the executive, the objection to their financial security, based on an express legislative requirement, would remain well founded.

One may detect in the questions of Lieutenant-Colonel Harkness and reasons of Ritchie J. in *MacKay*, quoted above, the notion that the interests of justice in the military community may be better served by professionally trained staff officers than by lay officers drawn *ad hoc* from the ranks of military management. That makes a good deal of sense to me, particularly in a case such as this when the offence is not peculiarly a military offence, but is rather an offence punishable by ordinary law imported into the Code of Service Discipline by way of section 130 of the *Act*, notwithstanding that it may be an offence which is rightly considered relatively more serious within the confines of the military community.

I see nothing in the present institutional arrangements *vis-à-vis* Standing Courts Martial that offends paragraph 11(d). The deficiency lies entirely in inadequate security of tenure and financial security. Given the present statutory framework which, it seems to me, could accommodate a truly independent Judge Advocate General, it may be that appropriate amendment of the *Q.R.&O.*'s could achieve the measure of judicial independence constitutionally required to preserve a desirable judicial institution.

The respondent's argument was directed entirely to negating the proposition that Standing Courts Martial

compte tenu de la façon dont le titulaire actuel ainsi que son prédécesseur immédiat et la plupart des subalternes envisagent leurs responsabilités judiciaires.

Cette absence de tradition établie dans la structure hiérarchique me mène à conclure que l'indépendance qui est peut-être implicitement conférée au juge-avocat général par l'article 9 de la *Loi* n'a rien changé au fait que la loi ne prévoit pas que les présidents des cours martiales permanentes sont nommés à titre inamovible. En outre, même si l'on pouvait considérer que ces officiers occupent leur poste à titre inamovible étant donné que le juge-avocat général sert d'intervenant entre l'exécutif et eux, il reste que l'objection se rapportant à leur sécurité financière, fondée sur une disposition législative expresse, est encore valable.

Les questions posées par le lieutenant-colonel Harkness et les motifs exprimés par le juge Ritchie dans l'affaire *MacKay* précitée laissent entendre que dans les milieux militaires l'intérêt de la justice exige peut-être que des officiers d'état-major ayant une formation professionnelle soient choisis plutôt que des officiers non juristes spécialement recrutés parmi les rangs de la direction militaire. À mon avis, la chose est fort sensée, particulièrement dans un cas comme celui-ci, où l'infraction n'est pas à proprement parler une infraction d'ordre militaire, mais plutôt une infraction punissable par la loi ordinaire qui a été incorporée au Code de discipline militaire au moyen de l'article 130 de la *Loi*, bien que cette infraction soit peut-être à bon droit considérée plus grave dans les milieux militaires.

Je ne vois rien dans les dispositions institutionnelles actuelles concernant les cours martiales permanentes qui aille à l'encontre de l'alinéa 11d). Il s'agit uniquement d'une question d'absence d'inamovibilité et de sécurité financière. Compte tenu du cadre législatif actuel qui, me semble-t-il, pourraient assurer une indépendance réelle au juge-avocat général, il se peut que la modification des *O.R.F.C.* puisse conférer le degré d'indépendance judiciaire requis sur le plan constitutionnel pour maintenir une institution judiciaire souhaitable.

L'argument de l'intimée consistait uniquement à nier la proposition selon laquelle les cours martiales

are not sufficiently independent to satisfy paragraph 11(d). No evidence was led in support of a section 1 justification. The instant charges involve offences said to have been committed in Canada. The offences were not alleged to have been committed, nor was the trial conducted, in a state of emergency. Perhaps a section 1 justification of Standing Courts Martial, as presently constituted, could be made out should contrary circumstances exist. I would, therefore, limit the finding that Standing Courts Martial are not independent tribunals within the contemplation of the *Charter* to the situation at hand.

I would allow the appeal with costs because a Standing Court Martial is not an independent tribunal within the contemplation of paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not saved by section 1 thereof when it tries a person charged with an offence alleged to have been committed in Canada absent an emergency as defined in the *National Defence Act*.

Subsection 238(1) of the *Act* requires that, when the Court allows an appeal against conviction, it either direct that a verdict of not guilty be entered in respect of the charge(s) or that a new trial be held. Since this is, in substance, a finding that the Standing Court Martial was without jurisdiction to try the appellant, neither direction would appear appropriate. However, I would say that, had it been necessary to deal with the merits of the appeal, I should have found that the Standing Court Martial erred in convicting the appellant on the uncorroborated evidence of the alleged purchaser of the marihuana who was both a self-described "man-child" and had reason to hold a grudge against the appellant for an unfavourable performance report. I should have so concluded notwithstanding the President's recitation of the standard recognition of the danger of convicting on such evidence. In other words, I should have directed that verdicts of acquittal be entered on both counts.

CAVANAGH J.A.: I agree.

SIROIS J.A.: I agree.

permanentes ne sont pas suffisamment indépendantes pour satisfaire aux exigences de l'alinéa 11d). Aucune preuve n'a été présentée en ce qui concerne l'article 1. En l'espèce, les accusations portent sur des infractions qui auraient été commises au Canada. L'état d'urgence n'est pas invoqué. En d'autres circonstances, il serait peut-être possible d'invoquer l'article 1 pour justifier l'existence des cours martiales permanentes actuelles. Par conséquent, je limiterai ma conclusion, à savoir que les cours martiales permanentes ne sont pas des tribunaux indépendants au sens de la *Charte*, à l'affaire dont je suis ici saisi.

J'accueille l'appel avec dépens pour le motif qu'une cour martiale permanente n'est pas un tribunal indépendant au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l'article 1 ne s'applique pas au procès d'une personne accusée d'une infraction qui aurait été commise au Canada, en l'absence d'un état d'urgence au sens de la *Loi sur la défense nationale*.

En vertu du paragraphe 238(1) de la *Loi*, lorsque la Cour accueille un appel interjeté à la suite d'une déclaration de culpabilité, elle ordonne l'inscription d'un verdict de non-culpabilité ou la tenue d'un nouveau procès. Or, étant donné que je conclus essentiellement que la cour martiale permanente n'est pas compétente pour juger l'appellant, il n'est pas opportun d'ordonner la prise de ces mesures. Toutefois, je tiens à faire remarquer que s'il avait été nécessaire d'examiner l'appel au fond, je me serais vu obligé de conclure que la cour martiale permanente s'est fondée à tort sur la preuve non corroborée du présumé acheteur de la marihuana, qui a lui-même affirmé être un «homme-enfant» et qui avait des motifs d'en vouloir à l'appellant, celui-ci ayant rédigé un rapport d'évaluation non satisfaisant à son sujet. Telle est la conclusion que j'aurais tirée bien que le président ait reconnu, comme on le fait habituellement, le danger qu'il y a à condamner un accusé en se fondant sur une telle preuve. En d'autres termes, j'aurais ordonné que des verdicts d'acquittal soient inscrits à l'égard des deux accusations.

LE JUGE CAVANAGH, J.C.A. : Je souscris à cet avis.

LE JUGE SIROIS, J.C.A. : Je souscris à cet avis.