

Walter Valente *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General for Saskatchewan, Provincial Court Judges Association (Criminal Division) and Ontario Family Court Judges Association *Interveners*.

File No.: 17583.

1984: October 9, 10; 1985: December 19.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Courts — Charter of Rights — Independent tribunal — Provincial Court judge declined jurisdiction on ground Provincial Court (Criminal Division) not an independent tribunal — Whether or not judge of Provincial Court (Criminal Division) an independent tribunal.

Constitutional law — Charter of Rights — Courts — Independent tribunal — Jurisdiction declined on ground Provincial Court (Criminal Division) not an independent tribunal — Whether or not judge of Provincial Court (Criminal Division) an independent tribunal — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Provincial Courts Act, R.S.O. 1980, c. 398 — Public Service Act, R.S.O. 1980, c. 418 — Public Service Superannuation Act, R.S.O. 1980, c. 419 — Provincial Courts Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 18, s. 1 — Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 78, s. 2(2) — Courts of Justice Act, 1984, 1984 (Ont.), c. 11.

A judge of the Provincial Court (Criminal Division), sitting on the Crown's appeal against the sentence imposed on the appellant following conviction for careless driving, declined to hear the appeal pending determination by a superior court as to whether the Provincial Court (Criminal Division) was an independent tribunal within the meaning of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Among the several reasons advanced by counsel in support of the contention

Walter Valente *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

a

et

Procureur général du Canada, Procureur général du Québec, Procureur général de la Saskatchewan, Association des juges des Cours provinciales (Division criminelle) et Ontario Family Court Judges Association *Intervenants*.

c N° du greffe: 17583.

1984: 9, 10 octobre; 1985: 19 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Le Dain.

d

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Tribunaux — Charte des droits — Tribunal indépendant — Juge de la Cour provinciale déclinant compétence parce que la Cour provinciale (Division criminelle) n'est pas un tribunal indépendant — Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) est-il un tribunal indépendant?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunaux — Tribunal indépendant — Compétence déclinée parce que la Cour provinciale (Division criminelle) n'est pas un tribunal indépendant — Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) est-il un tribunal indépendant? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Loi sur les cours provinciales, L.R.O. 1980, chap. 398 — Loi sur la fonction publique, L.R.O. 1980, chap. 418 — Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires, L.R.O. 1980, chap. 419 — Provincial Courts Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), chap. 18, art. 1 — Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), chap. 78, art. 2(2) — Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, 1984 (Ont.), chap. 11.

Dans un appel formé par Sa Majesté contre une peine infligée à l'appellant, reconnu coupable de l'infraction de conduite imprudente, un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) a décliné compétence pour entendre l'appel tant qu'une cour supérieure n'aurait pas déterminé si la Cour provinciale (Division criminelle) était un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Parmi les nombreuses raisons soumises par l'avocat à l'appui de la

that the Provincial Court (Criminal Division) was not an independent tribunal were the nature of the tenure of provincial court judges, particularly those holding office under a post-retirement reappointment, the manner in which their salaries and pensions were fixed and provided for, and the extent to which they were dependent for certain advantages and benefits on the discretion of the executive government. The Ontario Court of Appeal proceeded on the basis that the provincial court judge had in effect decided that as a matter of law the Provincial Court (Criminal Division) as an institution was not independent. It allowed the appeal, holding that both the Provincial Court Judge and the Provincial Court (Criminal Division) were independent, and remitted the matter to the Provincial Court Judge to determine whether the sentence imposed was a fit and proper sentence.

Held: The appeal should be dismissed and the constitutional question answered as follows: A judge of the Provincial Court (Criminal Division) of Ontario is an independent tribunal within the meaning of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The concepts of "independence" and "impartiality" found in s. 11(d) of the *Charter*, although obviously related, are 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. "Independence" reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence and connotes not only a state of mind but also a status or relationship to others—particularly to the executive branch of government—that rests on objective conditions or guarantees. 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 as reflected in its institutional or administrative relationships to the executive and legislative branches of government.

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. This perception must 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.

It would not be feasible to apply the most rigorous and elaborate conditions of judicial independence to the

prétention que la Cour provinciale (Division criminelle) n'est pas un tribunal indépendant, on trouve la nature de la charge des juges de cour provinciale, en particulier ceux qui occupent leur charge en vertu d'une nouvelle nomination après l'âge de la retraite, la manière dont leur traitement et pension sont fixés et versés et la mesure dans laquelle certains de leurs avantages sociaux dépendent du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif. La Cour d'appel de l'Ontario a procédé sur le fondement que le juge de la Cour provinciale avait en réalité décidé qu'aux yeux du droit la Cour provinciale (Division criminelle), en tant qu'institution, n'était pas indépendante. Elle a accueilli l'appel, décidant que le juge de la Cour provinciale de même que la Cour provinciale (Division criminelle) étaient indépendants et a renvoyé la question au juge de la Cour provinciale pour qu'il statue sur la régularité et l'à-propos de la peine infligée.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté et la question constitutionnelle reçoit la réponse suivante: Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) de l'Ontario est un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre les notions d'«indépendance» et d'«impartialité» que l'on trouve à l'al. 11d) de la *Charte*, 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 affaire donnée. Le terme «indépendance» reflète ou consacre la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire et connote non seulement un état d'esprit, mais aussi un statut ou une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives. 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 du tribunal qui ressort de ses rapports institutionnels ou administratifs avec les organes exécutif et législatif du gouvernement.

Le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11d) de la *Charte* doit être, comme dans le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Cette perception doit 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.

Il ne serait pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance

constitutional requirement of independence in s. 11(d) of the *Charter*, which may have to be applied to a variety of tribunals. The essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) must bear some reasonable relationship to the variety of legislative and constitutional provisions in Canada governing matters which bear on the judicial independence of tribunals trying persons charged with an offence. It is the essence of the security afforded by the essential conditions of judicial independence that is appropriate for application under s. 11(d) of the *Charter* and not any particular legislative or constitutional formula by which it may be provided or guaranteed. Section 11(d) cannot be construed and applied so as to accord provincial court judges the same constitutional guarantees of security of tenure and security of salary and pension as superior court judges for that construction would, in effect, amend the judicature provisions of the Constitution. The standard of judicial independence cannot be a standard of uniform provisions but rather must reflect what is common to the various approaches to the essential conditions of judicial independence in Canada.

Security of tenure, because of the importance traditionally attached to it, is the first of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*. The essentials of such security are that a judge be removable only for cause, and that cause be subject to independent review and determination by a process at which the judge affected is afforded a full opportunity to be heard. 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.

Notwithstanding the importance of tradition as an objective condition tending to ensure the independence in fact of a tribunal, a provincial court judge who held office during pleasure under a post-retirement reappointment prior to the amendment in 1983 to s. 5(4) of the *Provincial Courts Act* was not an independent tribunal. The reasonable perception was that by providing for two classes of tenure the Legislature had deliberately, in the case of one category of judges, reserved to the Executive the right to terminate the holding of office without the necessity of any particular jurisdiction and without any inhibition or restraint arising from perceived tradition.

judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11d) de la *Charte*, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux. Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11d), doivent avoir un lien raisonnable avec cet éventail de dispositions législatives et constitutionnelles qui au Canada régissent les questions touchant à l'indépendance judiciaire des tribunaux qui jugent les personnes accusées d'une infraction. C'est l'essence de la garantie fournie par les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire qu'il convient d'appliquer en vertu de l'al. 11d) de la *Charte*, et non pas quelque formule législative ou constitutionnelle particulière qui peut l'offrir ou l'assurer. L'alinéa 11d) ne peut pas être interprété et appliqué de manière à conférer aux juges de cour provinciale les mêmes garanties constitutionnelles d'inamovibilité et de sécurité de traitement et de pension que les juges des cours supérieures, parce qu'une telle interprétation aurait pour effet de modifier les dispositions de la Constitution relatives à la magistrature. La norme de l'indépendance judiciaire ne peut être l'uniformité des dispositions, mais doit plutôt refléter ce qui est commun aux diverses conceptions des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire au Canada.

L'inamovibilité, de par son importance traditionnelle, est la première des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*. Les conditions essentielles de l'inamovibilité sont que le juge ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé, et que ce motif fasse l'objet d'un examen indépendant et d'une décision selon une procédure qui offre au juge visé la possibilité pleine et entière de se faire entendre. 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.

Nonobstant l'importance de la tradition comme condition objective tendant à assurer l'indépendance de fait d'un tribunal, un juge de cour provinciale qui a occupé sa charge à titre amovible en vertu d'une nouvelle nomination après l'âge de la retraite, avant la modification apportée en 1983 au par. 5(4) de la *Loi sur les cours provinciales*, ne constituait pas un tribunal indépendant. Il est raisonnable de croire qu'en prévoyant deux genres de charge le corps législatif a délibérément, dans le cas d'une catégorie de juges, réservé à l'exécutif le droit de mettre fin à une charge, sans qu'aucune justification particulière ne soit nécessaire et sans aucune inhibition ou restriction imposée par une certaine perception de la tradition.

The Provincial Court Judge who declined jurisdiction did not hold office under a post-retirement reappointment. The fact that certain judges may have held office during pleasure at that time could not impair or destroy the independence of the Provincial Court (Criminal Division) as a whole. The objection would have to be taken to the status of the particular judge constituting the tribunal.

The second essential condition of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter* is financial security—security of salary or other remuneration, and, where appropriate, security of pension. The essence of such security is that the right to salary and pension should be established by law and not be subject to arbitrary interference by the Executive in a manner that could affect judicial independence. In the case of pension, the essential distinction is between a right to pension and a pension that depends on the grace or favour of the Executive. Although it may be theoretically preferable that judicial salaries should be fixed by the legislature rather than the executive government and should be made a charge on the consolidated revenue fund rather than requiring annual appropriation, neither of these features should be regarded as essential to the financial security that may be reasonably perceived as sufficient for independence under s. 11(d) of the *Charter*. The right to salary of a provincial court judge is established by law, and there is no way in which the Executive could interfere with that right in a manner to affect the independence of the individual judge. It is impossible that the legislature would refuse to vote the annual appropriation in order to attempt to exercise some control or influence over a class of judges as a whole. The fact that the provisions respecting the pensions and other benefits of civil servants were made applicable to provincial court judges did not impair the independence of the latter. The provisions established a right to pension and other benefits which could not be interfered with by the Executive on a discretionary or arbitrary basis.

The third essential condition of judicial independence is the institutional independence of the tribunal with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of its judicial function. Judicial control over such matters as assignment of judges, sittings of the court and court lists has been considered the essential or minimum requirement for institutional independence. Although an increased measure of administrative autonomy or independence for the courts may be desir-

Le juge de la cour provinciale qui s'est récusé n'occupait pas sa charge en vertu d'une nouvelle nomination postérieure à sa retraite. Le fait qu'à l'époque certains juges aient pu occuper leur charge à titre amovible ne saurait altérer ni détruire l'indépendance de la Cour provinciale (Division criminelle) dans son ensemble. L'objection aurait dû viser le statut du juge particulier qui constituait le tribunal saisi.

La deuxième condition essentielle de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte* est la sécurité financière, c'est-à-dire un traitement ou autre rémunération assurés et, le cas échéant, une pension assurée. Cette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire. Dans le cas de la pension, la distinction essentielle est entre un droit à une pension et une pension qui dépend du bon vouloir ou des bonnes grâces de l'exécutif. Bien qu'il puisse être théoriquement préférable que les traitements des juges soient fixés par le corps législatif, plutôt que par le pouvoir exécutif, et qu'ils grèvent le fonds du revenu consolidé, plutôt que d'exiger une affectation de crédit annuelle, ni l'une ni l'autre de ces caractéristiques ne doit être considérée comme essentielle à la sécurité financière qui peut être raisonnablement perçue comme suffisante pour assurer l'indépendance aux termes de l'al. 11d) de la *Charte*. Le droit d'un juge de cour provinciale à un traitement est prévu par la loi et l'exécutif ne peut d'aucune manière empiéter sur ce droit de façon à affecter l'indépendance du juge pris individuellement. Il est impossible que le corps législatif refuse de voter l'affectation de crédit annuelle dans le but de tenter d'exercer un contrôle ou d'influer sur une catégorie de juges dans son ensemble. Le fait que les dispositions relatives aux pensions et aux autres avantages offerts aux fonctionnaires ont été rendues applicables aux juges de cour provinciale ne porte pas atteinte à l'indépendance de ces derniers. Ces dispositions créent un droit à une pension et à d'autres avantages qui ne peut faire l'objet d'une atteinte discrétionnaire ou arbitraire de l'exécutif.

La troisième condition essentielle de l'indépendance judiciaire est l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de ses fonctions judiciaires. Le contrôle des juges sur des questions comme l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour et le rôle de la cour est considéré comme essentiel ou comme une exigence minimale de l'indépendance institutionnelle. Même si une plus grande autonomie ou

able it cannot be regarded as essential for purposes of s. 11(d) of the *Charter*.

While it may be desirable that discretionary benefits or advantages such as leave of absence with pay and permission to engage in extra-judicial employment, to the extent they should exist at all, should be under the control of the judiciary rather than the Executive, their control by the Executive does not touch one of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*. It would not, moreover, be reasonable to apprehend that a provincial court judge would be influenced by the possible desire for one of these benefits or advantages to be less than independent in his or her adjudication.

Cases Cited

MacKay v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 370, considered; *Re Evans and Milton* (1979), 46 C.C.C. (2d) 129; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Act of Settlement, 12 & 13 Will. 3, c. 2.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(f).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Constitution Act, 1867, ss. 99(1), (2), 100.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Courts of Justice Act, 1984, 1984 (Ont.), c. 11, ss. 53(1), (2), 54(4), 56(1), 87(1), 88.
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 6.
Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, s. 83.
Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1, ss. 33(1), 40, 41.
Provincial Courts Act, R.S.O. 1980, c. 398, ss. 2, 5(4), 12(1), (2), 34(1).
Provincial Courts Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 18, s. 1.
Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), c. 78, s. 2(2).
Provincial Offences Act, R.S.O. 1980, c. 400, ss. 99, 114.
Public Service Act, R.S.O. 1980, c. 418.
Public Service Superannuation Act, R.S.O. 1980, c. 419, s. 26.
O. Reg. 332/84, s. 32(3).
R.R.O. 1980, Reg. 811, ss. 2, 4, 5, 7.
R.R.O. 1980, Reg. 881, ss. 7, 75, 76.

Authors Cited

Canadian Bar Association. Special Committee on the Independence of the Judiciary in Canada. Report.

indépendance administrative des tribunaux peut être souhaitable, elle ne saurait être considérée comme essentielle pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*.

Il est peut-être souhaitable que des bénéfiques ou avantages discrétionnaires comme les congés payés et l'autorisation de s'adonner à des activités extrajudiciaires, dans la mesure où il devrait y en avoir, soient contrôlés par le pouvoir judiciaire plutôt que par l'exécutif. Toutefois, leur contrôle par l'exécutif ne touche pas à l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*. De plus, il ne serait pas raisonnable de craindre qu'un juge de cour provinciale, influencé par l'éventuel désir d'obtenir l'un de ces bénéfiques ou avantages soit loin d'être indépendant au moment de rendre jugement.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; arrêts mentionnés: *Re Evans and Milton* (1979), 46 C.C.C. (2d) 129; *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369.

Lois et règlements cités

Acte d'établissement, 12 & 13 Will. 3, chap. 2.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).
Code de la route, S.R.O. 1970, chap. 202, art. 83.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 6.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 2f).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 99(1), (2), 100.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi de 1983 modifiant la Loi sur les cours provinciales, 1983 (Ont.), chap. 18, art. 1.
Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, 1984 (Ont.), chap. 11, art. 53(1), (2), 54(4), 56(1), 87(1), 88.
Loi sur la fonction publique, L.R.O. 1980, chap. 418.
Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires, L.R.O. 1980, chap. 419, art. 26.
Loi sur les cours provinciales, L.R.O. 1980, chap. 398, art. 2, 5(4), 12(1), (2), 34(1).
Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1980, chap. 400, art. 99, 114.
Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1, art. 33(1), 40, 41.
Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.), chap. 78, art. 2(2).
O. Reg. 332/84, art. 32(3).
R.R.O. 1980, Reg. 811, art. 2, 4, 5, 7.
R.R.O. 1980, Reg. 881, art. 7, 75, 76.

Doctrine citée

Association du Barreau canadien. Comité spécial sur l'indépendance de la magistrature au Canada. Rap-

- The Independence of the Judiciary in Canada*, Ottawa, Canadian Bar Foundation, 1985.
- Denning, Sir Alfred. *The Road to Justice*, London, Stevens & Sons Ltd., 1955.
- Deschênes, Jules, in collaboration with Carl Baar. *Masters in their own house*, Ottawa, Canadian Judicial Council, 1981.
- Dickson, Brian. "The Rule of Law: Judicial Independence and the Separation of Powers," Address to the Canadian Bar Association, Halifax, August 21, 1985, unpublished manuscript, The Library, Supreme Court of Canada, Ottawa.
- Fawcett, J. E. S. *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1969.
- Green, Sir Guy. "The Rationale and Some Aspects of Judicial Independence" (1985), 59 *A.L.J.* 135, 135-150.
- Laskin, Bora. "Some Observations on Judicial Independence," Address to the Canadian Association of Provincial Court Judges, New Judges Programme, Ottawa, November 1, 1980, unpublished manuscript, The Library, Supreme Court of Canada, Ottawa.
- Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 769-809, 1139-1179.
- Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" in *The Canadian Judiciary*, ed. A. M. Linden, Toronto, Osgoode Hall Law School, York University, 1976.
- Shetreet, S. *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam, North-Holland Publishing Co., 1976.
- Shetreet, S. "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" in *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, eds. S. Shetreet and J. Deschênes, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- Shetreet, S. and J. Deschênes, eds. *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- Universal Declaration on the Independence of Justice, adopted by the First World Conference on the Independence of Justice, Montreal, June 1983, in S. Shetreet and J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- port. *L'Indépendance de la magistrature au Canada*, Ottawa, Fondation du Barreau canadien, 1985.
- Denning, Sir Alfred. *The Road to Justice*, London Stevens & Sons Ltd., 1955.
- Déclaration universelle sur l'Indépendance de la Justice, adoptée par la Conférence mondiale sur l'Indépendance de la Justice, Montréal, juin 1983, dans S. Shetreet et J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- Deschênes, Jules, en collaboration avec Carl Baar. *Maîtres chez eux*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1981.
- Dickson, Brian. «The Rule of Law: Judicial Independence and the Separation of Powers,» Address to the Canadian Bar Association, Halifax, August 21, 1985, unpublished manuscript, The Library, Supreme Court of Canada, Ottawa.
- Fawcett, J. E. S. *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1969.
- Green, Sir Guy. «The Rationale and Some Aspects of Judicial Independence» (1985), 59 *A.L.J.* 135, 135-150.
- Laskin, Bora. «Some Observations on Judicial Independence,» Address to the Canadian Association of Provincial Court Judges, New Judges Programme, Ottawa, November 1, 1980, unpublished manuscript, The Library, Supreme Court of Canada, Ottawa.
- Lederman, W. R. «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.* 769, 769-809, 1139-1179.
- Lederman, W. R. «The Independence of the Judiciary» in *The Canadian Judiciary*, ed. A. M. Linden, Toronto, Osgoode Hall Law School, York University, 1976.
- Shetreet, S. *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam, North-Holland Publishing Co., 1976.
- Shetreet, S. «Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges,» in *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, eds. S. Shetreet and J. Deschênes, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- Shetreet, S. and J. Deschênes, eds. *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 2 C.C.C. (3d) 417, allowing an appeal from a judgment of Sharpe Prov. Ct. J. declining jurisdiction to hear the Crown's appeal as to sentence on appellant's conviction. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 2 C.C.C. (3d) 417, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Sharpe de la Cour provinciale qui avait décliné compétence pour entendre un appel de Sa Majesté relativement à la peine infligée à l'appellant suite à sa déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

B. A. Crane, Q.C., and *R. Noel Bates*, for the appellant.

W. G. Blacklock, for the respondent.

Derek Ayles, Q.C., and *Graham Garton*, for the interveners the Attorney General of Canada.

Réal A. Forest and *Angeline Thibault*, for the interveners the Attorney General of Quebec.

James C. MacPherson, for the interveners the Attorney General for Saskatchewan.

Morris Manning, Q.C., for the interveners the Provincial Court Judges Association (Criminal Division) and Ontario Family Court Judges Association.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—The general question raised by this appeal is what is meant by an independent tribunal in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which provides:

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;

The specific issue in the appeal is whether a provincial judge sitting as the Provincial Court (Criminal Division) in Ontario in December 1982 was an independent tribunal within the meaning of s. 11(d).

I

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Ontario Court of Appeal on February 15, 1983, allowing an appeal from the judgment on December 16, 1982 of Sharpe J. of the Provincial Court (Criminal Division) for the Judicial District of Halton, who, sitting on the Crown's appeal, pursuant to s. 99 of the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1980, c. 400, against the sentence imposed on the appellant following his conviction of the offence of careless driving contrary to s. 83 of *The Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202, declined jurisdiction to hear the

B. A. Crane, c.r., et *R. Noel Bates*, pour l'appellant.

W. G. Blacklock, pour l'intimée.

Derek Ayles, c.r., et *Graham Garton*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Réal A. Forest et *Angeline Thibault*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

James C. MacPherson, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Morris Manning, c.r., pour les intervenants l'Association des juges des Cours provinciales (Division criminelle) et Ontario Family Court Judges Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN — La question générale que soulève ce pourvoi est de savoir ce qu'on entend par tribunal indépendant à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, lequel porte:

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;

Le point précis en litige dans ce pourvoi est de savoir si un juge siégeant en Cour provinciale (Division criminelle) de l'Ontario, en décembre 1982, constituait un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d).

I

On se pourvoit, avec l'autorisation de cette Cour, contre l'arrêt rendu le 15 février 1983 par la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli l'appel du jugement rendu le 16 décembre 1982 par le juge Sharpe de la Cour provinciale (Division criminelle) du district judiciaire de Halton qui, dans l'appel formé par Sa Majesté conformément à l'art. 99 de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1980, chap. 400, contre la peine infligée à l'appellant, reconnu coupable de l'infraction de conduite imprudente décrite à l'art. 83 du *Code de la route*, S.R.O. 1970, chap. 202, a décliné compé-

appeal pending determination by a superior court whether the Provincial Court (Criminal Division) was an independent tribunal.

On the challenge before Sharpe J. to the independence of the Provincial Court (Criminal Division) counsel for the appellant advanced a number of reasons why in his submission the Court, because of the status of its judges as reflected in the provisions of the *Provincial Courts Act*, R.S.O. 1980, c. 398, the *Public Service Act*, R.S.O. 1980, c. 418, and the *Public Service Superannuation Act*, R.S.O. 1980, c. 419, as well as regulations made thereunder, was not one which satisfied the requirement of s. 11(d) of the *Charter*. These reasons, as summarized by Sharpe J. under the heading "Perceptions of Dependence" and set out in the reasons for judgment of the Ontario Court of Appeal, are as follows:

1. In that the salaries of the provincial judges are determined by the executive branch of the government without the benefit of the scrutiny of the legislature.

2. The judicial salaries are *not a charge* on the consolidated revenue fund, but are subject to annual appropriation.

3. Neither is there a pension charged on the consolidated revenue fund.

4. Nor is there any judicial pension other than one provided for under the *Public Service Superannuation Act*, and this notwithstanding s. 34 of the *Provincial Courts Act*.

5. Both the Act and the regulations provide for control of the judge and could be used to influence a judge or to apply real or perceived pressure to judges generally. Some of the sections that are capable of destroying the appearance of independence are as follows:

6. A judge may be appointed to sit during pleasure — s. 5(4) of the *Provincial Courts Act*. Moreover, any provincial court judge appointed after attaining the age of fifty-five years cannot receive any pension under the *Public Service Superannuation Act* unless the Cabinet reappoints him during pleasure after he reaches retirement age for a sufficient duration that he attains his minimum years of service to qualify for pension. Under the *Judges Act*, it is the *Judge* who chooses whether to retire. Can a provincial court judge under such a disabil-

tence pour entendre l'appel, tant qu'une cour supérieure n'aurait pas déterminé si la Cour provinciale (Division criminelle) était un tribunal indépendant.

^a Contestant devant le juge Sharpe l'indépendance de la Cour provinciale (Division criminelle), l'avocat de l'appelant a soumis un certain nombre de raisons pour lesquelles, selon lui, la cour, de par le statut de ses juges qui ressort des dispositions de la *Loi sur les cours provinciales*, L.R.O. 1980, chap. 398, la *Loi sur la fonction publique*, L.R.O. 1980, chap. 418, et la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.O. 1980, chap. 419, ainsi que de leurs règlements d'application, ne satisfait pas à l'exigence de l'al. 11d) de la *Charte*. Voici ces raisons, résumées par le juge Sharpe, sous le titre [TRADUCTION] «Perceptions de dépendance», et exposées dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario:

[TRADUCTION] 1. En ce que les traitements des juges de cour provinciale sont fixés par l'organe exécutif du gouvernement, sans droit de regard de l'assemblée législative.

2. Les traitements des juges *ne sont pas une charge* grevant le fonds du revenu consolidé, mais dépendent d'une affectation annuelle de crédit.

^f 3. Aucune pension ne grève non plus le fonds du revenu consolidé.

4. Il n'existe d'ailleurs aucune autre pension pour les juges que celle que prévoit la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, et ce, malgré l'art. 34 de la *Loi sur les cours provinciales*.

5. Tant la Loi que la réglementation prévoient le contrôle du juge et pourraient être utilisées pour influencer un juge ou pour faire pression sur les juges en général, ou être perçues comme telles. Voici certains articles susceptibles de détruire toute apparence d'indépendance:

^h 6. Un juge peut être nommé à titre amovible — par s. 5(4) de la *Loi sur les cours provinciales*. De plus, tout juge de cour provinciale nommé après qu'il a atteint l'âge de cinquante-cinq ans ne peut toucher une pension en vertu de la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, à moins que le Cabinet ne le nomme à nouveau, à titre amovible, lorsqu'il atteint l'âge de la retraite, pour une période suffisamment longue pour lui permettre de cumuler le nombre minimum d'années de service requis pour avoir droit à une pension. Aux termes de la *Loi sur*

ity be seen to be independent in a cause involving the Attorney General?

7. The Attorney General can appoint senior judges at greater pay than ordinary judges.

8. The executive branch can authorize judges to engage in any business, trade or occupation.

9. The Attorney General may authorize certain judges to do arbitrations, be conciliators, be a member of a police commission for which additional remuneration is received.

10. The executive branch purports to be able to appoint a rules committee composed of persons not necessarily judges for rules under the *Criminal Code*.

11. The executive branch has the power to make regulations for the inspection and destruction of judges' books, documents and papers (s. 34(1)(b) of the *Provincial Courts Act*).

12. In the regulations, the Attorney General can grant leave of absence for up to three years and the executive branch can grant it with pay.

13. This last mentioned regulation incorporates regulation 881 wherein judges are referred to as civil servants.

14. The judge has the same sick leave as a civil servant and his salary is reduced in the same manner as a civil servant when sick.

15. The Deputy Attorney General can require the judge to attend for medical examinations and to supply doctors' certificates.

16. A Deputy Attorney General can grant a judge a leave of absence for up to a year for employment with the Government of Canada or other public agency. A provincial judge in Ontario has been made a Deputy Minister while retaining his position as a judge, a matter deplored by Chief Justice Bora Laskin of the Supreme Court of Canada.

17. The judge receives the same financial benefits as the other civil servants as set out in s. 77, namely: (a) a basic life insurance plan, (b) a dependent's life insurance plan, (c) a long-term income protection plan, (d) a supplementary insurance plan, (e) a dental insurance plan. Some of these plans are paid for by the Government and all affect the financial status of the judge.

les juges, c'est le juge qui choisit ou non de prendre sa retraite. Un juge de cour provinciale assujéti à une telle incapacité peut-il être perçu comme indépendant dans une affaire impliquant le procureur général?

a 7. Le procureur général peut nommer des juges principaux dont le traitement est supérieur à celui des juges ordinaires.

b 8. Le pouvoir exécutif peut autoriser les juges à exercer tout commerce, métier ou occupation.

9. Le procureur général peut autoriser certains juges à agir à titre d'arbitres, de conciliateurs ou de membres d'une commission de police, auxquels cas ils reçoivent une rémunération supplémentaire.

c 10. Le pouvoir exécutif est apparemment en mesure de nommer un comité des règles de pratique, auquel ne siègent pas uniquement des juges, pour l'adoption de règles de pratique en vertu du *Code criminel*.

d 11. Le pouvoir exécutif peut établir des règlements portant sur l'inspection et la destruction des livres, documents et écrits des juges (al. 34(1)b) de la *Loi sur les cours provinciales*).

e 12. Suivant le règlement, le procureur général peut accorder un congé, pouvant aller jusqu'à trois ans, et le pouvoir exécutif peut l'accorder avec traitement.

13. Le dernier règlement mentionné incorpore le règlement 881 où l'on parle des juges comme étant des fonctionnaires.

f 14. Le juge a droit aux mêmes congés de maladie qu'un fonctionnaire et son traitement est réduit de la même manière qu'un fonctionnaire en cas de maladie.

g 15. Le sous-procureur général peut exiger d'un juge qu'il subisse des examens médicaux et fournisse des certificats médicaux.

h 16. Un sous-procureur général peut accorder à un juge un congé, pouvant aller jusqu'à un an, pour lui permettre de travailler pour le gouvernement du Canada ou un autre organisme public. Un juge de cour provinciale en Ontario a été nommé sous-ministre tout en conservant sa charge de juge, ce qu'a déploré le juge en chef Bora Laskin de la Cour suprême du Canada.

i 17. Le juge reçoit les mêmes bénéfices d'ordre financier que les autres fonctionnaires, comme l'indique l'art. 77, savoir: a) un plan d'assurance-vie de base, b) un plan d'assurance-vie pour les personnes à charge, c) un plan de protection de revenu garanti, d) un plan d'assurance supplémentaire, e) un plan d'assurance dentaire. Certains de ces plans sont payés par le gouvernement et tous influent sur la situation financière du juge.

18. The *Provincial Courts Act* provides for a procedure to remove a judge after an inquiry but it does not require a vote in the legislature as there is with a supreme court judge. The *Public Service Act* has a regulation under section [sic] 12 and 13 which includes a provincial court judge. The significance of this is that a provincial judge can be classified as a Crown employee and therefore under some direction by the executive branch of the government and there may be other Acts which have regulations that affect the provincial judges.

Counsel for the appellant submitted before Sharpe J. that since the Provincial Court (Criminal Division) was not an independent tribunal within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*, s. 99 of the *Provincial Offences Act*, which conferred the right of appeal to the Court from the sentence imposed on the appellant, was of no force or effect by operation of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

After consideration of the submissions in support of the contention that the Provincial Court (Criminal Division) was not an independent tribunal, Sharpe J. took the position that he was disqualified by interest from determining the question of independence, and he declined jurisdiction in order that the question be determined by a superior court.

Leave to appeal to the Ontario Court of Appeal was granted on the basis that Sharpe J.'s decision that he was disqualified from determining the question of jurisdiction was a judgment from which an appeal lay under s. 114 of the *Provincial Offences Act*. At the hearing of the appeal the Court of Appeal ruled that the appeal should proceed on the basis that Sharpe J. had in effect decided that as a matter of law the Provincial Court (Criminal Division) as an institution was not independent.

The unanimous judgment of the five-member Court of Appeal (Howland C.J.O., MacKinnon A.C.J.O., Dubin, Martin and Weatherston J.J.A.),

18. La *Loi sur les cours provinciales* établit une procédure de révocation d'un juge, après enquête, mais elle n'exige pas un vote de l'assemblée législative comme c'est le cas pour un juge de cour suprême. Un règlement d'application des art. 12 et 13 de la *Loi sur la fonction publique* inclut le juge de cour provinciale. Ce qui signifie qu'un juge de cour provinciale peut être classé comme employé de l'État et donc être assujéti jusqu'à un certain point aux directives de l'organe exécutif du gouvernement; il se peut qu'il y ait d'autres lois dont les règlements d'application touchent les juges de cour provinciale.

L'avocat de l'appellant a fait valoir devant le juge Sharpe que, puisque la Cour provinciale (Division criminelle) n'était pas un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte*, l'art. 99 de la *Loi sur les infractions provinciales*, qui confère le droit d'en appeler à la cour de la sentence imposée à l'appellant, était inopérant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui porte:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Après examen des arguments soumis à l'appui de la prétention que la Cour provinciale (Division criminelle) n'était pas un tribunal indépendant, le juge Sharpe s'est récusé, s'estimant partie intéressée pour ce qui était de statuer sur la question d'indépendance, et il a décliné compétence afin de laisser une cour supérieure trancher cette question.

L'autorisation d'interjeter appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été accordée pour le motif que la décision du juge Sharpe, qu'il ne pouvait statuer sur la question de compétence, constituait un jugement dont appel pouvait être interjeté en vertu de l'art. 114 de la *Loi sur les infractions provinciales*. À l'audition de l'appel, la Cour d'appel a décidé que l'appel devait être fondé sur le fait que le juge Sharpe avait en réalité décidé qu'aux yeux du droit la Cour provinciale (Division criminelle), en tant qu'institution, n'était pas indépendante.

L'arrêt unanime de la formation de cinq membres de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Howland, le juge en chef adjoint MacKinnon

reported at *R. v. Valente (No. 2)* (1983), 2 C.C.C. (3d) 417, was delivered by Howland C.J.O., who, after a comprehensive consideration of the issues, concluded at p. 444 as follows:

I have reached the conclusion that the concerns raised by the counsel for the respondent neither singly nor collectively would result in a reasonable apprehension that they would impair the ability of Judge Sharpe to make an independent and impartial adjudication. In my opinion, the provincial court in this province is as a matter of law an independent tribunal. Judge Sharpe sitting as a member of the court was independent, and as has been noted earlier, he was impartial. Therefore, the respondent appeared before an independent and impartial tribunal within the Charter.

Accordingly, the appeal is allowed. The purported judgment of Judge Sharpe that the provincial court (criminal division) as an institution is not an independent tribunal is set aside and the matter is remitted to Judge Sharpe to determine whether the sentence imposed was a fit and proper sentence.

On the appeal to this Court the constitutional question was framed as follows:

Is a judge of the Provincial Court (Criminal Division) of Ontario, appointed pursuant to the provisions of the *Provincial Courts Act*, R.S.O. 1980, c. 398, an independent and impartial tribunal within the meaning of the *Constitution Act, 1982*?

Although the decision of Sharpe J. was treated as a judgment that the Provincial Court (Criminal Division) as an institution was not an independent tribunal and it was that judgment that was found by the Court of Appeal to be in error and was set aside, the Court of Appeal, as the conclusions in its reasons for judgment indicate, necessarily had to consider the independence of Sharpe J. The tribunal, for purposes of s. 11(d) of the *Charter*, was Sharpe J. sitting as the Provincial Court (Criminal Division) for the Judicial District of Halton. The independence of Sharpe J. for purposes of the issue in the appeal is to be determined with reference to the relevant statutory provisions and regulations that were in force at the time he declined jurisdiction on December 16, 1982. Subsequent changes in the law governing the Provincial Court (Criminal Division) and its judges are relevant to the question of the continuing inde-

et les juges Dubin, Martin et Weatherston), publié à *R. v. Valente (No. 2)* (1983), 2 C.C.C. (3d) 417, a été rendu par le juge en chef Howland qui, après un examen approfondi des points litigieux, conclut ceci à la p. 444:

[TRADUCTION] Je suis arrivé à la conclusion que les préoccupations des avocats de l'intimé, ni individuellement ni collectivement, ne permettent pas raisonnablement de craindre qu'il y ait atteinte à la capacité du juge Sharpe de statuer en toute indépendance et impartialité. À mon avis, la Cour provinciale de notre province est, aux yeux du droit, un tribunal indépendant. Le juge Sharpe, siégeant comme membre de la cour, était indépendant et, comme on l'a déjà dit, impartial. Donc l'intimé a comparu devant un tribunal indépendant et impartial au sens de la Charte.

En conséquence, l'appel est accueilli. Le prétendu jugement du juge Sharpe, portant que la Cour provinciale (Division criminelle), en tant qu'institution, n'est pas un tribunal indépendant, est annulé et l'affaire lui est renvoyée pour qu'il statue sur la régularité et l'à-propos de la peine infligée.

Dans le pourvoi devant cette Cour, la question constitutionnelle a été formulée ainsi:

Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) de l'Ontario, nommé conformément aux dispositions de la *Loi sur les cours provinciales* L.R.O. 1980, chap. 398, constitue-t-il un tribunal indépendant et impartial au sens de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Bien que la décision du juge Sharpe ait été considérée comme un jugement portant que la Cour provinciale (Division criminelle), en tant qu'institution, n'était pas un tribunal indépendant et que ce soit ce jugement que la Cour d'appel a jugé erroné et a annulé, la Cour d'appel, comme l'indiquent les conclusions de ses motifs de jugement, devait nécessairement examiner si le juge Sharpe lui-même était indépendant. Le tribunal, pour les fins de l'al. 11(d) de la *Charte*, était le juge Sharpe siégeant en Cour provinciale (Division criminelle) du district judiciaire de Halton. L'indépendance du juge Sharpe pour les fins du pourvoi doit être établie en fonction des dispositions législatives et réglementaires pertinentes en vigueur au moment où il a décliné compétence, le 16 décembre 1982. Les changements subséquents apportés au droit régissant la Cour provinciale (Division criminelle) et ses juges sont pertinents en ce qui

pendence of the tribunal to which the matter must be remitted for determination of this Court agrees with the Court of Appeal that Sharpe J. sitting as the Provincial Court (Criminal Division) was an independent tribunal when he declined jurisdiction.

II

The first question in the appeal is whether the Court of Appeal adopted the proper test for determining whether a tribunal is independent within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*. The test applied was the one for reasonable apprehension of bias, adapted to the requirement of independence. Noting that in *Re Evans and Milton* (1979), 46 C.C.C. (2d) 129, a case involving a question of bias, the Ontario Court of Appeal has adopted the test for reasonable apprehension of bias expressed by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, Howland C.J.O. held that this was the proper test to be applied in determining whether a tribunal is an independent tribunal.

The test for reasonable apprehension of bias was put by de Grandpré J. at p. 394 as follows:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — concluded . . ."

As adapted to the requirement of an independent tribunal and to the issues in the appeal the test was stated by Howland C.J.O., at pp. 439-40 as follows:

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. In answering

concerne la question de l'indépendance permanente du tribunal auquel l'affaire doit être renvoyée si cette Cour est d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge Sharpe, siégeant en Cour provinciale (Division criminelle), constituait un tribunal indépendant lorsqu'il a décliné compétence.

II

La première question qui se pose dans ce pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a adopté le bon critère pour déterminer si un tribunal est indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte*. Le critère appliqué a été celui de la crainte raisonnable de partialité, adapté à l'exigence d'indépendance. Faisant remarquer que dans l'affaire *Re Evans and Milton* (1979), 46 C.C.C. (2d) 129, où il était question de partialité, la Cour d'appel d'Ontario a adopté le critère de la crainte raisonnable de partialité formulé par le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, le juge en chef Howland de l'Ontario a jugé que c'était là le critère qu'il fallait appliquer pour décider si un tribunal est un tribunal indépendant.

Le critère de la crainte raisonnable de partialité est énoncé ainsi par le juge de Grandpré, à la p. 394:

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. . .»

L'adaptant à l'exigence d'un tribunal indépendant et aux questions en litige dans cet appel, le juge en chef Howland énonce ainsi le critère aux pp. 439 et 440:

[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

this question it is necessary to review once again the specific concerns which were raised before Judge Sharpe and then conclude whether singly or collectively they would raise a reasonable apprehension that the tribunal was not independent and impartial so far as its adjudication was concerned.

In his reasons for judgment, Howland C.J.O. generally referred, as does the constitutional question, to the double requirement of an "independent and impartial tribunal". He made it clear, however, at one point in his reasons that there was no question of Sharpe J.'s impartiality, and that the sole issue was whether he, as a judge of the Provincial Court (Criminal Division), was an independent tribunal within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*. On this point he said at p. 423:

It will be noted that both the *Charter* and the *Bill of Rights* refer to an "independent and impartial tribunal". In this appeal the Court is only concerned with the independence of the tribunal and not with its impartiality or freedom from bias except in so far as it affects that independence. There was no suggestion that Judge Sharpe was in any way biased, and therefore not impartial. A judge may be impartial in the sense that he has no preconceived ideas or bias, actual or perceived, without necessarily being independent.

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.

impartialité. Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner une fois de plus les préoccupations spécifiques exprimées devant le juge Sharpe, puis de décider si, prises individuellement ou collectivement, elles soulèvent une crainte raisonnable que le tribunal n'ait pas été indépendant et impartial pour rendre jugement.

Dans ses motifs de jugement, le juge en chef Howland mentionne, comme le fait la question constitutionnelle, la double exigence d'un «tribunal indépendant et impartial». Cependant, il dit clairement, en un point de ses motifs, que l'impartialité du juge Sharpe n'est pas en cause et que la seule question qui se pose est de savoir si, en tant que juge de la Cour provinciale (Division criminelle), il constituait un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte*. Sur ce point, il affirme à la p. 423:

[TRANSDUCTION] On notera que la *Charte*, tout comme la *Déclaration des droits*, parle d'un «tribunal indépendant et impartial». Dans le présent appel, la cour n'a à se préoccuper que de l'indépendance du tribunal et non de son impartialité, ou du fait qu'il soit exempt de toute partialité dans la mesure où cela influe sur cette indépendance. On n'a pas prétendu que le juge Sharpe avait un préjugé quelconque et qu'il n'était donc pas impartial. Un juge peut être impartial, en ce sens qu'il n'a aucun préjugé ou idée préconçue, réels ou apparents, sans nécessairement être indépendant.

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.

Fawcett, in *The Application of the European Convention on Human Rights* (1969), p. 156, commenting on the requirement of an "independent and impartial tribunal established by law" in article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, puts the distinction between independence and impartiality as follows:

The often fine distinction between independence and impartiality turns mainly, it seems, on that between the status of the tribunal determinable largely by objective tests and the subjective attitudes of its members, lay or legal. Independence is primarily freedom from control by, or subordination to, the executive power in the State; impartiality is rather absence in the members of the tribunal of personal interest in the issues to be determined by it, or some form of prejudice.

The scope of the necessary status or relationship of independence has been variously defined. For example, Shetreet, in *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary* (1976), emphasizes in the following passage at pp. 17-18 the importance of freedom from the influence of certain powerful non-governmental interests:

Independence of the judiciary has normally been thought of as freedom from interference by the Executive or Legislature in the exercise of the judicial function. This, for example, was the conception expressed by the International Congress of Jurists at New Delhi in 1959 (*The Rule of Law in a Free Society*, 11 (Report of the International Congress of Jurists, New Delhi, 1959, prepared by N. S. Marsh)) and arises from the fact that historically the independence of the judiciary was endangered by parliaments and monarchs. In modern times, with the steady growth of the corporate giants, it is of utmost importance that the independence of the judiciary from business or corporate interests should also be secured (*Accord G. Borrie, Judicial Conflicts of Interest in Britain*, 18 Am. J. Comp. L. 697 (1970)). In short, independence of the judiciary implies not only that a judge should be free from governmental and political pressure and political entanglements but also that he should be removed from financial or business entanglements likely to affect, or rather to seem to affect, him in the exercise of his judicial functions.

À la page 156 de son ouvrage intitulé *The Application of the European Convention on Human Rights* (1969), Fawcett parle de l'exigence d'un «tribunal indépendant et impartial, établi par la loi» que l'on trouve à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et fait la distinction suivante entre l'indépendance et l'impartialité:

[TRADUCTION] La distinction souvent tenue entre l'indépendance et l'impartialité tient principalement, semble-t-il, à celle entre le statut du tribunal, qui peut être déterminé en grande partie en fonction de critères objectifs, et les attitudes subjectives de ses membres, juristes ou non. L'indépendance consiste avant tout à échapper au contrôle du pouvoir exécutif de l'État, ou à une subordination à celui-ci; l'impartialité, c'est plutôt l'absence chez les membres du tribunal d'intérêts personnels dans les questions sur lesquelles il doit statuer ou d'une forme quelconque de préjugé.

L'étendue du statut ou de la relation d'indépendance nécessaires a été définie de diverses manières. Par exemple, dans *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary* (1976), Shetreet souligne dans le passage suivant, aux pp. 17 et 18, l'importance d'être à l'abri de l'influence de certains intérêts puissants non gouvernementaux:

[TRADUCTION] L'indépendance du pouvoir judiciaire est normalement conçue comme le fait d'être à l'abri de toute intervention du pouvoir exécutif ou du corps législatif dans l'exercice des fonctions judiciaires. C'était là par exemple la conception du Congrès international de juristes qui s'est tenu à New Delhi, en 1959 (*Le principe de la légalité dans une société libre*, 11 (Rapport des travaux du Congrès international de juristes tenu à New Delhi, 1959, rédigé par N. S. Marsh)); elle découle du fait qu'historiquement l'indépendance du pouvoir judiciaire était menacée par les parlements et les monarches. De nos jours, avec la croissance incessante de sociétés géantes, il est de la plus grande importance d'assurer aussi l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis des intérêts d'entreprises ou de sociétés (*Accord G. Borrie, Judicial Conflicts of Interest in Britain*, 18 Am. J. Comp. L. 697 (1970)). En bref, l'indépendance du pouvoir judiciaire implique non seulement qu'un juge doit être à l'abri des pressions gouvernementales et politiques et des démêlés politiques, mais qu'il doit aussi être tenu à l'écart des démêlés financiers ou d'affaires susceptibles d'influer, ou plutôt de sembler influencer, sur lui dans l'exercice de ses fonctions judiciaires.

The scope of the status or relationship of judicial independence was defined in a very comprehensive manner by Sir Guy Green, Chief Justice of the State of Tasmania, in "The Rationale and Some Aspects of Judicial Independence," (1985), 59 *A.L.J.* 135, at p. 135 as follows:

I thus define judicial independence as the capacity of the courts to perform their constitutional function free from actual or apparent interference by, and to the extent that it is constitutionally possible, free from actual or apparent dependence upon, any persons or institutions, including, in particular, the executive arm of government, over which they do not exercise direct control.

The focus in the appeal, as indicated by the nature of the various objections to the status of provincial court judges, is on the relationship of the judges and the Provincial Court (Criminal Division) to the executive government of Ontario, and in particular to the Ministry of the Attorney General.

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. See Lederman, "The Independence of the Judiciary" in *The Canadian Judiciary* (1976, ed. A. M. Linden), p. 7; and Deschênes, *Masters in their own house* (1981), *passim*, where the notion of institutional independence is referred to as "collective" independence. The objections in the present case to the status of provincial court judges under the legislation and regulations that prevailed at the time Sharpe J. declined jurisdiction raise issues of both individual and institutional independence. 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.

L'étendue du statut ou de la relation d'indépendance judiciaire a été définie de façon très exhaustive par sir Guy Green, juge en chef de l'État de Tasmanie, dans son article intitulé «The Rationale and Some Aspects of Judicial Independence» (1985), 59 *A.L.J.* 135, à la p. 135:

[TRADUCTION] Je définis donc l'indépendance judiciaire comme la capacité des tribunaux d'exercer leurs fonctions constitutionnelles à l'abri de toute intervention réelle ou apparente de la part de toutes personnes ou institutions sur lesquelles ils n'exercent pas un contrôle direct, y compris, notamment, l'organe exécutif du gouvernement, et dans la mesure où cela est constitutionnellement possible en étant exempts de toute dépendance réelle ou apparente vis-à-vis de celles-ci.

On s'est concentré dans ce pourvoi, comme l'indique la nature des diverses objections portant sur le statut des juges de cour provinciale, sur le rapport qu'il y a entre, d'une part, les juges et la Cour provinciale (Division criminelle) et, d'autre part, le pouvoir exécutif ontarien, et en particulier le ministère du Procureur général.

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. Voir Lederman, «The Independence of the Judiciary» dans *The Canadian Judiciary* (1976, ed. A. M. Linden), p. 7, et Deschênes, *Maîtres chez eux* (1981), *passim*, où la notion d'indépendance institutionnelle est appelée indépendance «collective». Les objections en l'espèce concernant le statut que possédaient les juges de cour provinciale, en vertu de la législation et de la réglementation qui prévalaient à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, soulèvent des questions d'indépendance tant individuelle qu'institutionnelle. 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.

In his reasons for judgment Howland C.J.O. referred in various ways to the independence required by s. 11(d) of the *Charter*. In some expressions of the issue he suggested that the question was whether the objections to the status of a provincial court judge gave rise to a reasonable apprehension that the tribunal would not act in an independent manner in the particular adjudication. This is suggested by the words "it could not be reasonably apprehended that the tribunal would not be independent and impartial in its adjudication". This view of the issue would give the word "independent" essentially the same kind of meaning and effect as the word "impartial", as referring to the state of mind or attitude of the tribunal in the actual exercise of its judicial function. In other expressions of the issue, however, Howland C.J.O. referred to the question as being whether the various objections to the status of a provincial court judge gave rise to a reasonable apprehension that the tribunal lacked the capacity to adjudicate in an independent manner. This is suggested by the words "a tribunal which could make an independent and impartial adjudication" in the statement of the test for independence which has been quoted above and by the words "a reasonable apprehension that they would impair the ability of Judge Sharpe to make an independent and impartial adjudication". This I take to be more clearly a reference to the objective status or relationship of judicial independence, which in my opinion is the primary meaning to be given to the word "independent" in s. 11(d). Of course, the concern is ultimately with how a tribunal will actually act in a particular adjudication, and a tribunal that does not act in an independent manner cannot be held to be independent within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*, regardless of its objective status. But a tribunal which lacks the objective status or relationship of independence cannot be held to be independent within the meaning of s. 11(d), regardless of how it may appear to have acted in the particular adjudication. It is the objective status or relationship of judicial 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

Dans ses motifs de jugement, le juge en chef Howland s'est référé de diverses manières à l'indépendance requise par l'al. 11d) de la *Charte*. Dans certaines formulations de la question en litige, il laisse entendre qu'il s'agit de déterminer si les objections au statut d'un juge de cour provinciale laissent raisonnablement craindre que le tribunal n'agira pas d'une manière indépendante dans une espèce particulière. C'est ce que donne à entendre la phrase [TRADUCTION] «on ne pouvait raisonnablement craindre que le tribunal ne serait pas indépendant et impartial pour rendre jugement». Cette conception de la question litigieuse a pour effet de donner au terme «indépendant» essentiellement les mêmes sens et effet que ceux du terme «impartial», comme désignant l'état d'esprit ou l'attitude du tribunal lorsqu'il exerce concrètement ses fonctions judiciaires. Dans d'autres formulations de la question litigieuse cependant, le juge en chef Howland parle de la question comme étant de savoir si les diverses objections au statut de juge de cour provinciale faisaient naître une crainte raisonnable que le tribunal n'ait pas la capacité de statuer d'une manière indépendante. C'est ce que laisse entendre l'expression «un tribunal en mesure de statuer en toute indépendance et impartialité» dans son exposé du critère d'indépendance que j'ai déjà cité, ainsi que la phrase «ne permettent pas raisonnablement de craindre qu'il y ait atteinte à la capacité du juge Sharpe de statuer en toute indépendance et impartialité». Je pense que c'est là plus précisément une référence au statut objectif ou à la relation d'indépendance judiciaire, qui, à mon avis, est le premier sens qu'il faut donner au terme «indépendant» de l'al. 11d). Naturellement, on se préoccupe finalement de la manière dont un tribunal agira concrètement dans une espèce particulière, et un tribunal qui n'agit pas en toute indépendance ne saurait être considéré comme indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte*, quel que soit son statut objectif. Mais un tribunal dépourvu du statut objectif ou de la relation d'indépendance ne peut être considéré comme indépendant aux termes de l'al. 11d), quelle que soit la manière dont il paraît avoir agi dans une espèce particulière. C'est le statut objectif ou la relation d'indépendance judiciaire qui doit fournir l'assurance que le tribunal peut agir d'une manière

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). Before doing that, however, it is necessary to consider the requirement in the test applied by the Court of Appeal that the status or relationship of judicial independence for purposes of s. 11(d) be one which a reasonable, well informed person would perceive as sufficient.

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.

This view of the test for independence is somewhat different from, but not in my opinion necessarily in conflict with, that suggested by the majority of this Court in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, which was relied on to some extent by Howland C.J.O. in his reasons for judgment. In that case the relevant issue, for purposes of this appeal, was whether a Standing Court Martial trying a member of the armed forces for an offence under the criminal law and composed of

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). Avant de ce faire cependant, il est nécessaire d'examiner l'exigence du critère appliqué par la Cour d'appel, portant que le statut ou le rapport d'indépendance judiciaire aux fins de l'al. 11d) doit en être un qu'une personne raisonnable et bien informée percevrait comme suffisant.

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.

Cette conception du critère de l'indépendance diffère quelque peu, quoique à mon avis elle ne soit pas nécessairement incompatible avec elle, de celle proposée par cette Cour à la majorité, dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, sur laquelle s'est appuyé, dans une certaine mesure, le juge en chef Howland dans ses motifs de jugement. Dans cette affaire, la question qui nous intéresse aux fins du présent pourvoi était de savoir si une cour martiale permanente, jugeant un membre des

an officer of the armed forces in the Judge Advocate General's branch was an independent tribunal within the meaning of s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*, which provides:

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 majority held that the fact the president of the Standing Court Martial was an officer of the armed forces did not prevent the tribunal from being an independent tribunal within the meaning of s. 2(f). In the reasons for judgment of Ritchie J., with whom Martland, Pigeon, Beetz and Chouinard JJ. concurred, there is a suggestion that the issue of independence was viewed as being whether the tribunal had in fact acted in an independent manner. Ritchie J. referred to the evidence and said at p. 395:

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

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

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

forces armées pour une infraction de droit criminel et composée d'un officier des forces armées relevant de la Direction du juge-avocat général, constituait un tribunal indépendant au sens de l'al. 2f) a de la *Déclaration canadienne des droits*, qui porte:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas b 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 . . . d

La Cour à la majorité a jugé que même si le président de la Cour martiale permanente était un officier des forces armées, cela n'empêchait pas ce tribunal d'être un tribunal indépendant au sens de l'al. 2f). Dans les motifs de jugement du juge Ritchie, auxquels ont souscrit les juges Martland, f Pigeon, Beetz et Chouinard, on laisse entendre que la question de l'indépendance a été considérée comme s'il s'était agi de savoir si le tribunal avait en fait agi d'une manière indépendante. Le juge Ritchie se référant à la preuve affirme, à la p. 395:

g 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.

h 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 i visait ce résultat.

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, j auxquels le juge Dickson (maintenant juge en chef) a souscrit, ont tous deux examiné le statut ou

to the armed forces of the president of the Standing Court Martial Appeal 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.

III

What should be considered as the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*—that is, those which may be reasonably perceived as such—is a difficult question. The concept of judicial independence has been an evolving one. See Shetreet, *op. cit.*, pp. 383-84. The history of judicial independence in Great Britain and Canada is analyzed by Professor Lederman in his classic and frequently cited essay on the subject, "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 769-809 and 1139-1179. The reasons of Howland C.J.O. in the case at bar contain a succinct and helpful review of the main features of the development of judicial independence in England and Canada, with particular reference to the status of provincial magistrates and courts. Modern views on the subject of judicial independence are reflected in the Deschênes report to which reference has been made, and in the recent report of the Canadian Bar Association's Committee on *The Independence of the Judiciary in Canada*. There have also been a number of international declarations of principle on judicial independence, of which the Universal Declaration on the Independence of Justice produced by the First World Conference on the Independence of Justice held in Montreal in June,

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.

III

Que doit-on considérer comme conditions essentielles de l'indépendance judiciaire aux fins de l'al. 11d) de la *Charte*, c.-à-d. celles qu'on peut raisonnablement percevoir comme telles? C'est là une question difficile. La notion d'indépendance judiciaire a évolué. Voir Shetreet, précité, aux pp. 383 et 384. L'histoire de l'indépendance judiciaire en Grande-Bretagne et au Canada est analysée par le professeur Lederman dans un essai classique fréquemment cité sur le sujet: «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.* 769, 769 à 809 et 1139 à 1179. Les motifs du juge en chef Howland en l'espèce comportent une étude succincte et utile des principales caractéristiques de l'évolution de l'indépendance judiciaire en Angleterre et au Canada, où l'on mentionne de façon particulière le statut des magistrats et tribunaux provinciaux. Les points de vue contemporains sur l'indépendance judiciaire se reflètent dans le rapport Deschênes, déjà mentionné, et dans le rapport récent du Comité de l'Association du Barreau canadien sur *L'Indépendance de la magistrature au Canada*. Il y a aussi eu un bon nombre de déclarations internationales de principe sur l'indépendance judiciaire, dont la plus importante est peut-être la Déclaration universelle sur l'indépendance de la Justice de la Première conférence

1983 is perhaps the most important. The recently published collection of papers and addresses, *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), edited by Shetreet and Deschênes, reflects the most up-to-date thinking on the subject. The concluding paper by Shetreet, entitled "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges", provides a valuable overview of the conceptual development in this area.

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

mondiale sur l'indépendance de la justice tenue à Montréal en 1983. Le recueil d'articles et d'allocutions récemment publié, *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), sous la direction de Shetreet et Deschênes, traduit la pensée la plus récente sur ce sujet. Servant de conclusion, l'article de Shetreet, intitulé «Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges», présente une vue d'ensemble précieuse de l'évolution des idées dans ce domaine.

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

dependence for purposes of s. 11(d) must bear some reasonable relationship to that variety. Moreover, it is the essence of the security afforded by the essential conditions of judicial independence that is appropriate for application under s. 11(d) and not any particular legislative or constitutional formula by which it may be provided or guaranteed.

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

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

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

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

These provisions are generally regarded as representing the highest degree of constitutional guarantee of security of tenure and security of salary and pension. They find their historical inspiration in the provisions of the *Act of Settlement* of 1701 [12 & 13 Will. 3, c. 2], which provided that judges should hold office during good behaviour, subject to removal on an address of both Houses of Parliament, and that their salaries should be "ascertained and established". Provincial court judges contend that they should have the same constitutional guarantees of security of tenure and security

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

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

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

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

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

Ces dispositions sont généralement considérées comme représentant le plus haut degré de garantie constitutionnelle d'inamovibilité et de sécurité de traitement et de pension. Elles s'inspirent historiquement des dispositions de l'*Acte d'établissement* de 1701 [12 & 13 Will. 3, chap. 2], qui prévoyait que les juges occuperaient leur charge durant bonne conduite, sous réserve de révocation par une adresse des deux chambres du Parlement, et que leur salaire serait [TRADUCTION] «fixé et établi». Les juges de cour provinciale soutiennent qu'ils devraient jouir des mêmes garanties constitution-

of salary and pension as superior court judges. Whatever may be the merits of this contention from the point of view of legislative or constitutional policy, I do not think that it can be given effect to in the construction and application of s. 11(d). To do so would be, in effect, to amend the judiciary provisions of the Constitution. The standard of judicial independence for purposes of s. 11(d) cannot be a standard of uniform provisions. It must necessarily be a standard that reflects what is common to, or at the heart of, the various approaches to the essential conditions of judicial independence in Canada.

IV

It is necessary then to consider the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*, as they relate to the various objections to the status of provincial court judges raised before Sharpe J. Certain of these objections touch on the question of security of tenure. Security of tenure, because of the importance that has traditionally been attached to it, must be regarded as the first of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*.

The provisions in Ontario governing the security of tenure of provincial court judges up to the age of retirement at the time Sharpe J. declined jurisdiction were contained in s. 4 of the *Provincial Courts Act*. Section 4 provided that a provincial court judge could be removed from office only "for misbehaviour or for inability to perform his duties properly" and only after an inquiry by a superior court judge at which the Provincial Court judge affected had been given a full opportunity to be heard. The report of the inquiry had to be laid before the Legislative Assembly, but the Lieutenant Governor in Council was not bound to act in accordance with its findings or recommendations. Under the provision for removal before retirement which now applies to provincial court judges—s. 56(1) of the *Courts of Justice Act, 1984, 1984 (Ont.), c. 11*, which came into force on January 1, 1985—a judge may be removed from office before

nelles d'inamovibilité et de sécurité de traitement et de pension que les juges des cours supérieures. Quel que soit le bien-fondé de cet argument du point de vue de la politique législative ou constitutionnelle, je ne pense pas qu'il puisse s'appliquer quand il s'agit d'interpréter et d'appliquer l'al. 11d). Ce faire reviendrait en fait à modifier les dispositions de la Constitution relatives à la magistrature. La norme de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11d), ne peut être l'uniformité des dispositions. Ce doit nécessairement être une norme qui reflète ce qui est commun aux diverses conceptions des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire au Canada ou ce qui est au centre de ces conceptions.

IV

Il est donc nécessaire d'examiner les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*, étant donné le rapport qu'elles ont avec les diverses objections au statut des juges de cour provinciale soulevées devant le juge Sharpe. Certaines de ces objections touchent à la question de l'inamovibilité. L'inamovibilité, de par l'importance qui y a été attachée traditionnellement, doit être considérée comme la première des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*.

Les dispositions ontariennes régissant l'inamovibilité des juges de cour provinciale jusqu'à l'âge de la retraite, à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, se trouvaient à l'art. 4 de la *Loi sur les cours provinciales*. L'article 4 portait qu'un juge de cour provinciale ne pouvait être démis de ses fonctions que [TRADUCTION] «pour mauvaise conduite ou pour incapacité d'exercer convenablement ses fonctions», et ce, uniquement après la tenue d'une enquête par un juge de cour supérieure, au cours de laquelle le juge de cour provinciale en cause avait eu pleinement l'occasion de se faire entendre. Le rapport de l'enquête devait être déposé à l'Assemblée législative, mais le lieutenant-gouverneur en conseil n'était pas obligé de se conformer à ses conclusions ou recommandations. En vertu de la disposition de révocation avant retraite qui s'applique aujourd'hui aux juges de cour provinciale—le par. 56(1) de la *Loi de 1984*

the age of retirement only if a complaint has been made to the Judicial Council for Provincial Judges and if the removal is recommended by a judicial inquiry on the ground that the judge has become incapacitated or disabled from the due execution of the office by reason of infirmity, by conduct that is incompatible with the execution of the office, or by having failed to perform the duties of the office. The judge may be removed by the Lieutenant Governor in Council only on an address of the Legislative Assembly.

There are, of course, a variety of ways in which the essentials of security of tenure may be provided by constitutional or legislative provision. As I have indicated, superior court judges in Canada enjoy what is generally regarded as the highest degree of security of tenure in the constitutional guarantee of s. 99 of the *Constitution Act, 1867* that they shall hold office during good behaviour until the age of seventy-five, subject to removal by the Governor General on address of the Senate and House of Commons. The judges of this Court, the Federal Court of Canada and the Tax Court of Canada also enjoy, under their respective governing statutes, a tenure during good behaviour until a specified age of retirement, subject to removal only on address of the Senate and House of Commons. The judges of the county courts hold office during good behaviour but are removable by the Governor in Council, on the recommendation of the Minister of Justice, following an inquiry or investigation and report by the Canadian Judicial Council, pursuant to ss. 40 and 41 of the *Judges Act*, R.S.C. 1970, c. J-1. Under these sections, which provide for an inquiry or investigation by the Council into the conduct or capacity of a judge of a superior, district or county court or of the Tax Court of Canada, the Council is empowered to recommend the removal of a judge. The grounds on which it may do so, as set out in s. 41, are that the judge has become incapacitated or disabled from the due execution of office by age or infirmity, by having been guilty of misconduct, by having failed in the due execution of office, or by having been placed by misconduct or otherwise in a position incompatible with the due execution of office.

sur les tribunaux judiciaires, 1984 (Ont.), chap. 11, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1985—un juge ne peut se voir démis de ses fonctions avant l'âge de la retraite que par suite d'une plainte portée au Conseil de la magistrature des juges provinciaux et que si la révocation est recommandée, après enquête judiciaire, pour le motif que le juge est devenu incapable de remplir dûment ses fonctions pour cause d'infirmité ou de conduite incompatible avec sa charge, ou parce qu'il n'a pas rempli les devoirs de sa charge. Le lieutenant-gouverneur en conseil ne peut démettre le juge de ses fonctions que sur adresse de l'Assemblée législative.

Il existe bien entendu diverses façons de prévoir les conditions essentielles de l'inamovibilité par une disposition constitutionnelle ou législative. Comme je l'ai indiqué, les juges de cour supérieure au Canada jouissent de ce qui est généralement considéré comme le plus haut degré d'inamovibilité qu'offre la garantie constitutionnelle de l'art. 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*: ils occupent leur charge à titre inamovible jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans à moins d'être révoqués par le gouverneur général sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes. En vertu des lois qui les régissent respectivement, les juges de cette Cour, ceux de la Cour fédérale du Canada et ceux de la Cour canadienne de l'impôt occupent également leur charge à titre inamovible jusqu'à un âge précis de mise à la retraite, à moins seulement d'être révoqués sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes. Les juges des cours de comté occupent leur charge à titre inamovible, mais peuvent être démis de leurs fonctions par le gouverneur en conseil, sur la recommandation du ministre de la Justice, après enquête et rapport du Conseil canadien de la magistrature, conformément aux art. 40 et 41 de la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, chap. J-1. En vertu de ces articles qui prévoient la tenue d'une enquête sur la conduite ou la capacité d'un juge d'une cour supérieure, d'une cour de district, d'une cour de comté ou de la Cour canadienne de l'impôt, le Conseil peut recommander la révocation d'un juge. Les motifs pour lesquels il peut le faire, énoncés à l'art. 41, sont que le juge est frappé d'une incapacité ou d'une invalidité qui l'empêche de remplir utilement ses fonctions et est due à l'âge ou à une infirmité, au fait qu'il s'est

office. The judge must be given an opportunity to be heard, in person or by counsel, and to cross-examine witnesses and adduce evidence. Where a judge may be removed by the Governor in Council following a report of the Council, as in the case of a county court judge, the Governor in Council is not bound by the report. The security of tenure provided for provincial court judges in Canada is, generally speaking, that they may be removed by the executive government before the age of retirement only for misbehaviour or disability following a judicial inquiry. There is considerable variation in the relevant provisions of the provincial legislation. In some cases it is expressly provided that they shall hold office during good behaviour; in others, the specific grounds for removal are spelled out and may, as I have indicated, be generally summarized as misbehaviour or misconduct rendering the judge unfit for office or incapacity by reason of infirmity. The essence of these provisions is that a provincial judge may be removed before the age of retirement only for cause. There is also provision for a judicial inquiry into whether there is cause at which the judge affected is afforded a full opportunity to be heard. In some cases the executive government is bound by the report of the inquiry; in most cases the government is not bound by it.

The Deschênes report recommended that all judges should enjoy a tenure expressly defined as being "during good behaviour" and that they should be removable only upon an address of the legislature. Alternatively, the report recommended that if the power of removal by the executive without an address of the legislature were retained, the executive should be bound by the report of the judicial inquiry. The report of the Canadian Bar Association Committee on judicial independence recommended that "All judges of Canadian Courts be guaranteed tenure during good behaviour". There is also an implication at p. 16 of the report that the committee was of the view that a

rendu coupable de mauvaise conduite, au fait qu'il n'a pas rempli utilement ses fonctions ou à celui que, par sa conduite ou pour toute autre raison, il s'est mis dans une situation telle qu'il ne peut remplir utilement ses fonctions. Le juge doit avoir la possibilité de se faire entendre, personnellement ou par avocat, et de contre-interroger des témoins et de produire une preuve. Lorsqu'un juge ne peut être révoqué que par le gouverneur en conseil après rapport du Conseil canadien de la magistrature, le gouverneur en conseil n'est pas lié par le rapport. L'inamovibilité prévue pour les juges de cour provinciale au Canada consiste, en général, dans le fait qu'ils ne peuvent être révoqués par le pouvoir exécutif avant l'âge de la retraite que pour mauvaise conduite ou invalidité, après enquête judiciaire. Les dispositions pertinentes des lois provinciales présentent une grande diversité. Dans certains cas, il est expressément prévu qu'ils occupent leur charge à titre inamovible. Dans d'autres cas, les motifs spécifiques de révocation sont énoncés bien clairement et, comme je l'ai déjà indiqué, se ramènent à la mauvaise conduite ou à un mauvais comportement qui rend le juge indigne de sa charge, ou à l'incapacité pour cause d'infirmité. Essentiellement, ces dispositions prévoient qu'un juge de cour provinciale ne peut être révoqué avant l'âge de la retraite que pour un motif déterminé. Une enquête judiciaire est aussi prévue pour établir si ce motif existe, le juge visé devant avoir pleinement l'occasion de s'y faire entendre. Dans certains cas, le pouvoir exécutif est lié par le rapport d'enquête; dans la plupart des cas, le gouvernement ne l'est pas.

Le rapport Deschênes recommande que tous les juges occupent leur charge à titre expressément défini comme «inamovible» et qu'ils ne puissent être révoqués que sur adresse du corps législatif. Subsidiairement, le rapport recommande que si le pouvoir de l'exécutif de révoquer sans adresse du corps législatif devait être maintenu, l'exécutif devrait être lié par le rapport d'enquête judiciaire. Le rapport d'un comité de l'Association du Barreau canadien sur l'indépendance de la magistrature recommande que «tous les juges des cours canadiennes soient nommés à titre inamovible». Il découle aussi du rapport, à la p. 17, que le comité était d'avis qu'un juge ne devrait être révoqué que

judge should be removable only on an address of the legislature. After referring to s. 99 of the *Constitution Act, 1867* respecting the tenure of superior court judges, the committee said: "Since the independence of the judiciary depends to a significant extent on the judges' security of tenure it is appropriate that their removal be a major undertaking, bringing the politicians who must accomplish it under close scrutiny. The removal of a judge is not to be undertaken lightly." It may be desirable that the tenure of judges should be expressed as being during good behaviour, which leaves cause for removal to be determined according to the common law meaning of those words (see Shetreet, *op. cit.*, pp. 89ff for the meaning of "during good behaviour" at common law) rather than have the grounds for removal specified in legislation, but I do not think it is reasonable to require that as an essential condition of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*. It is sufficient if a judge may be removed only for cause related to the capacity to perform judicial functions. It may be, as suggested by the Deschênes report, that the specified grounds for removal to be found in some of the provincial legislation are too broad, but this would not appear to be true of the grounds for removal specified in s. 4 of the *Provincial Courts Act* and s. 56(1) of the *Courts of Justice Act, 1984*. Similarly, it may be desirable, as now provided for in s. 56(1), that a judge should be removable from office only on an address of the legislature, but again I do not think it is reasonable to require this as essential for security of tenure for purposes of s. 11(d) of the *Charter*. It may be that the requirement of an address of the legislature makes removal of a judge more difficult in practice because of the solemn, cumbersome and publicly visible nature of the process, but the requirement of cause, as defined by statute, together with a provision for judicial inquiry at which the judge affected is given a full opportunity to be heard, is in my opinion a sufficient restraint upon the power of removal for purposes of s. 11(d). Whether or not the Executive should be bound by the report of the judicial inquiry—that is, whether the power to remove should be conditional upon a finding of cause by the judicial inquiry, as is now provided by

sur adresse du corps législatif. Après avoir mentionné l'art. 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, concernant l'inamovibilité des juges de cour supérieure, le comité affirme: «Puisque l'indépendance du pouvoir judiciaire dépend dans une très large mesure de l'inamovibilité des juges, il est normal que leur destitution soit une décision majeure impliquant les politiciens, qui doivent accomplir leur travail sous l'œil vigilant du public. La destitution d'un juge ne peut pas être prise à la légère.» Il est peut-être souhaitable que la charge des juges soit déclarée inamovible, les motifs de révocation devant alors être déterminés en fonction du sens qu'ont ces termes en *common law* (voir Shetreet, précité, aux pp. 89 et suiv. pour la signification du terme «inamovibilité» en *common law*) plutôt que de les voir spécifiés dans les lois; cependant, je ne pense pas qu'il soit raisonnable d'exiger cela comme condition essentielle d'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*. Il suffit qu'un juge ne puisse être révoqué que pour un motif lié à sa capacité d'exercer les fonctions judiciaires. Il se peut, comme le laisse entendre le rapport Deschênes, que les motifs exprès de révocation que l'on trouve dans certaines lois provinciales soient trop larges, mais il ne semble pas que ce soit le cas des motifs de révocation prévus par l'art. 4 de la *Loi sur les cours provinciales* et par le par. 56(1) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*. De même, il est peut-être souhaitable, comme le prévoit maintenant le par. 56(1), qu'un juge ne puisse être révoqué que sur adresse du corps législatif mais, ici encore, je ne pense pas qu'il soit raisonnable d'exiger cela comme étant essentiel à l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*. Il se peut que la nécessité d'une adresse du corps législatif rende la révocation d'un juge plus difficile en pratique à cause de la solennité, de la lourdeur et de la visibilité de la procédure, mais qu'un motif soit nécessaire, comme le définit la loi, et qu'une enquête judiciaire soit prévue au cours de laquelle le juge visé a pleinement l'occasion de se faire entendre, constituent à mon avis, une restriction suffisante du pouvoir de révocation pour les fins de l'al. 11d). J'estime qu'il est plus difficile de déterminer si l'exécutif doit ou non être lié par le rapport de l'enquête judiciaire, c.-à-d. si le pouvoir de révocation doit être assujéti

s. 56(1) of the *Courts of Justice Act, 1984*—I find more difficult. Certainly, it is preferable, but I do not think it can be required as essential to security of tenure for purposes of s. 11(d). The existence of the report of the judicial inquiry is a sufficient restraint upon the power of removal, particularly where, as provided by s. 4 of the *Provincial Courts Act*, the report is required to be laid before the legislature.

In sum, I am of the opinion that while the provision concerning security of tenure up to the age of retirement which applied to provincial court judges when Sharpe J. declined jurisdiction falls short of the ideal or highest degree of security, it reflects what may be reasonably perceived as the essentials of security of tenure for purposes of s. 11(d) of the *Charter*: that the judge be removable only for cause, and that cause be subject to independent review and determination by a process at which the judge affected is afforded a full opportunity to be heard. 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.

The most serious issue with respect to the security of tenure of provincial court judges under the statutory provisions that applied when Sharpe J. declined jurisdiction is the provision in s. 5(4) of the *Provincial Courts Act* for the reappointment of a judge, upon attaining the age of retirement, to hold office during pleasure. Such reappointment, to be made by the Lieutenant Governor in Council upon the recommendation of the Attorney General, was the subject of two objections: first, that an appointment to hold office during the pleasure of the Executive was incompatible with the requirement of judicial independence; and second, that the need in some cases of such a reappointment to complete entitlement to pension could give rise to a reasonable perception of dependence upon the

à la condition que l'enquête judiciaire ait constaté l'existence d'un motif, comme le prévoit maintenant le par. 56(1) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*. Cela est certainement préférable, mais je ne pense pas que cela puisse être posé comme essentiel à l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11d). L'existence du rapport d'enquête judiciaire constitue une restriction suffisante du pouvoir de révocation, particulièrement lorsque, comme le prévoit l'art. 4 de la *Loi sur les cours provinciales*, le rapport doit être déposé devant le corps législatif.

En somme, je suis d'avis que si la disposition concernant l'inamovibilité jusqu'à l'âge de la retraite, qui s'appliquait aux juges de cour provinciale lorsque le juge Sharpe a décliné compétence, ne fournit une inamovibilité ni idéale ni parfaite, elle fait néanmoins ressortir ce qu'on peut raisonnablement percevoir comme les conditions essentielles de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*: que le juge ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé, et que ce motif fasse l'objet d'un examen indépendant et d'une décision selon une procédure qui offre au juge visé toute possibilité de se faire entendre. 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.

Le point le plus sérieux, en ce qui concerne l'inamovibilité des juges de cour provinciale conférée par les dispositions légales qui s'appliquaient lorsque le juge Sharpe a décliné compétence, c'est ce que prévoit le par. 5(4) de la *Loi sur les cours provinciales* au sujet de la nouvelle nomination à titre amovible d'un juge, lorsqu'il atteint l'âge de la retraite. Cette nouvelle nomination, qui doit être faite par le lieutenant-gouverneur en conseil sur la recommandation du procureur général, a fait l'objet de deux objections: premièrement, une nomination à titre amovible par l'exécutif est incompatible avec l'exigence d'indépendance judiciaire et, deuxièmement, la nécessité dans certains cas de procéder à cette nouvelle nomination afin de rendre admissible à la pension, peut susciter une

Executive. Under the pension provisions which applied when Sharpe J. declined jurisdiction, a provincial court judge was entitled to a pension upon attaining the age of sixty-five if he or she had served ten or more years. A judge who had been appointed after the age of fifty-five might be perceived as dependent upon the favour of the Executive for a post-retirement reappointment to complete pension entitlement. The first objection to the provision for post-retirement reappointment in s. 5(4) of the *Provincial Courts Act* relates to the question of security of tenure, which is the issue presently being considered. The second objection falls into the general category of objections to the status of provincial court judges based upon alleged dependence on the Executive for discretionary benefits or advantages. I propose to address that issue later.

Howland C.J.O. disposed of the objections to the provision for post-retirement reappointment which applied when Sharpe J. declined jurisdiction mainly on the ground that the incumbent Attorney General had, during his seven years in office, always acted with respect to such reappointments on the recommendation of the chief judge of the provincial court in question. That practice or "tradition", as it was referred to, was perhaps more relevant to the second objection to the provision for post-retirement appointment at pleasure—the dependence of provincial court judges on such reappointment to complete pension entitlement—than to the first objection—the lack of security of tenure under such a reappointment—but it may have been assumed that if the Attorney General made a post-retirement reappointment only on the recommendation of a chief judge he could be expected to act only on such recommendation with respect to the termination of such a reappointment. In any event, Howland C.J.O. placed considerable emphasis on the role of tradition as an objective condition or safeguard of judicial independence. Since tradition has most often been invoked in connection with the issue of security of

perception raisonnable de dépendance envers l'exécutif. En vertu des dispositions portant sur la pension, qui s'appliquaient lorsque le juge Sharpe a décliné compétence, un juge de cour provinciale avait droit à une pension quand il atteignait l'âge de soixante-cinq ans, s'il avait occupé sa charge pendant dix ans ou plus. Le juge nommé après l'âge de cinquante-cinq ans pouvait être perçu comme dépendant du bon vouloir de l'exécutif s'il voulait obtenir une nouvelle nomination après avoir atteint l'âge de retraite, en vue de devenir admissible à la pension. La première objection à la nouvelle nomination après avoir atteint l'âge de la retraite, prévue au par. 5(4) de la *Loi sur les cours provinciales*, touche à la question de l'inamovibilité, le point présentement examiné. La seconde objection se situe dans la catégorie générale des objections au statut des juges de cour provinciale, fondées sur une prétendue dépendance envers l'exécutif pour ce qui est d'obtenir des bénéfices ou avantages discrétionnaires. Je propose de traiter cette question plus loin.

Le juge en chef Howland a repoussé les objections à la disposition relative à la nouvelle nomination après l'âge de la retraite, qui s'appliquait lorsque le juge Sharpe a décliné compétence, principalement pour le motif que le procureur général en poste avait, durant les sept ans d'exercice de son mandat, toujours agi, en ce qui concerne ces nouvelles nominations, sur la recommandation du juge en chef de la cour provinciale en question. Cette pratique ou «tradition», comme on l'a appelée, est peut-être plus pertinente dans le cas de la seconde objection à la disposition sur les nominations à titre amovible après l'âge de la retraite—le fait que des juges de cour provinciale dépendent de cette nouvelle nomination pour avoir droit à leur pension—que dans le cas de la première objection—l'amovibilité dans le cas d'une nouvelle nomination—mais on peut avoir présumé que si le procureur général ne procédait à une nouvelle nomination après l'âge de la retraite que sur la recommandation d'un juge en chef, on pouvait s'attendre à ce qu'il n'agisse que sur une telle recommandation pour mettre fin à cette nouvelle nomination. De toute façon, le juge en chef Howland a accordé une importance considérable au

tenure it is convenient to consider its general role here.

I quote a passage on this subject from the reasons of Howland C.J.O., which refers to the opinions of several learned commentators on the importance of tradition. He said at pp. 431-32:

Having considered the historical development of judicial independence in England and in Canada, it is necessary to refer to the importance of traditions. Quite apart from the Constitution or any statutory provisions, tradition has been an important factor in preserving judicial independence both in England and in Canada. In England a majority of the judges can be removed by the Lord Chancellor, who is an active member of the Government. However, the high tradition of the office of Lord Chancellor has resulted in very few abuses of this power. As Hogg states in his text *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 120:

The independence of the judiciary has since become such a powerful tradition in the United Kingdom and Canada that there may be little point in a fine analysis of the language of the provisions by which it is formally guaranteed.

Shetreet's text *Judges on Trial, a Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary* (1976), emphasized the importance of tradition so far as judicial independence is concerned. At pp. 392-3 he stated:

... no executive or legislature can interfere with judicial independence contrary to popular opinion, and survive. "In Britain" wrote Professor de Smith, "the independence of the Judiciary rests not on formal constitutional guarantees and prohibitions but on an admixture of statutory and common-law rules, constitutional conventions and parliamentary practice, fortified by professional tradition and public opinion." (S.A. de Smith *Constitutional and Administrative Law* (1st ed. 1971), pp. 365-366 n. 35) Lord Sankey, L.C., said in Parliament:

"The independence and prestige which our judges have enjoyed in their position have rested far more upon the great tradition and long usage with which

rôle de la tradition en tant que condition ou garantie objectives de l'indépendance judiciaire. Étant donné que la tradition est, la plupart du temps, invoquée relativement à la question de l'inamovibilité, il convient d'examiner ici son rôle général.

À ce propos, je cite un passage des motifs de jugement du juge en chef Howland qui se réfère aux opinions de plusieurs savants glossateurs sur l'importance de la tradition. Il dit aux pp. 431 et 432:

[TRADUCTION] Après l'examen de l'évolution historique de l'indépendance judiciaire en Angleterre et au Canada, il est nécessaire de mentionner l'importance des traditions. Tout à fait indépendamment de la Constitution ou des dispositions législatives, la tradition a été un facteur important pour la préservation de l'indépendance judiciaire tant en Angleterre qu'au Canada. En Angleterre, la majorité des juges peuvent être révoqués par le lord Chancelier, un membre actif du gouvernement. Toutefois, la haute tradition entourant l'office de lord Chancelier a fait qu'il n'y a eu qu'un fort petit nombre d'abus de ce pouvoir. Comme Hogg le dit dans son traité *Constitutional Law of Canada* (1977), à la p. 120:

L'indépendance du pouvoir judiciaire est devenue depuis une tradition tellement puissante au Royaume-Uni et au Canada que procéder à une analyse subtile des textes qui la garantissent formellement n'aurait guère d'utilité.

La monographie de Shetreet, *Judges on Trial, a Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary* (1976), souligne l'importance de la tradition en ce qui concerne l'indépendance judiciaire. Aux pages 392 et 393, il dit:

... aucun exécutif ou corps législatif ne peut porter atteinte à l'indépendance judiciaire contrairement à l'opinion publique, et survivre. «En Grande-Bretagne, écrit le professeur de Smith, l'indépendance du pouvoir judiciaire repose non sur des garanties et prohibitions constitutionnelles formelles, mais sur un mélange de règles de droit écrit et de *common law*, de conventions constitutionnelles et de pratiques parlementaires, fortifiées par la tradition du monde juridique et l'opinion publique.» (S. A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law* (1st ed. 1971), aux pp. 365 et 366, note 35). Le lord chancelier Sankey a dit au Parlement:

«L'indépendance et le prestige dont nos juges jouissent en occupant leur charge reposent beaucoup plus sur la grande tradition et le long usage qui les

they have always been surrounded, than upon any Statute. The greatest safeguard of all may be found along these lines for traditions cannot be repealed, but an Act of Parliament can be.”

The strength of tradition is measured not only by its observance but also by the intensity of the reaction to its violation Strong public reaction to a breach of tradition demonstrates that the violation will not pass unnoticed.

To these opinions on the importance of tradition as a safeguard of judicial independence may be added the following statement by Lord Denning in *The Road to Justice* (1955), at pp. 16-17:

The County Court judges have some measure of protection but the stipendiary magistrates and the justices of the peace have no security of tenure at all. They hold office during pleasure

Nevertheless, although these lesser judges can theoretically be dismissed at pleasure, the great principle that judges should be independent has become so ingrained in us that it extends in practice to them also. They do in fact hold office during good behaviour and they are in fact only dismissed for misconduct. If any Minister or Government Department should attempt to influence the decision of any one of them, there would be such an outcry that no Government could stand against it.

Tradition, reinforced by public opinion, operating as an effective restraint upon executive or legislative action, is undoubtedly a very important objective condition tending to ensure the independence in fact of a tribunal. That it is not, however, regarded by itself as a sufficient safeguard of judicial independence is indicated by the many calls for specific legislative provisions or constitutional guarantees to ensure that independence in a more ample and secure measure. Shetreet himself makes this point later on in the discussion of the role of tradition from which Howland C.J.O. quoted, where he says at pp. 392-93:

Others, however, do not entertain this unreserved trust in tradition and popular opinion. A growing number of legal scholars, lawyers and even judges are advocating a written and entrenched constitution to protect civil liberties and other important parts of constitutional law against alteration by a small temporary majority in Parliament. Significant support for this view came from Lord Justice Scarman, who in his Hamlyn

ont toujours entourés que sur quelque loi. La meilleure garantie peut s’y trouver, car les traditions ne peuvent être abrogées, alors qu’une loi du Parlement peut l’être.»

a La force de la tradition se mesure non seulement par son observance, mais aussi par l’intensité de la réaction que soulève sa violation . . . Une forte réaction de l’opinion publique à une atteinte à la tradition démontre qu’une violation ne saurait passer inaperçue.

b À ces opinions sur l’importance de la tradition comme garantie de l’indépendance judiciaire, on peut ajouter ce que dit lord Denning dans *The Road to Justice* (1955), aux pp. 16 et 17:

c [TRADUCTION] Les juges de cour de comté sont protégés dans une certaine mesure, mais les magistrats stipendiaires et les juges de paix sont tout à fait amovibles. Ils occupent leur charge durant bon plaisir . . .

d Néanmoins, si ces juges d’instance inférieure sont théoriquement amovibles, le grand principe que les juges doivent être indépendants est tellement ancré en nous qu’il s’applique en pratique à eux aussi. Ils sont en fait inamovibles et ne peuvent être révoqués que pour mauvaise conduite. Si un ministre ou un ministère tentait e d’influencer la décision de l’un deux, cela soulèverait un tel tollé qu’aucun gouvernement ne pourrait y résister.

f La tradition, renforcée par l’opinion publique, joue le rôle d’un frein efficace à l’action de l’exécutif ou du législatif et constitue sans nul doute une condition objective fort importante qui tend à assurer l’indépendance effective d’un tribunal. Que g cela n’est pas cependant considéré en soi comme une garantie suffisante de l’indépendance judiciaire ressort des nombreux appels réclamant des dispositions législatives ou des garanties constitutionnelles spécifiques assurant cette indépendance h d’une manière plus large et plus certaine. Shetreet lui-même le dit plus loin dans son analyse du rôle de la tradition, que cite le juge en chef Howland, aux pp. 392 et 393:

i [TRADUCTION] D’autres toutefois ne partagent pas cette confiance absolue dans la tradition et l’opinion populaire. Un nombre croissant d’auteurs, de juristes et même de juges réclament une constitution écrite et enchaînée qui protégerait les libertés publiques et d’autres j portions importantes du droit constitutionnel contre toute modification par une petite majorité provisoire au Parlement. Cette opinion a reçu un appui de taille, celui

Lectures 1974 proposed a written Bill of Rights and judicial review of statutes. Individual rights, judicial independence and other parts of a democratic system of government can be better safeguarded by a written constitution supported by tradition and public opinion than by the latter alone.

Reports and addresses on judicial independence in recent years have indicated that the nature and importance of this constitutional value are not so well and widely understood as to give grounds for confidence that its protection can be safely left to the operation of tradition alone. This is clear, for example, from the observations and recommendations of the Deschênes report and from the recent report of the Canadian Bar Association committee on judicial independence. Indeed, a constitutional requirement of judicial independence such as that in s. 11(d) of the *Charter* presupposes that it does not automatically exist by reason of tradition alone. Important as tradition is as a support of judicial independence, I do not think that reliance on it should go so far as to treat other conditions or guarantees of independence as unnecessary or of no practical importance. I do not read the reasons of the Court of Appeal as suggesting that. It is a question of the relative importance that one is going to attach to tradition in a particular context as ensuring respect for judicial independence despite an apparent or potential power to interfere with it. Moreover, while tradition reinforced by public opinion may operate as a restraint upon the exercise of power in a manner that interferes with judicial independence, it cannot supply essential conditions of independence for which specific provision of law is necessary.

With the greatest respect for the contrary view, where, as in the case of provincial court judges at the time Sharpe J. declined jurisdiction, the legislature has expressly provided for two kinds of tenure—one under which a judge may be removed from office only for cause and the other under which a judge of the same court holds office during pleasure—I am of the opinion that the

du lord juge Scarman qui, dans ses Hamlyn Lectures de 1974, a proposé une déclaration des droits écrite et le contrôle judiciaire des lois. Les droits de l'individu, l'indépendance judiciaire et d'autres aspects d'un système démocratique de gouvernement pourraient être mieux protégés par une constitution écrite, appuyée par la tradition et l'opinion publique, que par cette dernière seulement.

Ces dernières années, des rapports et des allocutions sur l'indépendance judiciaire ont montré que la nature et l'importance de cette valeur constitutionnelle ne sont pas si bien et si largement comprises au point de justifier de croire que cette protection peut, en toute sécurité, être laissée à la tradition seule. Cela ressort clairement, par exemple, des observations et des recommandations du rapport Deschênes et du récent rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien sur l'indépendance de la magistrature. D'ailleurs, une exigence constitutionnelle d'indépendance judiciaire, comme celle de l'al. 11d) de la *Charte*, présuppose qu'elle n'existe pas automatiquement en raison de la tradition seule. Si importante que soit la tradition en tant que support de l'indépendance judiciaire, je ne pense pas qu'on devrait s'y fier au point de considérer que les autres conditions ou garanties d'indépendance sont inutiles ou sans importance pratique. Suivant mon interprétation, les motifs de la Cour d'appel ne laissent pas entendre cela. Il s'agit plutôt de l'importance relative à donner à la tradition, dans un contexte particulier, en tant que moyen d'assurer le respect de l'indépendance judiciaire malgré l'existence d'un pouvoir apparent ou virtuel d'y porter atteinte. En outre, si la tradition, renforcée par l'opinion publique, peut permettre de freiner l'exercice d'un pouvoir qui porte atteinte à l'indépendance judiciaire, elle ne peut fournir les conditions essentielles d'indépendance qui doivent être prévues expressément par la loi.

Avec le plus grand respect pour les tenants de l'opinion contraire, lorsque, comme dans le cas des juges de cour provinciale à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, le corps législatif a prévu expressément deux genres de charge, l'une où un juge peut être révoqué uniquement pour un motif déterminé, et l'autre où un juge du même tribunal est nommé à titre amovible, j'estime que

second class of tenure cannot reasonably be perceived as meeting the essential requirement of security of tenure for purposes of s. 11(d) of the *Charter*. The reasonable perception is that the legislature has deliberately, in the case of one category of judges, reserved to the Executive the right to terminate the holding of office without the necessity of any particular justification and without any inhibition or restraint arising from perceived tradition. I am thus of the view that a judge of the Provincial Court (Criminal Division) who held office during pleasure at the time Sharpe J. declined jurisdiction could not be an independent tribunal within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*.

This conclusion could not, however, affect the independence of Sharpe J. personally because, as noted by the Court of Appeal, he did not hold office under a post-retirement reappointment. It was, nevertheless, contended that the provision for post-retirement reappointment at pleasure prevented the Provincial Court (Criminal Division) as a whole from being an independent tribunal within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*. In my opinion, the fact that certain judges of the Court may have held office during pleasure at the time Sharpe J. declined jurisdiction could not impair or destroy the independence of the Court as a whole. The objection would have to be taken to the status of the particular judge constituting the tribunal.

As a further reason for rejecting the objections to the provision for post-retirement reappointment Howland C.J.O. referred to the declared intention of the Attorney General to introduce legislation at the next session of the legislature to make post-retirement reappointment subject to the approval of the Chief Judge of the Provincial Court. Such legislation was in fact introduced by s. 1 of the *Provincial Courts Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.) c. 18*, which came into force on May 26, 1983 and amended s. 5(4) of the *Provincial Courts Act* to permit a provincial court judge who has attained the age of retirement to continue in office, with the annual approval of the chief judge of the court, until the age of seventy, and to continue in

la charge du second genre ne peut être raisonnablement perçue comme satisfaisant à l'exigence essentielle d'inamovibilité pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*. Il est raisonnable de croire que le corps législatif a délibérément, dans le cas d'une catégorie de juges, réservé à l'exécutif le droit de mettre fin à une charge, sans qu'aucune justification particulière ne soit nécessaire et sans aucune inhibition ou restriction imposée par une certaine perception de la tradition. Je suis donc d'avis qu'un juge de la Cour provinciale (Division criminelle), qui occupait sa charge à titre amovible à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, ne pouvait pas être un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte*.

Cette conclusion ne peut toutefois influencer sur l'indépendance du juge Sharpe personnellement parce que, comme l'a noté la Cour d'appel, il n'occupait pas sa charge en vertu d'une nouvelle nomination faite après qu'il eut atteint l'âge de la retraite. On a néanmoins soutenu que la disposition sur la nouvelle nomination à titre amovible, après l'âge de la retraite, empêchait la Cour provinciale (Division criminelle), dans son ensemble, d'être un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte*. À mon avis, le fait que certains juges de la cour aient pu occuper leur charge à titre amovible, au moment où le juge Sharpe a décliné compétence, ne saurait altérer ni détruire l'indépendance de la cour dans son ensemble. L'objection aurait dû viser le statut du juge particulier qui constituait le tribunal saisi.

Comme motif supplémentaire de rejet des objections apportées à la disposition relative aux nouvelles nominations après l'âge de la retraite, le juge en chef Howland a mentionné l'intention déclarée du procureur général de présenter, à la session suivante de l'Assemblée législative, un projet de loi qui assujettirait ces nouvelles nominations après l'âge de la retraite à l'approbation du juge en chef de la Cour provinciale. Cette mesure a en fait été déposée; c'est l'art. 1 de la *Loi de 1983 modifiant la Loi sur les cours provinciales, 1983 (Ont.)*, chap. 18, qui est entré en vigueur le 26 mai 1983 et a modifié le par. 5(4) de la *Loi sur les cours provinciales* pour permettre à un juge de cour provinciale ayant atteint l'âge de la retraite de

office thereafter until the age of seventy-five, with the annual approval of the Judicial Council for Provincial Judges, a body composed of the Chief Justice of Ontario, the Chief Justice of the High Court, the Chief Justice of the District Court, the Chief Judges of the various divisions of the Provincial Court, the Treasurer of the Law Society of Upper Canada, and not more than two other persons appointed by the Lieutenant Governor in Council. The same provision is now found in s. 54(4) of the *Courts of Justice Act, 1984*, which came into force on January 1, 1985. This change in the law, while creating a post-retirement status that is by no means ideal from the point of view of security of tenure, may be said to have removed the principal objection to the provision which applied when Sharpe J. declined jurisdiction since it replaces the discretion of the Executive by the judgment and approval of senior judicial officers who may be reasonably perceived as likely to act exclusively out of consideration for the interests of the Court and the administration of justice generally.

V

The second essential condition of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter* is, in my opinion, what may be referred to as financial security. That means security of salary or other remuneration, and, where appropriate, security of pension. The essence of such security is that the right to salary and pension should be established by law and not be subject to arbitrary interference by the Executive in a manner that could affect judicial independence. In the case of pension, the essential distinction is between a right to a pension and a pension that depends on the grace or favour of the Executive.

The salaries of provincial court judges were at the time Sharpe J. declined jurisdiction, and still are, fixed by regulation made by the Lieutenant Governor in Council pursuant to the authority formerly conferred by s. 34(1) of the *Provincial*

continuer d'occuper sa charge, avec l'approbation annuelle du juge en chef de la cour, jusqu'à l'âge de soixante-dix ans, et de continuer à siéger par la suite jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans, avec l'approbation annuelle du Conseil de la magistrature pour les juges de la Cour provinciale, composé du juge en chef de l'Ontario, du juge en chef de la Haute Cour, du juge en chef de la Cour de district, des juges en chef des diverses divisions de la Cour provinciale, du trésorier de la Law Society of Upper Canada et d'au plus deux autres personnes nommées par le lieutenant-gouverneur en conseil. La même disposition se retrouve maintenant au par. 54(4) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1985. Ce changement dans la loi, même s'il crée un statut d'après-retraite qui est loin d'être idéal du point de vue de l'inamovibilité, peut être considéré comme ayant supprimé l'objection principale apportée à la disposition qui s'appliquait lorsque le juge Sharpe a décliné compétence, puisqu'il remplace le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif par le jugement et l'approbation d'officiers de justice supérieurs qu'on peut raisonnablement percevoir comme susceptibles d'agir exclusivement en fonction des intérêts de la cour et de l'administration de la justice en général.

f

La deuxième condition essentielle de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte* est, à mon avis, ce que l'on pourrait appeler la sécurité financière. Cela veut dire un traitement ou autre rémunération assurés et, le cas échéant, une pension assurée. Cette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire. Dans le cas de la pension, la distinction essentielle est entre un droit à une pension et une pension qui dépend du bon vouloir ou des bonnes grâces de l'exécutif.

Les traitements des juges de cour provinciale étaient, à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, et le sont toujours, fixés par règlement pris par le lieutenant-gouverneur en conseil, conformément à l'autorité que lui conférait aupa-

Courts Act and now conferred by s. 87(1) of the *Courts of Justice Act, 1984*, which came into force on January 1, 1985. The amount of the salary has been fixed by s. 2 of Regulation 811 of the Revised Regulations of Ontario, 1980, as amended from time to time. The government receives recommendations concerning the salaries of provincial court judges from the Ontario Provincial Courts Committee, which was first established by Order in Council 643/80 dated March 5, 1980 and was later given statutory recognition by s. 2(2) of the *Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.)*, c. 78, which added a new s. 35 to the *Provincial Courts Act*, establishing the Committee with three members: one appointed by provincial court and family court judges' associations; one appointed by the government; and the third, the chairman, appointed jointly by the associations and the government. Section 35 provided that the annual report and recommendations of the Committee be laid before the Legislative Assembly. The same provision is now made for the Committee and its role in relation to the remuneration, allowances and benefits of provincial court judges in s. 88 of the *Courts of Justice Act, 1984*, which came into force on January 1, 1985.

The principal objections to the manner in which the salaries of provincial court judges are provided for is that they are not fixed by the legislature and they are not made a charge on the Consolidated Revenue Fund. These two requirements have traditionally been regarded as affording the highest degree of security in respect of judicial salaries. Section 100 of the *Constitution Act, 1867* requires that the salaries of superior, district and county court judges be fixed by Parliament. The salaries of these and other federally-appointed judges are fixed by Parliament in the *Judges Act*, which provides in s. 33(1) that the salaries payable under the Act shall be paid out of the Consolidated Revenue Fund. In all of the other provinces the salaries of provincial judges are, as in Ontario, fixed by the executive government by regulation.

ravant le par. 34(1) de la *Loi sur les cours provinciales*, et que lui confère maintenant le par. 87(1) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1985. Le montant du traitement est fixé par l'art. 2 du règlement 811 des Règlements refondus de l'Ontario de 1980 et ses modifications. Le gouvernement reçoit des recommandations concernant les traitements des juges de cour provinciale de l'Ontario Provincial Courts Committee qui a été établi initialement par le décret 643/80 en date du 5 mars 1980 et qui, par la suite a reçu reconnaissance légale par le par. 2(2) de la *Provincial Judges and Masters Statute Law Amendment Act, 1983, 1983 (Ont.)*, chap. 78, qui a ajouté à la *Loi sur les cours provinciales* un nouvel art. 35 créant un comité formé de trois membres: un membre nommé par les associations des juges de cour provinciale et de cour de la famille, un membre nommé par le gouvernement et, troisièmement, le président, nommé conjointement par les associations et le gouvernement. L'article 35 prévoyait que le rapport annuel et les recommandations du comité, devaient être déposés à l'Assemblée législative. On trouve maintenant la même disposition, concernant le comité et son rôle en matière de rémunération, d'allocations et de bénéfices pour les juges de cour provinciale, à l'art. 88 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1985.

La principale objection apportée à la façon dont les traitements des juges de cour provinciale sont fixés, est qu'ils ne sont pas fixés par le corps législatif et qu'ils ne grèvent pas le Fonds du revenu consolidé. Ces deux conditions ont traditionnellement été considérées comme offrant le plus haut degré de sécurité en matière de traitement des juges. L'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* requiert que les traitements des juges des cours supérieures, de district et de comté, soient fixés par le Parlement. Les traitements de ceux-ci et des autres juges de nomination fédérale sont fixés par le législateur fédéral dans la *Loi sur les juges* qui prévoit, au par. 33(1), que les traitements payables en vertu de cette loi seront prélevés sur le Fonds du revenu consolidé. Dans toutes les autres provinces, les traitements des juges de cour provinciale sont, comme en Ontario, fixés par règlement par le pouvoir exécutif. Dans certaines

In some, but not all provinces, they are paid out of the Consolidated Revenue Fund.

Although it may be theoretically preferable that judicial salaries should be fixed by the legislature rather than the executive government and should be made a charge on the Consolidated Revenue Fund rather than requiring annual appropriation, I do not think that either of these features should be regarded as essential to the financial security that may be reasonably perceived as sufficient for independence under s. 11(d) of the *Charter*. At the present time in Canada the amount of judges' salaries is a matter for the initiative of the Executive, whether they are fixed by act of the legislature or by regulation. Moreover, it is far from clear that having to bring proposed increases to judges' salaries before the legislature is more desirable from the point of view of judicial independence, and indeed adequate salaries, than having the question determined by the Executive alone, pursuant to a general legislative authority. In the case of the salaries of provincial court judges in Ontario, assurance that proper consideration will be given to the adequacy of judicial salaries is provided by the role assigned to the Ontario Provincial Courts Committee, although I do not consider the existence of such a committee to be essential to security of salary for purposes of s. 11(d). The essential point, in my opinion, is that the right to salary of a provincial court judge is established by law, and there is no way in which the Executive could interfere with that right in a manner to affect the independence of the individual judge. Making judicial salaries a charge on the Consolidated Revenue Fund instead of having to include them in annual appropriations is, I suppose, theoretically a measure of greater security, but practically it is impossible that the legislature would refuse to vote the annual appropriation in order to attempt to exercise some control or influence over a class of judges as a whole. For these reasons I am of the opinion that under the provisions of law which applied when Sharpe J. declined jurisdiction and which now apply, provincial court judges may be reasonably perceived to have the

provinces, mais non dans toutes, ils sont prélevés à même le Fonds du revenu consolidé.

Bien qu'il puisse être théoriquement préférable que les traitements des juges soient fixés par le corps législatif, plutôt que par le pouvoir exécutif, et qu'ils grèvent le Fonds du revenu consolidé, plutôt que d'exiger une affectation de crédit annuelle, je ne pense pas que l'une ou l'autre de ces caractéristiques doive être considérée comme essentielle à la sécurité financière qui peut être raisonnablement perçue comme suffisante pour assurer l'indépendance au sens de l'al. 11d) de la *Charte*. À l'heure actuelle au Canada, le montant du traitement des juges est laissé à l'initiative de l'exécutif peu importe qu'ils soient fixés par une loi ou par règlement. De plus, il est loin d'être clair que l'obligation de soumettre au corps législatif les projets de hausses de traitement des juges soit plus souhaitable du point de vue de l'indépendance judiciaire et, d'ailleurs, de celui d'un traitement adéquat, que de laisser à l'exécutif le soin de régler la question seul, conformément à une autorisation législative générale. Dans le cas des traitements des juges de cour provinciale en Ontario, le rôle assigné à l'Ontario Provincial Courts Committee donne l'assurance qu'on veillera dûment à ce que les traitements des juges soient suffisants, quoique je n'estime pas que l'existence de ce comité soit essentielle à la sécurité de traitement pour les fins de l'al. 11d). L'essentiel, à mon avis, est que le droit du juge de cour provinciale à un traitement soit prévu par la loi et qu'en aucune manière l'exécutif ne puisse empiéter sur ce droit de façon à affecter l'indépendance du juge pris individuellement. Faire en sorte que les traitements des juges grèvent le Fonds du revenu consolidé, plutôt que d'avoir à les inclure dans les affectations annuelles de crédit est, je suppose, une mesure de sûreté plus grande théoriquement mais, en pratique, il est impossible que le corps législatif refuse de voter l'affectation de crédit annuelle dans le but de tenter d'exercer un contrôle ou d'influer sur une catégorie de juges dans son ensemble. Pour ces motifs, je suis d'avis qu'en vertu des dispositions législatives qui s'appliquaient lorsque le juge Sharpe a décliné compétence et qui s'appliquent aujourd'hui, on peut raisonnablement considérer que les juges de cour provinciale jouissent de la

essential security of salary required for independence within the meaning of s. 11(d).

Although at the time Sharpe J. declined jurisdiction s. 34(1) of the *Provincial Courts Act* empowered the Lieutenant Governor in Council to make provision by regulation for the pensions of provincial court judges, no such regulation had been adopted. The right to pension enjoyed by provincial court judges was that provided for members of the public service by the *Public Service Superannuation Act*, R.S.O. 1980, c. 419, which was made applicable by s. 26 to every full time provincial judge. It was not until May 25, 1984 that Ontario Regulation 332/84 under the *Provincial Courts Act* was adopted making special provision for the pensions of provincial court judges.

The chief objection to the provision for pension which applied when Sharpe J. declined jurisdiction was, as I understood the argument, that it treated provincial court judges in the same way as civil servants. Indeed, the same objection was made to the provision for other benefits of a financial nature, such as sick leave with pay and group insurance benefits of various kinds. The provisions which governed these benefits in Ontario Regulation 881, under the *Public Service Act* were made applicable to provincial court judges by s. 7 of Ontario Regulation 811, under the *Provincial Courts Act*. It was not until May 25, 1984 that Ontario Regulation 332/84, to which reference has been made, made special provision for such benefits in the case of provincial court judges, although some of the provisions in Ontario Regulation 881, that had been made applicable to provincial court judges continued to apply to them.

In my opinion this objection to the provisions for pension and other financial benefits which were applicable to provincial court judges at the time Sharpe J. declined jurisdiction does not touch an essential condition of the independence required by s. 11(d). The provisions established a right to pension and other benefits which could not be

sécurité de traitement essentielle pour être indépendants au sens de l'al. 11d).

Bien que, à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, le par. 34(1) de la *Loi sur les cours provinciales* habitait le lieutenant-gouverneur en conseil à pourvoir par règlement aux pensions des juges de cour provinciale, aucun règlement de ce genre n'a été adopté. Le droit à une pension, dont jouissent les juges de cour provinciale, était celui prévu pour les fonctionnaires par la *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.O. 1980, chap. 419, rendue applicable, en vertu de son art. 26, à tout juge de cour provinciale à plein temps. Ce n'est que le 25 mai 1984 que le Règlement de l'Ontario 332/84, adopté en vertu de la *Loi sur les cours provinciales*, a prévu par une disposition spéciale des pensions pour les juges de cour provinciale.

La principale objection apportée à la disposition sur la pension qui s'appliquait lorsque le juge Sharpe a décliné compétence était, si j'ai bien compris l'argument, qu'elle traitait les juges de cour provinciale comme des fonctionnaires. D'ailleurs, la même objection a été apportée à la disposition régissant d'autres avantages de nature financière, comme les congés de maladie payés et les indemnités d'assurance-groupe de divers genres. Les dispositions qui régissent ces avantages dans le Règlement de l'Ontario 881, pris en application de la *Loi sur la fonction publique*, ont été rendues applicables aux juges de cour provinciale par l'art. 7 du Règlement de l'Ontario 811, pris en application de la *Loi sur les cours provinciales*. Ce n'est que le 25 mai 1984 que le Règlement de l'Ontario 332/84, déjà mentionné, a prévu spécialement ces avantages dans le cas des juges de cour provinciale, bien que certaines des dispositions du Règlement de l'Ontario 881, qui avaient été étendues aux juges de cour provinciale, aient continué de leur être applicables.

À mon avis, cette objection apportée aux dispositions relatives à la pension et aux autres avantages financiers, qui étaient applicables aux juges de cour provinciale à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, ne touche pas une condition essentielle de l'indépendance requise par l'al. 11d). Ces dispositions créent un droit à une pension et à

interfered with by the Executive on a discretionary or arbitrary basis. That, as I have indicated, is the essential requirement for purposes of s. 11(d). Making the provisions governing civil servants applicable to the provincial court judges did not purport to characterize provincial judges as civil servants or increase the discretionary control of the Executive over the judges. It may well be preferable that the pensions and other financial benefits of judges should be given special and separate treatment in the law, as they now are, because of the special position and requirements of judges in this respect, but the application of the civil standards to provincial court judges at the time Sharpe J. declined jurisdiction did not, for the reasons I have indicated, affect their essential security in respect of pensions and benefits.

VI

The third essential condition of judicial independence for purposes of s. 11(d) is in my opinion the institutional independence of the tribunal with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of its judicial function. The degree to which the judiciary should ideally have control over the administration of the courts is a major issue with respect to judicial independence today. Howland C.J.O. drew a distinction, for purposes of the issues in the appeal, between adjudicative independence and administrative independence, which is reflected in the following passages from his reasons for judgment at pp. 432-33:

When considering the independence of the judiciary, it is necessary to draw a careful distinction between independent adjudication and independent administration. It is independent adjudication about which the Court is concerned in this appeal. The position of the judiciary under the English and Canadian Constitutions is quite different from that under the American Constitution. In the United States the federal judiciary is a separate branch which includes judicial administration. While the report of Chief Justice Jules Deschênes, "Masters in their Own House", September, 1981, recommended the independent judicial administration of the courts, the Canadian Judicial Council, in Septem-

d'autres avantages qui ne peut pas faire l'objet d'une atteinte discrétionnaire ou arbitraire de l'exécutif. C'est là, comme je l'ai dit, l'exigence essentielle pour les fins de l'al. 11d). Rendre applicables aux juges de cour provinciale les dispositions régissant les fonctionnaires n'avait pas pour but de qualifier de fonctionnaires les juges de cour provinciale, ni d'accroître le contrôle discrétionnaire de l'exécutif sur les juges. Il est sans doute préférable que les pensions et autres avantages financiers des juges reçoivent un traitement spécial et distinct dans la loi, comme c'est maintenant le cas, vu la situation et les exigences spéciales des juges à cet égard, mais l'application de normes de la Fonction publique aux juges de cour provinciale à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence n'a pas, pour les raisons que j'ai données, affecté leur sécurité essentielle en matière de pensions et d'avantages.

VI

La troisième condition essentielle de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) est, à mon avis, l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de ses fonctions judiciaires. Le degré de contrôle que le pouvoir judiciaire devrait idéalement exercer sur l'administration des tribunaux est un point majeur de l'indépendance judiciaire aujourd'hui. Le juge en chef Howland a fait la distinction, pour les fins des questions visées par l'appel, entre l'indépendance en matière de décisions et l'indépendance en matière d'administration, qu'on trouve dans les passages suivants de ses motifs de jugement aux pp. 432 et 433:

[TRADUCTION] Lorsqu'on étudie l'indépendance du pouvoir judiciaire, il est nécessaire de distinguer soigneusement entre l'indépendance en matière de décisions et l'indépendance en matière d'administration. C'est l'indépendance en matière de décisions qui intéresse la cour dans le présent appel. La situation du pouvoir judiciaire sous le régime des constitutions anglaise et canadienne est fort différente de celle sous le régime de la constitution américaine. Aux États-Unis, la magistrature fédérale est un pouvoir distinct qui comprend l'administration judiciaire. Si le rapport du juge en chef Jules Deschênes, «Maîtres chez eux», en date de septembre 1981, a recommandé que l'administration

ber, 1982, only approved of the first two stages of consultation and decision sharing between the Executive and the Judiciary and was not prepared to approve at that time of the third stage of independent judicial administration.

In Ontario, the primary role of the judiciary is adjudication. The Executive on the other hand is responsible for providing the court rooms and the court staff. The assignment of judges, the sittings of the court, and the court lists are all matters for the judiciary. The Executive must not interfere with, or attempt to influence the adjudicative function of the judiciary. However, there must necessarily be reasonable management constraints. At times there may be a fine line between interference with adjudication and proper management controls. The heads of the judiciary have to work closely with the representatives of the Executive unless the judiciary is given full responsibility for judicial administration.

In his conclusions Howland C.J.O. observed at p. 443:

On the hearing of this appeal, no submission was made that the Attorney General in his role as prosecutor interfered in any way with the sittings of the court, its lists, or the process of adjudication.

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

As the reasons of Howland C.J.O. indicate, however, the claim for greater administrative autonomy or independence for the courts goes considerably beyond these matters. The insistence is chiefly on a stronger or more independent role in the financial aspects of court administration—budgetary preparation and presentation and allo-

judiciaire des tribunaux soit indépendante, le Conseil canadien de la magistrature, en septembre 1982, n'a approuvé que les deux premiers stades, ceux de la consultation et du partage des décisions entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, n'étant pas prêt à approuver à cette époque le troisième stade, celui d'une administration judiciaire indépendante.

En Ontario, le rôle premier du pouvoir judiciaire est de rendre des décisions. L'exécutif, d'autre part, a la responsabilité de fournir les salles d'audience et le personnel judiciaire. L'assignation des juges à une cause, les séances de la cour et son rôle relèvent tous du pouvoir judiciaire. L'exécutif ne doit pas s'immiscer dans la fonction décisionnelle du pouvoir judiciaire ni tenter de l'influencer. Toutefois, il doit nécessairement y avoir des contraintes raisonnables de gestion. Parfois la démarcation entre l'immixtion dans la fonction décisionnelle et les contrôles adéquats de gestion est ténue. Les responsables du pouvoir judiciaire doivent collaborer étroitement avec les représentants de l'exécutif à moins que le pouvoir judiciaire ne se voie conférer l'entière responsabilité de l'administration judiciaire.

Dans ses conclusions, le juge en chef Howland souligne à la p. 443:

[TRADUCTION] À l'audition de l'appel, on n'a pas prétendu que le procureur général, dans son rôle de poursuivant, s'est immiscé de quelque manière dans les séances de la cour, dans la confection du rôle ou dans le processus décisionnel.

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

Cependant, comme l'indiquent les motifs du juge en chef Howland, la demande d'une plus grande autonomie ou indépendance administrative pour les tribunaux va beaucoup plus loin que cela. On insiste surtout sur un rôle plus important et plus autonome dans les aspects financiers de l'administration d'un tribunal, dont la préparation du

cation of expenditure—and in the personnel aspects of administration—the recruitment, classification, promotion, remuneration, and supervision of the necessary support staff. Probably the fullest exposition of the recommended enlargement of administrative autonomy or independence for the courts is to be found in the Deschênes report, with its three stage proposal for realization referred to by Howland C.J.O. consisting of consultation, decision sharing and independence. Strong support for the Deschênes recommendations in this area was recently expressed in the report of the Canadian Bar Association's Committee on judicial independence, which, while noting the reservations referred to by Howland C.J.O. concerning the third stage of full administrative autonomy or independence, recommended that the first two stages of consultation and decision sharing be implemented as soon as possible. The desirability of greater administrative independence, particularly with respect to financial and personnel matters, has also been the subject of important public addresses by leaders of the judiciary. In an address entitled "Some Observations on Judicial Independence" in 1980 the late Chief Justice Laskin had this to say on the subject:

Coming now to other elements which I regard as desirable supports for judicial independence, I count among them independence in budgeting and in expenditure of an approved budget, and independence in administration, covering not only the operation of the Courts but also the appointment and supervision of the supporting staff. Budget independence does not mean that Judges should be allowed to fix their own salaries; it means simply that the budget should not be part of any departmental budget but should be separately presented and dealt with. I do not, of course, preclude its presentation by a responsible Minister, but he should do this as a conduit, and yet as one able to support the budget after its preparation under the direction of the Chief Justice or Chief Judge and the chief administrative officer of the Court. So, too, should the Court, through its Chief Justice or Chief Judge and chief administrative officer, have supervision and direction of the staff of the Court

budget et la présentation et la répartition des dépenses, et dans les aspects de l'administration qui concernent le personnel, comme le recrutement, la classification, la promotion, la rémunération et la supervision du personnel de soutien nécessaire. Probablement l'exposé le plus complet de l'élargissement recommandé de l'autonomie ou de l'indépendance administrative des tribunaux se trouve dans le rapport Deschênes, et sa proposition en trois stades de réalisation, que mentionne le juge en chef Howland, comprenant la consultation, la participation et l'indépendance. Les recommandations Deschênes dans ce domaine ont récemment reçu l'appui, non négligeable, du rapport du Comité de l'Association du Barreau canadien sur l'indépendance de la magistrature qui, tout en prenant note des réserves que mentionne le juge en chef Howland concernant le troisième stade, celui de l'indépendance ou de l'autonomie administrative totale, a recommandé que les deux premiers stades de la consultation et de la participation soient mis en œuvre dès que possible. Le caractère souhaitable d'une plus grande indépendance administrative, particulièrement dans les domaines des finances et du personnel, a aussi fait l'objet d'allocutions publiques importantes de la part des leaders du pouvoir judiciaire. Dans un discours intitulé [TRADUCTION] «Quelques observations sur l'indépendance judiciaire», en 1980, feu le juge en chef Laskin avait eu ceci à dire à ce sujet:

[TRADUCTION] Pour en venir maintenant aux autres éléments que je considère comme souhaitables pour consolider l'indépendance judiciaire, j'y inclus l'indépendance dans la confection et dans les dépenses d'un budget approuvé, et l'indépendance dans l'administration, s'étendant non seulement au fonctionnement des tribunaux, mais aussi à la nomination et à la supervision du personnel de soutien. L'indépendance budgétaire ne signifie pas que les juges devraient être autorisés à fixer leur propre traitement; cela signifie simplement que le budget ne devrait faire partie d'aucun budget ministériel, mais qu'il devrait être présenté et traité séparément. Je ne m'oppose pas, bien entendu, à sa présentation par un ministre responsable, mais il devrait le faire comme intermédiaire, tout en étant en position de appuyer, après qu'il a été préparé sous la direction du juge en chef, ou du premier juge, et de l'administrateur en chef du tribunal. De même aussi, la cour, par son juge en chef, ou premier juge, et par l'administrateur en chef, devrait être chargée de la supervision et de la direction

and of the various supporting services such as the library and the Court's law reports.

The present Chief Justice of Canada, in his recent address to the annual meeting of the Canadian Bar Association, referred with approval to this statement of Laskin C.J. and said that "Preparation of judicial budgets and distribution of allocated resources should be under the control of the Chief Justices of the various courts, not the Ministers of Justice" and "Control over finance and administration must be accompanied by control over the adequacy and direction of support staff".

It is not entirely clear as to the extent to which the issue of institutional independence is actually raised by the various objections to the status of provincial court judges at the time Sharpe J. declined jurisdiction. As I understood the argument, the chief objection which could be said to relate to institutional independence was the extent to which the judges were treated as civil servants for purposes of pension and other financial benefits, such as group insurance and sick leave, and the control exercised by the Executive over such discretionary benefits or advantages as post-retirement reappointment, leave of absence with or without pay and the right to engage in extrajudicial employment. The contention was that the treatment of these matters and the executive control over them were calculated to make the Court appear as a branch of the Executive and the judges as civil servants. This impression, it was said, was reinforced by the manner in which the Court and its judges were associated with the Ministry of the Attorney General in printed material intended for public information. Dependence on the Executive for discretionary benefits or advantages was also said to affect the reality and the perception of the individual independence of the judges, an issue which must be considered separately from the question of institutional independence.

Although the increased measure of administrative autonomy or independence that is being recommended for the courts, or some degree of it,

de son personnel et des divers services de soutien, tels la bibliothèque et les recueils de jurisprudence de la cour.

L'actuel Juge en chef du Canada, dans un récent discours à l'assemblée annuelle de l'Association du Barreau canadien, s'est référé à ce qu'avait dit le juge en chef Laskin, l'approuvant et disant que [TRADUCTION] «La préparation des budgets judiciaires et la répartition des ressources allouées devraient être sous le contrôle des juges en chef des divers tribunaux, et non des ministres de la justice» et [TRADUCTION] «Le contrôle sur les finances et l'administration doit être assorti du contrôle sur la compétence et la direction du personnel de soutien.»

On ne voit pas tout à fait clairement dans quelle mesure la question de l'indépendance constitutionnelle est vraiment posée par les diverses objections apportées au statut des juges de cour provinciale de l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence. Si je comprends bien l'argument, l'objection principale qui serait apportée en matière d'indépendance institutionnelle aurait trait à la mesure dans laquelle les juges étaient considérés comme des fonctionnaires aux fins des pensions et d'autres avantages financiers, tels l'assurance-groupe, les congés de maladie et le contrôle qu'exerce l'exécutif sur des bénéfices ou avantages discrétionnaires comme les nouvelles nominations après l'âge de la retraite, les congés payés ou non payés et le droit de s'adonner à des activités extrajudiciaires. On a soutenu que la façon de traiter ces questions et le contrôle de l'exécutif sur celles-ci étaient conçus de manière à faire percevoir la cour comme un organe de l'exécutif et les juges, comme des fonctionnaires. Cette impression, a-t-on dit, était renforcée par la manière dont la cour et ses juges étaient associés au ministère du Procureur général dans les brochures destinées à informer le public. La dépendance envers l'exécutif dans le cas des bénéfices ou avantages discrétionnaires, a-t-on ajouté, influait sur l'indépendance véritable des juges, pris individuellement, et sur l'idée qu'on s'en faisait, un point qui doit être examiné indépendamment de la question de l'indépendance institutionnelle.

Si la plus grande autonomie ou indépendance administrative qu'il est recommandé d'accorder aux tribunaux, ou une partie de celle-ci, peut se

may well be highly desirable, it cannot in my opinion be regarded as essential for purposes of s. 11(d) of the *Charter*. The essentials of institutional independence which may be reasonably perceived as sufficient for purposes of s. 11(d) must, I think, be those referred to by Howland C.J.O. They may be summed up as judicial control over the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function. To the extent that the distinction between administrative independence and adjudicative independence is intended to reflect that limitation, I can see no objection to it. It may be open to objection, however, in so far as the desirable or recommended degree of administrative autonomy or independence of the courts is concerned. In my opinion, the fact that certain financial benefits applicable to civil servants were also made applicable to provincial court judges, that the Provincial Court (Criminal Division) and its judges were shown in printed material as associated with the Ministry of the Attorney General and that the Executive exercised administrative control over certain discretionary benefits or advantages affecting the judges did not prevent the Provincial Court (Criminal Division) at the time Sharpe J. declined jurisdiction from being reasonably perceived as possessing the essential institutional independence required for purposes of s. 11(d).

VII

It is necessary now to consider the effect on the individual independence of provincial court judges of the control exercised by the Executive over certain discretionary benefits or advantages. I have referred to the provisions of the *Provincial Courts Act* and the *Courts of Justice Act, 1984* concerning post-retirement reappointment or continuation in office, which may be necessary to permit a judge to complete entitlement to pension. Objection was also taken to the provisions for leave of absence with or without pay and for permission to engage in extra-judicial employment. The provisions for leave of absence that were applicable to provincial court judges at the time Sharpe J. declined jurisdiction were found in ss. 4 and 5 of Regulation 811 of the Revised Regulations of

révélér hautement souhaitable, elle ne saurait, à mon avis, être considérée comme essentielle pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*. Les aspects essentiels de l'indépendance institutionnelle qui peuvent raisonnablement être perçus comme suffisants pour les fins de l'al. 11d) doivent, je pense, se limiter à ceux mentionnés par le juge en chef Howland. On peut les résumer comme étant le contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires. Dans la mesure où la distinction entre l'indépendance dans l'administration et l'indépendance dans les décisions se veut le reflet de cette limitation, je n'y vois aucune objection. On peut s'y opposer toutefois dans la mesure où le degré souhaitable ou recommandé d'indépendance ou d'autonomie administrative des tribunaux est concerné. À mon avis, le fait que certains avantages financiers applicables aux fonctionnaires soient aussi applicables aux juges de cour provinciale, que la Cour provinciale (Division criminelle) et ses juges soient, dans des brochures, associés au ministère du Procureur général, et que l'exécutif exerce un contrôle administratif sur certains bénéfiques ou avantages discrétionnaires touchant les juges, n'empêchait pas la Cour provinciale (Division criminelle), à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, d'être raisonnablement perçue comme possédant l'indépendance institutionnelle essentielle pour les fins de l'al. 11d).

VII

Il est maintenant nécessaire d'examiner l'effet qu'a, sur l'indépendance individuelle des juges de cour provinciale, le contrôle exercé par l'exécutif sur certains bénéfiques ou avantages discrétionnaires. J'ai mentionné les dispositions de la *Loi sur les cours provinciales* et de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, concernant les nouvelles nominations ou le maintien des juges dans leur charge après l'âge de la retraite, qui peuvent se révéler nécessaires pour permettre à un juge d'être admissible à une pension. On s'est aussi opposé aux dispositions concernant les congés payés ou non payés et l'autorisation de s'adonner à des activités extrajudiciaires. Les dispositions portant sur les congés qui s'appliquaient aux juges de cour provinciale, à l'époque où le juge Sharpe a décliné

Ontario, 1980, made under the *Provincial Courts Act*, and in ss. 75 and 76 of Regulation 881 of the Revised Regulations of Ontario, 1980, made under the *Public Service Act*. Sections 4 and 5 of Regulation 811 provide that the Attorney General, upon the recommendation of the chief judge of the provincial courts, may grant to a judge leave of absence without pay and without the accumulation of sick leave credits for a period up to three years, and that the Lieutenant Governor in Council, upon the recommendation of the Attorney General, may grant special leave of absence with pay to a judge for special or compassionate purposes for a period not exceeding one year. Sections 75(1) and 76(1) of Regulation 881, which were made applicable to provincial court judges by s. 7 of Regulation 811, provided that a deputy minister could grant to an employee in his ministry leave of absence with pay for a period of not more than one year for the purpose of undertaking employment under the auspices of the Government of Canada or other public agency and leave of absence without pay and without accumulation of credits for a period of not more than one year for the purpose of undertaking employment under the auspices of the Government of Canada or other public agency, or by a public or private corporation. A leave of absence granted under s. 75 or s. 76 of Regulation 881 could be renewed from year to year. By s. 32(3) of Ontario Regulation 332/84, made on May 25, 1984, the Chief Judge of the Provincial Court (Criminal Division) was given the authority, in place of the deputy minister, to grant leave of absence to provincial court judges under ss. 75 and 76 of Regulation 881. The provision concerning permission to engage in extra-judicial employment at the time Sharpe J. declined jurisdiction was s. 12 of the *Provincial Courts Act*, which read as follows:

12.—(1) Subject to subsection (2), unless authorized by the Lieutenant Governor in Council, a judge shall not practise or actively engage in any business, trade or occupation but shall devote his whole time to the performance of his duties as a judge.

compétence, se retrouvent aux art. 4 et 5 du règlement 811 des Règlements refondus de l'Ontario de 1980, pris en application de la *Loi sur les cours provinciales*, et aux art. 75 et 76 du règlement 881 des Règlements refondus de l'Ontario de 1980, pris en application de la *Loi sur la fonction publique*. Les articles 4 et 5 du règlement 811 prévoient que le procureur général, sur la recommandation du juge en chef des cours provinciales, peut accorder à un juge un congé, non payé et sans crédit de congés de maladie, pour une période pouvant aller jusqu'à trois ans, et que le lieutenant-gouverneur en conseil, sur la recommandation du procureur général, peut accorder un congé payé spécial à un juge, pour des raisons humanitaires ou spéciales, pour une durée maximale d'un an. Les paragraphes 75(1) et 76(1) du règlement 881, rendus applicables aux juges de cour provinciale par l'art. 7 du règlement 811, prévoient qu'un sous-ministre peut accorder à un employé de son ministère un congé payé d'une durée maximale d'un an, pour lui permettre de travailler sous les auspices du gouvernement du Canada ou d'un autre organisme public, et un congé, non payé et sans crédit de congés de maladie, d'une durée maximale d'un an, pour lui permettre de travailler sous les auspices du gouvernement du Canada ou d'un autre organisme public ou d'une société publique ou privée. Un congé accordé en vertu des art. 75 ou 76 du règlement 881 peut être renouvelé d'année en année. Selon le par. 32(3) du Règlement de l'Ontario 332/84, pris le 25 mai 1984, le juge en chef de la Cour provinciale (Division criminelle) a reçu le pouvoir, en lieu et place du sous-ministre, d'accorder un congé aux juges de cour provinciale en vertu des art. 75 et 76 du règlement 881. La disposition concernant l'autorisation de s'adonner à une activité extrajudiciaire, à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, était l'art. 12 de la *Loi sur les cours provinciales*, dont voici le texte:

[TRADUCTION] 12.—(1) Sous réserve du paragraphe (2), à moins d'une autorisation du lieutenant-gouverneur en conseil, un juge ne doit s'adonner à aucun commerce, métier ou occupation, ni y participer activement, mais doit consacrer tout son temps à l'exercice de ses fonctions de juge.

(2) A judge, with the previous consent of the Minister, may act as arbitrator, conciliator or member of a police commission.

The provision with respect to extra-judicial employment of provincial judges in the *Courts of Justice Act, 1984* is s. 53, which came into force on January 1, 1985 and reads as follows:

53.—(1) A provincial judge shall devote his or her whole time to the performance of his or her duties as a judge, except as authorized by the Lieutenant Governor in Council.

(2) Notwithstanding subsection (1), a provincial judge who, before the coming into force of this Part, had the consent of the Attorney General to act as an arbitrator or conciliator may continue to so act.

There are similar provisions respecting extra-judicial employment in the provincial courts legislation of the other provinces. In some cases it is specified that a judge shall not receive any additional remuneration for such employment.

While it may well be desirable that such discretionary benefits or advantages, to the extent that they should exist at all, should be under the control of the judiciary rather than the Executive, as recommended by the Deschênes report and others, I do not think that their control by the Executive touches what must be considered to be one of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*. In so far as the subjective aspect is concerned, I agree with the Court of Appeal that it would not be reasonable to apprehend that a provincial court judge would be influenced by the possible desire for one of these benefits or advantages to be less than independent in his or her adjudication.

For the foregoing reasons I am of the opinion that at the time he declined jurisdiction on December 16, 1982 Sharpe J. sitting as the Provincial Court (Criminal Division) was an independent tribunal within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*. The same is true in my opinion of all the judges of the Court since the amendment in 1983 to s. 5(4) of the *Provincial Courts Act* removed the objection to the nature of the tenure under a post-retirement appointment or continuation in office. Accordingly I would dismiss the appeal and

(2) Un juge peut, après avoir reçu l'autorisation du Ministre, agir comme arbitre, conciliateur ou membre d'une commission de police.

La disposition concernant les emplois extrajudiciaires des juges provinciaux dans la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires* est l'art. 53, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1985, dont voici le texte:

53.—(1) Le juge d'une cour provinciale se consacre à ses fonctions à l'exclusion de toutes autres, sauf avec l'autorisation du lieutenant-gouverneur en conseil.

(2) Par dérogation au par. (1), le juge qui, avant l'entrée en vigueur de la présente partie, avait l'autorisation du procureur général pour agir à titre d'arbitre ou de conciliateur peut continuer d'occuper ces fonctions.

Il y a des dispositions semblables concernant les activités extrajudiciaires dans la législation des autres provinces sur les cours provinciales. Dans certains cas, il est spécifié qu'un juge ne touchera aucune rémunération additionnelle pour une telle activité.

S'il peut être souhaitable que ces bénéfices ou avantages discrétionnaires, dans la mesure où il devrait y en avoir, soient contrôlés par le pouvoir judiciaire plutôt que par l'exécutif, comme le rapport Deschênes et d'autres l'ont recommandé, je ne pense pas que leur contrôle par l'exécutif touche à ce qui doit être considéré comme l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*. Pour ce qui est de l'aspect subjectif, je conviens avec la Cour d'appel qu'il ne serait pas raisonnable de craindre qu'un juge de cour provinciale, influencé par l'éventuelle volonté d'obtenir l'un de ces bénéfices ou avantages, soit loin d'être indépendant au moment de rendre jugement.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis qu'à l'époque où il a décliné compétence, soit le 16 décembre 1982, le juge Sharpe siégeant en Cour provinciale (Division criminelle) constituait un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte*. On peut dire la même chose, selon moi, de tous les juges de la cour puisque la modification apportée en 1983 au par. 5(4) de la *Loi sur les cours provinciales* a fait disparaître l'objection à la nature de la charge par suite d'une nomination après l'âge de la retraite ou du maintien en poste.

answer the constitutional question as follows: A judge of the Provincial Court (Criminal Division) of Ontario is an independent tribunal within the meaning of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Noel Bates, Burlington.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Réal A. Forest and Angeline Thibault, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.

Solicitor for the interveners The Provincial Court Judges Association (Criminal Division) and Ontario Family Court Judges Association: Morris Manning, Toronto.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi à la question constitutionnelle: Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle) de l'Ontario constitue un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Noel Bates, Burlington.

Procureur de l'intimée: Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Réal A. Forest et Angeline Thibault, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.

Procureur des intervenants l'Association des juges des Cours provinciales (Division criminelle) et Ontario Family Court Judges Association: Morris Manning, Toronto.