

Michel Généreux *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GÉNÉREUX

File No.: 22103.

1991: June 5; 1992: February 13.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL APPEAL
COURT OF CANADA**

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Courts martial — Member of Canadian Armed Forces tried by General Court Martial on narcotics and desertion charges — Whether s. 11 of Canadian Charter of Rights and Freedoms applicable to General Court Martial proceedings — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — General Court Martial — Member of Canadian Armed Forces tried by General Court Martial on narcotics and desertion charges — Whether structure of General Court Martial infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to be tried by independent and impartial tribunal — Member of Canadian Armed Forces tried by General Court Martial on narcotics and desertion charges — Whether General Court Martial an independent and impartial tribunal — Whether s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms offers greater protection than s. 11(d) of Charter — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Military personnel — Member of Canadian Armed Forces charged with narcotics

Michel Généreux *Appellant*

c.

a Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GÉNÉREUX

Nº du greffe: 22103.

1991: 5 juin; 1992: 13 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COUR
MARTIALE DU CANADA**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Cours martiales — Membre des Forces armées canadiennes jugé par une cour martiale générale relativement à des accusations en matière de stupéfiants et de désertion — L'article 11 de la Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-il aux procédures d'une cour martiale générale? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cour martiale générale — Membre des Forces armées canadiennes jugé par une cour martiale générale relativement à des accusations en matière de stupéfiants et de désertion — L'organisation de la cour martiale générale porte-t-elle atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial — Membre des Forces armées canadiennes jugé par une cour martiale générale relativement à des accusations en matière de stupéfiants et de désertion — La cour martiale générale est-elle un tribunal indépendant et impartial? — L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés offre-t-il une plus grande protection que l'art. 11d) de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Personnel militaire — Membre des Forces armées canadiennes accusé d'infractions en matière

offences and tried before military tribunal under National Defence Act — Civilian charged with same offences entitled to trial before ordinary criminal court — Whether trial by military tribunal infringed s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 130.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Narcotics found following search of accused's home — Procedure for obtaining search warrant unacceptable — Accused's right against unreasonable search infringed — Whether narcotics evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

The accused, a corporal with the Canadian Armed Forces, was charged with possession of narcotics for the purpose of trafficking contrary to s. 4 of the *Narcotic Control Act* and with desertion contrary to s. 88(1) of the *National Defence Act*. He was tried by a General Court Martial and convicted. His appeal to the Court Martial Appeal Court was dismissed. The main issue raised in this appeal is whether a General Court Martial is an independent and impartial tribunal for the purposes of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Both the judge advocate and the majority of the Court Martial Appeal Court found that the General Court Martial met the standard of independence required by s. 11(d) of the *Charter*.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered. The structure of the General Court Martial at the time of the accused's trial infringed his right to be tried by an independent and impartial tribunal guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. The infringement was not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

(1) Application of s. 11 of Charter

An accused who is charged with offences under the Code of Service Discipline and is subject to the jurisdiction of a General Court Martial may invoke the protection of s. 11 of the *Charter*. Although the Code of Service Discipline is primarily concerned with maintaining discipline and integrity in the Canadian Armed Forces, it also serves a public function by punishing specific conduct which threatens public order and welfare, including any act or omission punishable under the

de stupéfiants et jugé devant un tribunal militaire en vertu de la Loi sur la défense nationale — Droit pour le civil accusé des mêmes infractions de subir son procès devant une cour criminelle ordinaire — Le procès devant un tribunal militaire porte-t-il atteinte à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 130.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Stupéfiants découverts à la suite d'une perquisition au domicile de l'accusé — Caractère inacceptable de la procédure suivie pour obtenir un mandat de perquisition — Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives — La preuve composée des stupéfiants devrait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

L'accusé, un caporal des Forces armées canadiennes, a été inculpé de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic, soit l'infraction prévue à l'art. 4 de la *Loi sur les stupéfiants*, et de désertion, soit l'infraction prévue au par. 88(1) de la *Loi sur la défense nationale*. Il a subi son procès devant une cour martiale générale et a été déclaré coupable. Son appel à la Cour d'appel de la cour martiale a été rejeté. Il s'agit principalement de déterminer, en l'espèce, si une cour martiale générale est un tribunal indépendant et impartial au sens de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge-avocat et la Cour d'appel de la cour martiale, à la majorité, ont conclu que la cour martiale générale respectait la norme d'indépendance requise par l'al. 11d) de la *Charte*.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné. L'organisation de la cour martiale générale, à l'époque du procès de l'accusé, a porté atteinte au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial que lui garantissait l'al. 11d) de la *Charte*. Cette atteinte n'est pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

(1) Application de l'art. 11 de la Charte

Un accusé, qui est inculpé d'infractions au Code de discipline militaire et qui est justiciable d'une cour martiale générale, peut invoquer la protection de l'art. 11 de la *Charte*. Quoique le Code de discipline militaire porte avant tout sur le maintien de la discipline et de l'intégrité au sein des Forces armées canadiennes, il joue aussi un rôle de nature publique du fait qu'il vise à punir une conduite précise qui menace l'ordre et le bien-être publics, y compris toute action ou omission punissable

Criminal Code or any other Act of Parliament. In any event, since the accused faced a possible penalty of imprisonment in this case, even if the matter dealt with was not of a public nature, s. 11 would nonetheless apply by virtue of the potential imposition of true penal consequences.

(2) Section 11(d)

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: A parallel system of military tribunals, staffed by members of the military who are aware of and sensitive to military concerns, is not, by its very nature, inconsistent with s. 11(d). The existence of such a system, for the purpose of enforcing discipline in the military, is deeply entrenched in our history and is supported by compelling principles. The accused's right to be tried by an independent and impartial tribunal must thus be interpreted in this context and in the context of s. 11(f) of the *Charter*, which contemplates the existence of a system of military tribunals with jurisdiction over cases governed by military law. In view of s. 11(f), the content of the constitutional guarantee of an independent and impartial tribunal may well be different in the military context than it would be in the context of a regular criminal trial. An individual who challenges the independence of a tribunal under s. 11(d) need not prove an actual lack of independence. The question is whether a reasonable person, familiar with the constitution and structure of the General Court Martial, would perceive that tribunal as independent. The independence of a tribunal is to be determined on the basis of the objective status of that tribunal. This objective status is revealed by an examination of the legislative provisions governing the tribunal's constitution and proceedings, irrespective of the actual good faith of the adjudicator.

The structure and constitution of the General Court Martial, as it existed at the time of the accused's trial, did not comply with the requirements of s. 11(d) of the *Charter*. The essential conditions of judicial independence described in *Valente* were not met. First, the judge advocate at the General Court Martial did not enjoy sufficient security of tenure. The *National Defence Act* and regulations fail to protect a judge advocate against the discretionary or arbitrary interference of the executive. The Judge Advocate General, who had the legal authority to appoint a judge advocate at a General Court Martial, is not independent of but is rather a part of the executive. The Judge Advocate General serves as the agent of the executive in supervising prosecutions. Furthermore, under the regulations in force at the time of the trial, the judge advocate was appointed solely on a case

en vertu du *Code criminel* ou d'une autre loi du Parlement. De toute façon, comme l'accusé risquait l'emprisonnement en l'espèce, même si l'affaire n'était pas de nature publique, l'art. 11 s'appliquerait néanmoins à cause de la possibilité de l'imposition de véritables conséquences pénales.

(2) L'alinéa 11d)

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Un système parallèle de tribunaux militaires, composés de militaires qui sont conscients des préoccupations des Forces armées et qui y sont sensibles, n'est pas intrinsèquement incompatible avec l'al. 11d). L'existence d'un tel système, pour le maintien de la discipline dans les Forces armées, est profondément enracinée dans notre histoire et est justifiée par des principes impérieux. Le droit de l'accusé d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial doit être interprété dans ce contexte et dans celui de l'al. 11f) de la *Charte*, qui prévoit l'existence d'un système de tribunaux militaires ayant compétence sur les affaires régies par le droit militaire. Compte tenu de l'al. 11f), le contenu de la garantie constitutionnelle d'un tribunal indépendant et impartial peut très bien différer selon qu'il s'agit du contexte militaire ou de celui d'un procès criminel ordinaire. Une personne qui conteste l'indépendance d'un tribunal aux fins de l'al. 11d) n'a pas besoin de prouver l'absence réelle d'indépendance. Il s'agit de déterminer si une personne raisonnable, bien au fait de la constitution et de l'organisation de la cour martiale générale, percevrait ce tribunal comme indépendant. L'indépendance d'un tribunal doit être déterminée en fonction de son statut objectif. Ce statut objectif ressort de l'examen des dispositions législatives régissant la constitution et les procédures du tribunal, indépendamment de la bonne foi réelle du décideur.

L'organisation et la constitution de la cour martiale générale, telle qu'elle existait au moment du procès de l'accusé, ne respectaient pas les exigences de l'al. 11d) de la *Charte*. Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire énoncées dans l'arrêt *Valente* n'ont pas été remplies. Premièrement, le juge-avocat de la cour martiale générale ne jouissait pas d'une inamovibilité suffisante. La *Loi sur la défense nationale* et ses règlements d'application ne protègent pas le juge-avocat contre l'ingérence discrétionnaire ou arbitraire de l'exécutif. Le juge-avocat général, qui était légalement habilité à nommer un juge-avocat à la cour martiale générale, n'est pas indépendant de l'exécutif, mais en fait plutôt partie. Le juge-avocat général fait fonction de mandataire de l'exécutif dans la surveillance des poursuites. En outre, selon les règlements en vigueur lors du procès,

by case basis. As a result, there was no objective guarantee that his career as military judge would not be affected by decisions tending to favour an accused rather than the prosecution. A reasonable person might well have entertained an apprehension that the person chosen as judge advocate had been selected because he had satisfied the interests of the executive, or at least not seriously disappointed executive expectations, in previous proceedings. Although a General Court Martial is convened on an *ad hoc* basis, it is not a "specific adjudicative task". The General Court Martial is a recurring affair. Military judges who act periodically as judge advocates must therefore have a tenure that is beyond the interference of the executive for a fixed period of time. Security of tenure during the period of a specific General Court Martial is not adequate protection for the purposes of s. 11(d). It would not be reasonable, however, in this context, to require a system in which military judges are appointed until the age of retirement. The requirements of s. 11(d) are sensitive to the context in which an adjudicative task is performed. The *Charter* does not require uniform institutional standards for all tribunals subject to s. 11(d).

Second, the judge advocate and members of the General Court Martial did not enjoy sufficient financial security. A military legal officer's salary is determined in part according to a performance evaluation. There were no formal prohibitions at the time against evaluating an officer on the basis of his performance at a General Court Martial. The executive thus had the ability to interfere with the salaries and promotional opportunities of officers serving as judge advocates and members at a court martial. Although the practice of the executive may very well have been to respect the independence of the participants at the court martial in this respect, this was not sufficient to correct the weaknesses in the tribunal's status. A reasonable person would perceive that financial security was not present in this case.

Third, certain characteristics of the General Court Martial system were likely to cast doubt on the institutional independence of the tribunal in the mind of a reasonable and informed person. While the idea of a separate system of military tribunals obviously requires substantial relations between the military hierarchy and the military judicial system, the principle of institutional independence requires that the General Court Martial be free from external interference with respect to matters

le juge-avocat n'occupait qu'une charge *ad hoc*. Par conséquent, il n'y avait objectivement aucune garantie que sa carrière de juge militaire ne serait pas compromise s'il rendait des décisions favorables à l'accusé plutôt qu'à la poursuite. Une personne raisonnable aurait bien pu craindre que la personne nommée au poste de juge-avocat ait été choisie parce qu'elle avait satisfait aux intérêts de l'exécutif, ou du moins parce qu'elle n'avait pas sérieusement déçu les attentes de l'exécutif lors de procédures antérieures. Certes, la cour martiale générale est convoquée spécialement pour une affaire, mais il ne s'agit pas d'une «charge *ad hoc*». La cour martiale générale est convoquée régulièrement. Les juges militaires qui, périodiquement, agissent comme juge-avocat doivent donc bénéficier d'une inamovibilité qui les mette à l'abri de toute ingérence de l'exécutif pendant une période déterminée. L'inamovibilité pendant qu'une cour martiale générale instruit une affaire donnée n'est pas une garantie suffisante aux fins de l'al. 11d). Toutefois, il ne serait pas raisonnable, dans ce contexte, d'exiger un système dans lequel les juges militaires seraient nommés jusqu'à l'âge de la retraite. Les exigences de l'al. 11d) tiennent compte du contexte dans lequel la charge décisionnelle est exercée. La *Charte* n'impose pas des normes institutionnelles uniformes qui seraient applicables à tous les tribunaux assujettis à l'al. 11d).

Deuxièmement, le juge-avocat et les membres de la cour martiale générale ne jouissaient pas d'une sécurité financière suffisante. Le salaire d'un avocat militaire est déterminé en partie grâce à une évaluation de rendement. À l'époque, il n'était pas interdit formellement d'évaluer un officier en fonction de son rendement en cour martiale générale. Ainsi, l'exécutif avait nettement le pouvoir d'influer sur les salaires et les chances d'avancement des officiers faisant fonction de juges-avocats et de membres d'une cour martiale. Même s'il se pouvait fort bien que l'exécutif ait coutume de respecter l'indépendance des participants à la cour martiale sous ce rapport, cela n'était pas suffisant pour corriger les faiblesses du statut du tribunal. Une personne raisonnable se rendrait compte de l'absence de sécurité financière en l'espèce.

Troisièmement, certaines caractéristiques du système des cours martiales générales seraient fort probablement susceptibles de compromettre l'indépendance institutionnelle du tribunal dans l'esprit d'une personne raisonnable et bien informée. Bien que l'idée d'un système distinct de tribunaux militaires commande manifestement l'existence de liens importants entre la hiérarchie militaire et le système de justice militaire, le principe de l'indépendance institutionnelle exige que la cour mar-

that relate directly to the tribunal's judicial function. An examination of the legislation governing the General Court Martial reveals that military officers, who are responsible to their superiors in the Department of Defence, are intimately involved in the proceedings of the tribunal. In particular, it is unacceptable that the authority that convenes the court martial, i.e. the executive, which is responsible for appointing the prosecutor, should also have the authority to appoint members of the court martial, who serve as the triers of fact. The appointment of the judge advocate by the Judge Advocate General also undermines the institutional independence of the General Court Martial. The close ties between the Judge Advocate General, who is appointed by the Governor in Council, and the executive, are obvious. To comply with s. 11(d) of the *Charter*, the appointment of a military judge to sit as judge advocate at a particular General Court Martial should be in the hands of an independent and impartial judicial officer.

Per La Forest, McLachlin and Stevenson JJ.: Section 11(d) of the *Charter* imports a flexible standard which must take into account the nature of the tribunal under consideration. The difficulty in applying the concepts in *Valente* to assess military tribunals is largely attributable to the difficulty in defining the concept of the "executive" from which there must be independence. If the executive is defined to include the entire hierarchy, military tribunals will always be subject to executive influence.

A General Court Martial is convened for a single adjudicative task and, given the requirement of flexibility, a tenure for that "specific adjudicative task" could be a sufficient guarantee of security of tenure. A tenure beyond executive interference for a judge advocate could only be achieved by tenured appointments roughly equivalent to those given to the professional judiciary. This aspect of a military judgeship should not, however, be so institutionalized.

To meet the requirement of "institutional independence" under s. 11(d), an *ad hoc* military tribunal, composed of military personnel, operating within a military hierarchy, must be free to make its decisions on the merits. No one who has an interest in seeing that the prosecution succeeds or fails should be in a position of influence. The accused, the "complainants", the prosecutor and the military personnel engaged in the investigation of, or in formulating or approving the charges clearly

tiale générale soit à l'abri de toute ingérence extérieure relativement aux questions qui concernent directement la fonction judiciaire du tribunal. L'examen des lois régissant la cour martiale générale révèle que les officiers militaires, qui sont comptables à leurs supérieurs au ministère de la Défense, participent étroitement aux procédures du tribunal. En particulier, il est inacceptable que l'autorité qui convoque la cour martiale, c'est-à-dire l'exécutif, qui est responsable de la nomination du procureur à charge, soit en outre investie du pouvoir de nommer les membres de la cour martiale qui remplissent la fonction de juge des faits. La nomination du juge-avocat par le juge-avocat général sape également l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale. Les rapports étroits entre le juge-avocat général, qui est nommé par le gouverneur en conseil, et l'exécutif, sont évidents. Pour être conforme à l'al. 11d) de la *Charte*, la nomination d'un juge militaire pour occuper la charge de juge-avocat à une cour martiale générale donnée devrait incomber à un officier de justice indépendant et impartial.

Les juges La Forest, McLachlin et Stevenson: L'alinea 11d) de la *Charte* suppose une norme souple qui doit tenir compte de la nature du tribunal visé. La difficulté que pose l'application des concepts de l'arrêt *Valente* pour évaluer les tribunaux militaires dépend largement du problème que pose la définition du concept de «l'exécutif» à l'égard duquel il doit y avoir indépendance. Si l'exécutif est défini de manière à comprendre toute la hiérarchie, les tribunaux militaires seront toujours assujettis à son influence.

Une cour martiale générale est convoquée pour s'acquitter d'une charge *ad hoc* et, compte tenu de l'exigence de souplesse, l'inamovibilité à l'égard de cette «charge *ad hoc*» pourrait constituer une garantie suffisante d'inamovibilité. Le juge-avocat pourrait bénéficier d'une inamovibilité qui le mette à l'abri de toute ingérence de l'exécutif si l'on procérait à des nominations à titre inamovible à peu près équivalentes à celles accordées aux juges de profession. Toutefois, cet aspect de la magistrature militaire ne devrait pas être ainsi institutionnalisé.

Pour satisfaire à l'exigence d'«indépendance institutionnelle» aux termes de l'al. 11d), un tribunal militaire *ad hoc*, composé de personnel militaire, qui fonctionne dans le cadre d'une hiérarchie militaire, doit être libre de rendre sa décision sur le fond de l'affaire. La personne qui a intérêt à ce que la poursuite ait ou non gain de cause ne devrait pas être en mesure d'exercer une influence. L'accusé, les «plaignants», le procureur à charge et le personnel militaire chargé de mener l'en-

have such an interest. There must be found some point within the military hierarchy where an officer or official has no real or apparent concern about the outcome of a case. There is, at that point, sufficient independence in the setting of military tribunals.

While the convening authority is sufficiently far removed from the investigative and complaint stages to convene the court martial and appoint its members, it also appoints, with the concurrence of the Judge Advocate General, the prosecutor. At the time of the trial, the judge advocate was appointed by the Judge Advocate General. The convergence of responsibilities in appointing the prosecutor and judge advocate is objectionable as it fails to meet the requirement that those appointing the tribunal have no apparent concern in the outcome. Further, under the scheme in force when these proceedings took place, there was nothing to prevent those who made decisions in relation to salaries and promotions from taking into consideration the outcome of a court martial. This could well include persons with an interest in that outcome and thus be perceived as an apparent infringement of the "financial security" requirement under s. 11(d).

quête ou de formuler ou d'approuver les accusations ont clairement cet intérêt. Il faut trouver un certain point dans la hiérarchie militaire où l'officier ou le fonctionnaire n'a aucun intérêt réel ou apparent dans l'issue du procès. À ce point, il y a indépendance suffisante en matière d'établissement de tribunaux militaires.

Bien que l'autorité convocatrice soit suffisamment éloignée des étapes de l'enquête et de la plainte pour convoquer la cour martiale et en désigner les membres, elle désigne également, avec l'assentiment du juge-avocat général, le procureur à charge. Au moment du procès, le juge-avocat était nommé par le juge-avocat général. La convergence des responsabilités en matière de nomination du procureur à charge et du juge-avocat est inadmissible car elle ne satisfait pas à l'exigence que ceux qui constituent le tribunal n'aient aucun intérêt apparent dans l'issue du procès. En outre, selon le régime en vigueur lors de ces procédures, rien n'empêchait ceux qui prenaient des décisions en matière de salaires et de promotions de tenir compte de l'issue d'un procès devant une cour martiale. Cela pouvait bien comprendre les personnes ayant un intérêt dans ce résultat et ainsi être perçu comme l'inobservation apparente de l'exigence de «sécurité financière» que prévoit l'al. 11d).

L'Heureux-Dubé J. (dissenting): This case arises in the context of a military tribunal and, in interpreting s. 11(d) of the *Charter*, sufficient weight must be given to that context. The contextual approach is a tenet of constitutional interpretation which is of paramount importance. While the virtues of this approach have been discussed principally with respect to s. 1 of the *Charter*, context is also important at the initial stage of deciding whether or not a breach of a given right or freedom has occurred. A right or freedom may have different meanings in different circumstances. Where military tribunals are at issue, the contextual approach is not merely advantageous but clearly required. The wording of s. 11(f) illustrates that the *Charter* contemplates a separate system of military justice. So, when measuring the General Court Martial against the requirements of the *Charter*, certain considerations must be kept in mind. Among those considerations are that the Armed Forces depend upon the strictest discipline in order to function effectively and that alleged instances of non-adherence to rules of the military need to be tried within the chain of command.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La présente affaire se situe dans le contexte d'un tribunal militaire et, en interprétant l'al. 11d) de la *Charte*, il faut accorder suffisamment d'importance à ce contexte. L'approche ou méthode contextuelle est un principe d'interprétation constitutionnelle d'une importance capitale. Bien que les vertus de la méthode contextuelle aient été analysées principalement en ce qui a trait à l'article premier de la *Charte*, le contexte est également important à l'étape initiale où il s'agit de décider s'il y a eu violation d'un droit ou d'une liberté donnés. Un droit ou une liberté peuvent avoir une signification différente dans des circonstances différentes. Lorsque des tribunaux militaires sont en cause, la méthode contextuelle est non simplement avantageuse mais, de toute évidence, essentielle. Le texte de l'al. 11f) démontre que la *Charte* envisage un système distinct de justice militaire. Alors, en évaluant la cour martiale générale en fonction des exigences de la *Charte*, il y a lieu de garder à l'esprit certaines considérations. Parmi ces considérations, il y a le fait que les Forces armées exigent par-dessus tout la discipline la plus stricte pour fonctionner de manière efficace et celui que les allégations de non-respect des règles militaires doivent être jugées dans le cadre de cette chaîne de commandement.

The three criteria of judicial independence described in *Valente* were not meant to apply to each and every form of tribunal. *Valente* exhibits a concern for flexibility and a recognition that differences in tribunals form an acceptable and even desirable part of the Canadian legal landscape. It would thus be an error to adopt a uniform formula for all the tribunals subject to s. 11(d). In this case, given the transitory nature of a General Court Martial and peculiar circumstances surrounding the financial remuneration (or lack thereof) of its members, the criteria of security of tenure and financial security are especially ill-suited to the task of assessing the constitutionality of that tribunal. Nonetheless, even if these criteria are accurate indicia of its constitutionality, they were amply satisfied by the structure of the General Court Martial as it existed at the time of the accused's trial.

The judge advocate at the General Court Martial enjoyed sufficient security of tenure. The performance of a judge advocate can pass constitutional muster even though he is appointed by the executive. The framers of the *Charter* could not have intended s. 11(d) to prevent the executive from appointing members of the judiciary when other sections of the Constitution explicitly give the executive authority to do so. A General Court Martial is a "specific adjudicative task" as contemplated in *Valente* and is not part of a "recurring affair". The *National Defence Act* and its regulations contemplate each court as an entirely distinct entity. Further, while the General Court Martial is taking place, there are sufficient guarantees of the tenure of the persons involved from the executive. Under the regulations, only if the judge advocate is, for some reason, unable to attend the General Court Martial, may the convening authority appoint a replacement judge advocate. Otherwise, once appointed, the judge advocate is at complete liberty to proceed with the undertaking with which he has been entrusted. This provides sufficient insulation to the judge advocate to perform his duty.

The judge advocate and the members of the General Court Martial also enjoyed sufficient financial security. While it may be desirable that certain discretionary benefits or advantages should not be under the control of the executive, such potential discretion is not sufficient to constitute arbitrary interference by the executive in a manner that could affect judicial independence and hence to give rise to a reasonable apprehension that the essential condition of financial security was not met. As stated in *Valente*, executive control over certain discre-

Les trois critères de l'indépendance judiciaire décrits dans l'arrêt *Valente* n'étaient pas destinés à s'appliquer à chaque forme de tribunal. L'arrêt *Valente* dénote un souci de souplesse et une reconnaissance que les différences entre les tribunaux constituent un aspect acceptable et même souhaitable du paysage juridique canadien. Ce serait donc une erreur d'adopter une formule uniforme pour tous les tribunaux assujettis à l'al. 11d). En l'espèce, compte tenu de la nature transitoire de la cour martiale générale et des circonstances particulières relatives à la rémunération (ou à l'absence de rémunération) de ses membres, les critères d'inamovibilité et de sécurité financière sont particulièrement mal adaptés à l'évaluation de la constitutionnalité de ce tribunal. Néanmoins, même si ces critères constituent des indices précis de sa constitutionnalité, la structure de la cour martiale générale, telle qu'elle existait au moment du procès de l'accusé, a amplement satisfait à ceux-ci.

Le juge-avocat de la cour martiale générale jouissait d'une inamovibilité suffisante. Le rendement d'un juge-avocat peut être acceptable du point de vue constitutionnel même s'il est nommé par l'exécutif. Les rédacteurs de la *Charte* ne peuvent avoir entendu que l'al. 11d) empêche l'exécutif de nommer des membres de la magistrature là où d'autres articles de la Constitution lui confèrent explicitement le pouvoir de le faire. Une cour martiale générale constitue une «charge ad hoc» telle qu'envisagée dans l'arrêt *Valente* et n'est pas «convoyée régulièrement». La *Loi sur la défense nationale* et son règlement d'application envisagent chaque cour comme une entité tout à fait distincte. En outre, pendant que siège la cour martiale générale, l'exécutif fournit des garanties suffisantes en ce qui a trait à l'inamovibilité des personnes visées. Aux termes du règlement, l'autorité convocatrice ne peut nommer un remplaçant au juge-avocat que si celui-ci est, pour une raison quelconque, incapable d'assister aux audiences de la cour martiale générale. Autrement, une fois qu'il est nommé, le juge-avocat est entièrement libre de poursuivre l'affaire qui lui a été confiée. Cela assure au juge-avocat une indépendance suffisante dans l'exercice de ses fonctions.

Le juge-avocat et les membres de la cour martiale générale jouissaient également d'une sécurité financière suffisante. S'il peut être souhaitable que certains bénéfices ou avantages discrétionnaires ne soient pas contrôlés par l'exécutif, une telle possibilité de pouvoir discrétionnaire n'est pas suffisante pour constituer une ingérence arbitraire de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire et ainsi susciter une crainte raisonnable que la condition essentielle de la sécurité financière n'ait pas été respectée. Comme

tionary benefits or advantages does not go to the heart of s. 11(d).

The criterion of institutional independence was satisfied. Section 11(d) of the *Charter* permits a sufficient degree of connection between the executive and the participants in a General Court Martial. It is unrealistic under s. 11(d) to demand the absolute separation of the judiciary from the other branches of government. While s. 11(d) might not condone a civilian system of justice where the same body which appointed the prosecutor also appoints the triers of fact, or where the executive and the presiding judge maintain close ties, in the context of the Armed Forces these characteristics may well be a necessary part of the chain of command which, when followed link by link, ultimately leads to the same destination no matter where one begins. The constitutional standard applicable in the civilian system of justice is wholly inapplicable to measuring a trial by General Court Martial.

on l'a affirmé dans l'arrêt *Valente*, le contrôle exercé par l'exécutif sur certains bénéfices ou avantages discrétionnaires n'a pas pour effet d'aller au cœur de l'al. 11d).

a Le critère de l'indépendance institutionnelle a été respecté. L'alinéa 11d) de la *Charte* autorise un lien suffisant entre l'exécutif et les participants à une cour martiale générale. Il n'est pas réaliste, aux termes de l'al. 11d), d'exiger la séparation absolue du pouvoir judiciaire des autres organes du gouvernement. Bien qu'il se puisse que l'al. 11d) ne tolère pas un système de justice civil où le même organisme qui a nommé le procureur à charge nomme également le juge des faits, ou dans lequel l'exécutif et le juge qui préside entretiennent des liens étroits, dans le contexte des Forces armées, ces caractéristiques peuvent très bien constituer une partie nécessaire de la chaîne de commandement qui, lorsqu'elle est suivie maillon par maillon, conduit finalement à la même destination peu importe où l'on commence. La norme constitutionnelle applicable dans le système de justice civil est tout à fait inapplicable pour évaluer un procès devant une cour martiale générale.

(3) Section 1

f *Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: The infringement of s. 11(d) cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. While the goal of maintaining order and discipline within the Armed Forces is of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right, the scheme of the General Court Martial, as it existed at the time of the accused's trial, failed to meet the proportionality test. There may well exist a rational connection between the challenged structure of the General Court Martial and the goal of the maintenance of military discipline, but this structure did not impair the accused's s. 11(d) rights "as little as possible". The structure incorporated features which were not necessary to attain either military discipline or military justice. Under normal circumstances, it is not necessary to try alleged military offenders before a tribunal in which the judge, the prosecutor, and the triers of fact are all chosen by the executive. As well, it is not necessary that promotional opportunities, and hence the financial prospects within the military establishment, for officers serving on such tribunals should be capable of being affected by senior officers' assessments of their performance in the course of the trial.

e (3) L'article premier

f *Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci:* La violation de l'al. 11d) ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif de maintenir l'ordre et la discipline au sein des Forces armées ait une importance suffisante pour justifier la suppression d'un droit constitutionnel, le régime des cours martiales générales qui existait à l'époque du procès de l'accusé, n'a pas satisfait au critère de la proportionnalité. Il peut bien exister un lien rationnel entre l'organisation contestée de la cour martiale générale et l'objectif de maintenir la discipline dans les Forces armées, mais cette organisation n'a pas porté «le moins possible» atteinte aux droits de l'accusé garantis par l'al. 11d). L'organisation présentait des caractéristiques qui n'étaient pas nécessaires pour assurer soit la discipline militaire, soit la justice militaire. En temps normal, il n'est pas nécessaire que les militaires inculpés soient jugés par un tribunal dont le juge, le procureur à charge et les juges des faits sont tous choisis par l'exécutif. Il n'est pas nécessaire non plus que les chances d'avancement et, par conséquent, les perspectives financières, dans les Forces armées, des officiers qui siègent à ces tribunaux soient susceptibles d'être liées à l'évaluation par leurs supérieurs de leur rendement au cours du procès.

(4) Section 7

The accused's challenge to the independence of the General Court Martial falls squarely within s. 11(d). The accused's argument is thus not strengthened by pleading the more open language of s. 7 of the *Charter*. Section 7 does not, in this case, provide a more comprehensive protection than s. 11(d).

(5) Section 15

The General Court Martial proceedings did not violate the accused's equality rights under s. 15 of the *Charter*. In the context of this appeal, the accused cannot claim to be a member of a "discrete and insular minority" so as to bring himself within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

(6) Section 24(2)

The evidence of the illegal drugs discovered in the accused's home was obtained in breach of his right under s. 8 of the *Charter*. The alleged "reasonable and probable grounds" for the issuance of the search warrant were revealed by the police officer only to the Crown Attorney and not to the justice of the peace. The procedure followed by the police was unacceptable and constituted an infringement of the accused's right against unreasonable search and seizure. The evidence of the illegal drugs, however, should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The evidence is real evidence, which pre-existed the violation of s. 8. The evidence was essential to substantiate a very serious criminal charge. Moreover, while the procedure followed by the police was unacceptable, there was a good faith attempt to comply with a procedure which was evidently believed to be correct. The exclusion, rather than the admission, of the evidence would have brought the administration of justice into disrepute.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; **considered:** *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; **referred to:** *Schick v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 540; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Strachan*, [1988]

(4) L'article 7

La mise en doute par l'accusé de l'indépendance de la cour martiale générale relève directement de l'al. 11d). La thèse de l'accusé n'est donc pas renforcée par son argument qui repose sur la formulation plus générale de l'art. 7 de la *Charte*. En l'espèce, l'art. 7 n'offre pas une plus grande protection que l'al. 11d).

(5) L'article 15

Les procédures de la cour martiale générale ne violaient pas les droits à l'égalité de l'accusé garantis par l'art. 15 de la *Charte*. Dans le contexte du présent pourvoi, l'accusé ne peut pas dire qu'il fait partie d'une «minorité discrète et isolée» de manière à être visé par le par. 15(1) de la *Charte*.

(6) Le paragraphe 24(2)

La preuve composée des drogues illicites trouvées au domicile de l'accusé a été obtenue en violation du droit que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. Les prétextes «motifs raisonnables et probables» de délivrer le mandat de perquisition n'ont été révélés par le policier qu'au substitut du procureur général et non au juge de paix. La manière de procéder de la police était inacceptable et constituait une atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Toutefois, la preuve composée des drogues illicites ne devrait pas être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Il s'agit d'une preuve matérielle, préexistante à la violation de l'art. 8. La preuve était essentielle à l'établissement d'une accusation criminelle très grave. Au surplus, même si la manière de procéder de la police était inacceptable, on a néanmoins tenté de bonne foi de suivre ce que l'on a manifestement tenu pour la bonne procédure. C'est l'exclusion, plutôt que l'admission, de la preuve contestée qui aurait déconsidéré l'administration de la justice.

h Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; **arrêts examinés:** *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; **arrêts mentionnés:** *Schick c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 540; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*,

2 S.C.R. 980; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Ingebrigtsen* (1990), 61 C.C.C. (3d) 541.

[1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Ingebrigtsen* (1990), 61 C.C.C. (3d) 541.

By Stevenson J.

Considered: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Valente v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 673; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Schick v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 540; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), (f), 15, 24(1), (2).

Canadian Forces Administrative Orders, 4-1.

Constitution Act, 1867, s. 91(7).

Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 4.

National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 9, 28 [rep. & sub. c. 31 (1st Supp.), s. 60 (Sch. I, s. 12)], 35 [*idem* (Sch. I, s. 16)], 66 [rep. & sub. c. 31 (1st Supp.), s. 45], 71 [*idem*, s. 46], 88(1), 90(1), 130(1), 151 [rep. & sub. c. 31 (1st Supp.), s. 47], 163(2) [am. c. 31 (1st Supp.), s. 60 (Sch. I, s. 49)], 165, 166, 167, 168, 169, 170 [am. c. 31 (1st Supp.), s. 54], 187, 188, 192, 230.

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision), arts. 4.09 [en. O.C., P.C. 1990-2782], 26.10 [*idem*], 26.11 [*idem*], 108.30, 109.1, 110.06, 111.05, 111.06 (Note B), 111.18, 111.21 (Note A), 111.22 [rep. & sub. O.C., P.C. 1990-2782], 111.23, 112.05(4a), 112.06, 112.15, 112.16, 112.54, 112.64(2).

Citée par le juge Stevenson

Arrêts examinés: *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Valente c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 673; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Schick c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 540; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

f Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d, f, 15, 24(1), (2).

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(7).

g *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 9, 28 [abr. & rempl. ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 60 (ann. I, art. 12)], 35, 66 [abr. & rempl. ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 45], 71 [*idem*, art. 46], 88(1), 90(1), 130(1), 151 [abr. & rempl. ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 47], 163(2) [mod. ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 60 (ann. I, art. 49)], 165, 166, 167, 168, 169, 170 [mod. ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 54], 187, 188, 192, 230.

Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4.

Ordonnances administratives applicables aux Forces canadiennes, 4-1.

Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (révision de 1968), art. 4.09 [ad. décret C.P. 1990-2782], 26.10 [*idem*], 26.11 [*idem*], 108.30, 109.1, 110.06, 111.05, 111.06 (note B), 111.18, 111.21 (note A), 111.22 [abr. & rempl. décret C.P. 1990-2782], 111.23, 112.05(4a), 112.06, 112.15, 112.16, 112.54, 112.64(2).

Authors Cited

Fay, James B. "Canadian Military Criminal Law: An Examination Of Military Justice" (1975), 23 *Chitty's L.J.* 120, 228.

Heard, Andrew D. "Military Law and the *Charter of Rights*" (1988), 11 *Dalhousie L.J.* 514.

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (1990), 5 C.M.A.R. 38, 114 N.R. 321, 75 D.L.R. (4th) 207, 4 C.R.R. (2d) 307, 60 C.C.C. (3d) 536, dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of possession of narcotics for the purpose of trafficking and of absence without leave. Appeal allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Guy Cournoyer, Jean Asselin and Sylvie Roussel, for the appellant.

Jean-Marc Aubry, Q.C., Richard Morneau, Bernard Laprade, Lt. Col. K. S. Carter and Maj. M. H. Coulombe, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci was delivered by

LAMER C.J.—This appeal involves a constitutional challenge, under ss. 7, 11(d) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to the proceedings of a General Court Martial convened under the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5. The principal question raised in this case is whether a General Court Martial is an independent and impartial tribunal for the purposes of s. 11(d) of the *Charter*.

The Facts

On September 20, 1988, the appellant, a corporal with the Canadian Armed Forces and stationed at the military base at Valcartier, Quebec, was charged with a breach of the military's Code of Service Discipline. Specifically, the appellant was charged with three counts of possession of narcotics for the purpose of trafficking contrary to s. 4 of

Doctrine citée

Fay, James B. «Canadian Military Criminal Law: An Examination Of Military Justice» (1975), 23 *Chitty's L.J.* 120, 228.

Heard, Andrew D. «Military Law and the *Charter of Rights*» (1988), 11 *Dalhousie L.J.* 514.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada (1990), 5 C.A.C.M. 38, 114 N.R. 321, 75 D.L.R. (4th) 207, 4 C.R.R. (2d) 307, 60 C.C.C. (3d) 536, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à des accusations de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic et d'absence sans permission. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Guy Cournoyer, Jean Asselin et Sylvie Roussel, pour l'appellant.

Jean-Marc Aubry, c.r., Richard Morneau, Bernard Laprade, Lt-col. K. S. Carter et Maj. M. H. Coulombe, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité des procédures d'une cour martiale générale convoquée en vertu des dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5. L'attaque contre la constitutionnalité est fondée sur les art. 7 et 15 et sur l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La principale question en litige est celle de savoir si une cour martiale générale est un tribunal indépendant et impartial au sens de l'al. 11d) de la *Charte*.

Les faits

Le 20 septembre 1988, l'appelant, un caporal des Forces armées canadiennes en poste à la base militaire de Valcartier, au Québec, a été inculpé d'infraction au Code de discipline militaire. Plus précisément, l'appelant a fait l'objet de trois chefs d'accusation de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic, soit l'infraction prévue à l'art. 4

the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, and punishable under former s. 120(1) (now s. 130(1)) of the *National Defence Act*. He was also charged with one count of desertion contrary to former s. 78(1) (now s. 88(1)) of the *National Defence Act*. The indictment was authorized by the appellant's commanding officer, Lieutenant-Colonel J. H. P. M. Caron.

de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, et punissable en vertu de l'ancien par. 120(1) (maintenant le par. 130(1)) de la *Loi sur la défense nationale*. Il a, en outre, été accusé de désertion, soit l'infraction prévue à l'ancien par. 78(1) (maintenant le par. 88(1)) de la *Loi sur la défense nationale*). L'acte d'accusation a été autorisé par le commandant de l'appelant, le lieutenant-colonel J. H. P. M. Caron.

^b The following circumstances gave rise to the charges against the appellant. On September 15, 1986, police officers searched the appellant's residence and found 110 grams of hashish, 5 grams of cocaine and 113 grams of phencyclidine. The search was conducted pursuant to a search warrant. The appellant's residence was located outside the Valcartier military base.

^c The search warrant had been obtained by one Officer Denis Ross of the Royal Canadian Mounted Police. Officer Ross sought the warrant on September 11, 1986, on the basis that he had reasonable and probable grounds to believe that a narcotic would be found in the residence of the appellant. Officer Ross testified at trial that, to obtain the search warrant, he followed the practice that was normally followed by the police at the time. He consulted an attorney in the Crown's office and informed him of the grounds upon which he believed the search warrant should be issued. The attorney agreed, in this case, that the grounds were sufficient to support the issuance of a warrant. The attorney then wrote certain information on a piece of paper that was given to his secretary. The secretary typed the contents of this information on the form used to request a search warrant. Officer Ross took the form to the office of a justice of the peace. The justice of the peace, as was the usual practice, confirmed that Officer Ross had consulted the Crown attorney and then had Officer Ross swear out the information. The sworn information mentioned only the following grounds in support of the warrant: [TRANSLATION] "Information from a trustworthy person following investigation".

^d On October 8, 1986, following the search and the discovery of the narcotics in his residence, the

Les faits suivants ont donné naissance aux accusations portées contre l'appelant. Le 15 septembre 1986, des policiers ont perquisitionné au domicile de l'appelant et y ont trouvé 110 grammes de haschich, 5 grammes de cocaïne et 113 grammes de phencyclidine. Ils étaient munis d'un mandat de perquisition. L'appelant habitait en dehors de la base militaire de Valcartier.

^e C'était l'agent Denis Ross de la Gendarmerie royale du Canada qui avait obtenu le mandat de perquisition. L'agent Ross avait sollicité le mandat le 11 septembre 1986 parce qu'il avait des motifs raisonnables et probables de croire qu'un stupéfiant serait trouvé au domicile de l'appelant. Il a témoigné au procès que, pour obtenir le mandat de perquisition, il avait respecté la pratique normalement suivie par la police à l'époque. Il a consulté un substitut du procureur général et l'a informé de ses motifs de croire qu'il y avait lieu de délivrer un mandat de perquisition. Le substitut du procureur général a convenu qu'en l'occurrence les motifs étaient suffisants pour justifier la délivrance d'un mandat. Il a écrit quelques mots sur un bout de papier qu'il a remis à sa secrétaire. Celle-ci a tapé ces mots sur le formulaire de demande de mandat de perquisition. L'agent Ross a apporté le formulaire au bureau d'un juge de paix. Suivant la pratique habituelle, ce dernier a confirmé que l'agent Ross avait consulté le substitut du procureur général et a ensuite fait prêter serment au policier. Les renseignements donnés sous serment ne mentionnaient que les motifs suivants à l'appui du mandat: «Informations d'une personne digne de foi et suite d'une enquête».

^f Le 8 octobre 1986, après la perquisition et la découverte des stupéfiants à son domicile, l'appe-

appellant unlawfully left the military base. This departure appears to have been the basis for the charge of desertion.

On August 31, 1988, prior to the laying of the charges, military police arrested the appellant and took him to the military prison at the Valcartier base. Immediately after charges were laid, on September 21, 1988, the appellant made a motion for a writ of *habeas corpus* before the Superior Court of Quebec. This motion was dismissed.

The appellant subsequently appeared before his commanding officer, Lieutenant-Colonel Caron. On the same day, September 23, 1988, Lieutenant-Colonel Caron recommended to the Brigadier-General of the Valcartier military base, P.-J. Addy, that the appellant be tried by a court martial. Brigadier-General Addy then asked Lieutenant-General Fox, the commanding officer of the Mobile Command at St. Hubert, to convene a court martial to hear the charges against the appellant. Lieutenant-General Fox ordered that a General Court Martial be convened on October 18, 1988. The members of the General Court Martial were specified in the convening order. The judge advocate of the court martial, Lieutenant-Colonel B. Champagne, was appointed at a later date by the Judge Advocate General, Brigadier-General R. L. Martin.

On October 12, 1988, the appellant applied to the Federal Court Trial Division for a writ of prohibition to prevent the General Court Martial from proceeding to hear the charges against him. The appellant sought this remedy on two principal grounds. First, the appellant claimed that the General Court Martial was not an independent and impartial tribunal for the purposes of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Secondly, the appellant claimed that allowing the General Court Martial to consider the charges under the *Narcotic Control Act* would violate his equality rights guaranteed by s. 15 of the *Charter*. The president of the General Court Martial adjourned the proceedings until the Federal Court rendered its decision on this application. The application was dismissed by Dubé J. on January 16, 1989, [1989] 2 F.C. 685. The appellant initiated an appeal of Dubé J.'s judgment to the

lant a quitté illégalement la base militaire. Il semble que ce soit ce départ qui est à l'origine de l'accusation de désertion.

Le 31 août 1988, avant que des accusations ne soient portées, la police militaire a arrêté l'appelant et l'a emmené à la prison militaire de la base de Valcartier. Immédiatement après le dépôt des accusations, le 21 septembre 1988, l'appelant a présenté une requête visant l'obtention d'un bref d'*habeas corpus* devant la Cour supérieure du Québec. Sa requête a été rejetée.

L'appelant a comparu ensuite devant son commandant, le lieutenant-colonel Caron. Le même jour, le 23 septembre 1988, le lieutenant-colonel Caron a recommandé au brigadier-général de la base militaire de Valcartier, P.-J. Addy, que l'appelant soit jugé par une cour martiale. Le brigadier-général Addy a alors demandé au lieutenant-général Fox, commandant de la force mobile à St-Hubert, de convoquer une cour martiale qui entendrait les accusations portées contre l'appelant. Le lieutenant-général Fox a ordonné qu'une cour martiale générale soit convoquée le 18 octobre 1988. Le nom des membres de la cour martiale générale était spécifié dans l'ordre de convocation. Le juge-avocat de la cour martiale, le lieutenant-colonel B. Champagne, a été désigné plus tard par le juge-avocat général, le brigadier-général R. L. Martin.

Le 12 octobre 1988, l'appelant a demandé à la Section de première instance de la Cour fédérale de décerner un bref de prohibition interdisant à la cour martiale générale d'entendre les accusations portées contre lui. L'appelant fondait sa requête sur deux motifs principaux. Premièrement, il a soutenu que la cour martiale générale n'était pas un tribunal indépendant et impartial au sens de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Deuxièmement, l'appelant a allégué que permettre à la cour martiale générale d'examiner les accusations portées en vertu de la *Loi sur les stupéfiants* violerait ses droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*. Le président de la cour martiale générale a adjourné l'audience en attendant la décision de la Cour fédérale sur cette requête. Le juge Dubé l'a rejetée le 16 janvier 1989, [1989] 2 C.F. 685. L'appelant en a appelé de la décision du juge Dubé à la

Federal Court of Appeal. A notice of appeal was filed with the Federal Court registry, Lieutenant-General Fox ordered the General Court Martial to continue its proceeding on March 14, 1989. An application by the appellant to stay proceedings until resolution of the appeal was dismissed by the Federal Court.

A further application by the appellant to the Federal Court Trial Division, under ss. 18 and 50 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to suspend proceedings before the General Court Martial was dismissed by Denault J. on May 8, 1989, [1989] 3 F.C. 352. On May 11, 1989, the Federal Court of Appeal scheduled the appellant's appeal from Dubé J.'s judgment to be heard on June 20, 1989.

The appellant's trial before the General Court Martial was held from May 23 to 27, 1989, at the Valcartier base. On the first day of the trial, the appellant requested that the proceedings be adjourned until the Federal Court of Appeal dealt with his appeal from Dubé J.'s decision. This request was denied. The appellant was subsequently found guilty on one count of simple possession and on two counts of possession for the purpose of trafficking. He was acquitted of the charge of desertion but was found guilty, under s. 90(1) of the *National Defence Act*, of being absent without leave. The appellant was given a dishonourable discharge from the Forces and was sentenced to fifteen months' imprisonment. The appellant subsequently waived his appeal to the Federal Court of Appeal from Dubé J.'s judgment.

The appellant appealed as of right, under s. 230 of the *National Defence Act*, to the Court Martial Appeal Court in respect of the legality of the General Court Martial's findings and the legality of the sentence. This appeal was dismissed (*per* Pratte and Barbeau JJ., Décary J. dissenting) on September 12, 1990: (1990), 5 C.M.A.R. 38, 114 N.R. 321, 75 D.L.R. (4th) 207, 4 C.R.R. (2d) 307, 60 C.C.C. (3d) 536.

Cour d'appel fédérale. Un avis d'appel a été déposé au greffe de la Cour fédérale; le lieutenant-général Fox a ordonné à la cour martiale générale de reprendre l'audience le 14 mars 1989. La Cour fédérale a rejeté la requête présentée par l'appellant en vue d'obtenir la suspension des procédures jusqu'à ce que l'on ait statué sur l'appel.

Le 8 mai 1989, le juge Denault a rejeté une autre requête présentée par l'appellant, conformément aux art. 18 et 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, devant la Section de première instance de la Cour fédérale, en vue d'obtenir la suspension des procédures devant la cour martiale générale: [1989] 3 C.F. 352. Le 11 mai 1989, la Cour d'appel fédérale a fixé, au 20 juin 1989, l'audition de l'appel interjeté par l'appellant contre le jugement du juge Dubé.

Le procès de l'appellant devant la cour martiale générale s'est déroulé du 23 au 27 mai 1989, à la base de Valcartier. Le premier jour du procès, l'appellant a demandé que les procédures soient ajournées en attendant que la Cour d'appel fédérale ait statué sur son appel de la décision du juge Dubé. Cette requête a été rejetée. L'appellant a ensuite été déclaré coupable relativement à un chef de simple possession et à deux chefs de possession en vue de faire du trafic. Il a été acquitté de l'accusation de désertion, mais a été déclaré coupable, conformément au par. 90(1) de la *Loi sur la défense nationale*, d'absence sans permission. L'appellant a été frappé de destitution ignominieuse des Forces et s'est vu infliger une peine d'emprisonnement de 15 mois. Il a, par la suite, retiré l'appel qu'il avait interjeté contre le jugement du juge Dubé devant la Cour d'appel fédérale.

Conformément à l'art. 230 de la *Loi sur la défense nationale*, l'appellant a interjeté un appel de plein droit à la Cour d'appel de la cour martiale relativement à la légalité des verdicts de la cour martiale générale et à celle de la sentence. L'appel a été rejeté (les juges Pratte et Barbeau, le juge Décary étant dissident) le 12 septembre 1990: (1990), 5 C.A.C.M. 38, 114 N.R. 321, 75 D.L.R. (4th) 207, 4 C.R.R. (2d) 307, 60 C.C.C. (3d) 536.

The appellant was granted leave to appeal the decision of the Court Martial Appeal Court to this Court on February 7, 1991, [1991] 1 S.C.R. ix.

Judgments Below

General Court Martial (Judgment of the Judge Advocate)

Before the General Court Martial, the appellant requested an order under s. 24(1) of the *Charter* prohibiting the tribunal from hearing the charges against him. This motion was based on two grounds: first, that the General Court Martial was not an independent and impartial tribunal for the purposes of s. 11(d) of the *Charter*; and, secondly, that the appellant's equality rights guaranteed by s. 15 of the *Charter* would be violated if the tribunal proceeded to hear the charges under the *Narcotic Control Act* since a civilian, charged with the same offences, would be tried by the ordinary criminal courts. The judge advocate accepted, referring to *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, that the *Charter* applied to the proceedings of the court martial. He dismissed, however, the argument that the General Court Martial did not meet the standards of independence and impartiality required by s. 11(d). He emphasized from the outset that the appellant was challenging the institutional independence of the General Court Martial and not the impartiality of the specific court martial that was assembled to hear the charges against him. He then applied the conditions of independence described by Le Dain J. in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673. Relying substantially on the judgment of the Court Martial Appeal Court in *Schick v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 540, he held that the General Court Martial did not infringe s. 11(d) because the judge advocate and the members of the tribunal had sufficient security of tenure and financial security. Once the membership was constituted, it could only be interfered with upon objection for cause or because of a member's death or inability to act. In addition, the members were paid as officers of the Canadian Forces irrespective of their court martial duties; their pay was established by regulation and could not be affected by the executive. The judge advo-

Le 7 février 1991, l'appelant a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour contre la décision de la Cour d'appel de la cour martiale: [1991] 1 R.C.S. ix.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

La cour martiale générale (jugement du juge-avocat)

Conformément au par. 24(1) de la *Charte*, l'appelant a demandé à la cour martiale générale une ordonnance interdisant au tribunal d'entendre les accusations portées contre lui. Cette requête était fondée sur deux motifs: premièrement, la cour martiale générale n'était pas un tribunal indépendant et impartial au sens de l'al. 11d) de la *Charte*, et, deuxièmement, les droits de l'appelant à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte* seraient violés si le tribunal entendait les accusations portées sous le régime de la *Loi sur les stupéfiants*, puisqu'un civil, accusé des mêmes infractions, serait jugé par les cours criminelles ordinaires. Se reportant à l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, le juge-avocat a accepté que la *Charte* s'appliquait aux procédures de la cour martiale. Il a toutefois repoussé l'argument selon lequel la cour martiale générale ne respectait pas les normes d'indépendance et d'impartialité requises par l'al. 11d). Il a souligné, au départ, que l'appelant mettait en doute l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale et non l'impartialité de la cour martiale spécialement convoquée pour entendre les accusations. Il a alors appliqué les conditions d'indépendance énoncées par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673. S'appuyant essentiellement sur l'arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale, *Schick c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 540, il a décidé que la cour martiale générale n'avait pas enfreint l'al. 11d) parce que le juge-avocat et les membres du tribunal jouissaient d'une inamovibilité et d'une sécurité financière suffisantes. Une fois désignés, les membres ne pouvaient être destitués ou remplacés que pour des motifs déterminés ou en cas de décès ou d'incapacité d'agir. En outre, les membres étaient payés à titre d'officiers des Forces canadiennes, sans égard à leurs fonctions de membres de la cour martiale;

cate did not believe that the condition of institutional independence was applicable to the court martial since its members were only appointed for a specific case.

The judge advocate also held that the court martial proceedings did not violate the appellant's equality rights under s. 15 of the *Charter*. He admitted that there were differences between the procedures contemplated by the *Criminal Code* and the procedures contemplated by the *National Defence Act* and regulations enacted thereunder. The appellant failed, however, to establish that the different treatment under the *National Defence Act* and regulations was discriminatory, that is, disadvantageous to his interests. The judge advocate emphasized that the appellant's rights were fully protected under the *Charter*, that the court martial had a duty to render justice impartially and that s. 129 (now s. 151) of the *National Defence Act* guaranteed to the appellant all defences available in the regular criminal courts. The judge advocate concluded that even if s. 15 of the *Charter* was infringed in this case, such discriminatory treatment was justified under s. 1.

The appellant also claimed that certain evidence had been improperly admitted. He submitted that the search of his residence infringed his rights under s. 8 of the *Charter* because of the manner in which the search warrant was obtained. The judge advocate rejected this submission. He reviewed the information and testimony carefully and concluded that Officer Ross had reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed and that evidence would be found in the appellant's residence. He also concluded that the issuance of the warrant conformed to the principles enunciated in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and that the search was reasonably executed. Even if there had been a violation of s. 8, however, the judge advocate would not have excluded the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. He referred, in this regard, to *R. v. Collins*,

leur rémunération était fixée par règlement et ne pouvait pas être modifiée par l'exécutif. Le juge-avocat n'a pas cru que la condition de l'indépendance institutionnelle était applicable à la cour martiale puisque ses membres n'étaient désignés que pour une affaire précise.

Le juge-avocat a également décidé que les procédures de la cour martiale ne violaient pas les droits à l'égalité de l'appelant garantis par l'art. 15 de la *Charte*. Il a reconnu qu'il y avait des différences entre les procédures prévues par le *Code criminel* et celles prévues par la *Loi sur la défense nationale* et ses règlements d'application. L'appelant n'a cependant pas établi que le traitement différent, en vertu de la *Loi sur la défense nationale* et de ses règlements d'application, était discriminatoire, c'est-à-dire défavorable à ses intérêts. Le juge-avocat a souligné que les droits de l'appelant étaient pleinement protégés par la *Charte*, que la cour martiale avait l'obligation de rendre la justice impartiallement et que l'art. 129 (maintenant l'art. 151) de la *Loi sur la défense nationale* garantissait que l'appelant pouvait faire valoir tous les moyens de défense disponibles devant les cours criminelles ordinaires. Le juge-avocat a conclu que, même s'il y avait eu violation de l'art. 15 de la *Charte* en l'espèce, ce traitement discriminatoire était justifié en vertu de l'article premier.

L'appelant a également soutenu que certains éléments de preuve avaient été admis irrégulièrement. Il a affirmé que la perquisition à son domicile avait porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*, étant donné la manière dont le mandat de perquisition avait été obtenu. Le juge-avocat a rejeté cet argument. Il a étudié minutieusement la dénonciation et les témoignages et a conclu que l'agent Ross avait des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise et que des éléments de preuve seraient trouvés au domicile de l'appelant. Il a conclu en outre que la délivrance du mandat était conforme aux principes énoncés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et que la perquisition avait été effectuée de façon raisonnable. Toutefois, même si l'art. 8 avait été violé, le juge-avocat n'aurait pas pour autant exclu la preuve en

[1987] 1 S.C.R. 265, and *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980. Lastly, the judge advocate held that he had no authority to exclude the evidence since the motion for exclusion had been made at the end of the trial, after the evidence had already been admitted.

Court Martial Appeal Court (Pratte, Barbeau and Décaray JJ.) (1990), 114 N.R. 321

The appellant raised six principal matters before the Court Martial Appeal Court, including his right to be tried by an independent and impartial tribunal, his right to equality before the law and the legality of the search made at his residence. The court, as Décaray J. explained in his dissenting reasons, dismissed the latter two grounds from the bench. With respect to the legality of the search and the admissibility of the evidence obtained, the court concluded that there had indeed been an infringement of s. 8 but that the admission of the evidence, in light of *R. v. Collins, supra*, would not bring the administration of justice into disrepute. The court did not deal with s. 15 of the *Charter* since it did not conclude that the provision could be of assistance, in addition to s. 11(d), to the appellant in this case. If the General Court Martial was found not to be independent for the purposes of s. 11(d), the appellant could gain no further advantage by invoking s. 15. If the General Court Martial were found to be independent, however, the appellant's argument with respect to s. 15 would undoubtedly fail since he could hardly claim to be a member of a "discrete and insular minority" as described by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. In addition, the court did not wish to deal with s. 15 of the *Charter* in the absence of evidence, which was not before the court in this case, concerning relevant social, political and legal circumstances.

In its written reasons, therefore, the court dealt only with the appellant's submission that the General Court Martial did not meet the standards of

vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Il s'est référé, sous ce rapport, aux arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980. En dernier lieu, le juge-avocat a décidé qu'il n'était pas habilité à écarter la preuve puisque la demande d'exclusion avait été présentée à la fin du procès, après que cette preuve eut déjà été admise.

La Cour d'appel de la cour martiale (les juges Pratte, Barbeau et Décaray) (1990), 114 N.R. 321

L'appelant a fait valoir six points principaux devant la Cour d'appel de la cour martiale, dont son droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, son droit à l'égalité devant la loi et l'illégalité de la perquisition faite à son domicile. Comme l'explique le juge Décaray, dans sa dissidence, la cour a rejeté à l'audience les deux derniers arguments. En ce qui concerne la légalité de la perquisition et l'admissibilité de la preuve obtenue, la cour a conclu que l'art. 8 avait été violé, mais que l'utilisation de la preuve, à la lumière de l'arrêt *R. c. Collins*, précité, n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La cour n'a pas traité de l'art. 15 de la *Charte* puisqu'elle n'a pas conclu que cette disposition, conjuguée à l'al. 11d), pouvait être utile à l'appelant en l'espèce. Si la cour martiale générale n'était pas jugée indépendante au sens de l'al. 11d), l'appelant ne tirerait aucun avantage supplémentaire en invoquant l'art. 15. Si elle était jugée indépendante, toutefois, l'argument de l'appelant relatif à l'art. 15 serait certainement repoussé puisqu'il ne pourrait guère soutenir qu'il appartient à une «minorité discrète et isolée» au sens où l'entendait notre Cour dans les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, et *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296. Au surplus, la cour n'a pas voulu traiter de l'art. 15 de la *Charte* en l'absence de preuve concernant les circonstances sociales, politiques et juridiques pertinentes; en effet, aucun élément de preuve n'avait été soumis à la cour à ce sujet.

Dans ses motifs écrits, la cour n'a donc étudié que l'argument de l'appelant selon lequel la cour martiale générale ne respectait pas les normes

independence and impartiality required by s. 11(d) of the *Charter*.

Barbeau J.

Barbeau J. dismissed the appellant's claim that the General Court Martial was not an independent tribunal within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*. He noted that this Court had decided, in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, that the service tribunals established and governed by the *National Defence Act* did not infringe an individual's rights, under ss. 1(b) and 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, to equality before the law and to be tried by an independent and impartial tribunal. After citing extensive passages from *MacKay*, Barbeau J. stated that he was satisfied that the General Court Martial had, in this case, acted in an independent and impartial manner (at pp. 326-27):

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

Barbeau J. thus declined to examine the independence of the General Court Martial in the abstract, on the basis of the legislation and regulations, and instead considered its actual independence in the specific circumstances of the case at bar.

Barbeau J. then discussed the judgments of this Court in *Valente, supra*, *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, and *I.W.A. v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282. He

d'indépendance et d'impartialité requises par l'al. 11d) de la *Charte*.

Le juge Barbeau

Le juge Barbeau a rejeté l'argument de l'appellant selon lequel la cour martiale générale n'était pas un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte*. Il a fait observer que, dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, notre Cour avait décidé que les tribunaux militaires constitués et régis par la *Loi sur la défense nationale* ne portaient pas atteinte aux droits d'une personne garantis par les al. 1b) et 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, soit le droit à l'égalité devant la loi et celui à un procès devant un tribunal indépendant et non préjugé. Après avoir cité de longs passages de l'arrêt *MacKay*, le juge Barbeau a dit qu'il était convaincu que la cour martiale générale avait, en l'espèce, agi d'une manière indépendante et impartiale (aux pp. 326 et 327):

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

Le juge Barbeau a donc refusé d'examiner l'indépendance de la cour martiale générale dans l'abstrait, sur la foi des textes de loi et des règlements, et a plutôt étudié son indépendance réelle dans les circonstances précises de l'espèce.

Le juge Barbeau a analysé ensuite les arrêts de notre Cour *Valente*, précité, *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, et *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282. Il

did not believe that these judgments qualified the clear holding of this Court in *MacKay*. Most importantly, he was of the opinion that the essential conditions of judicial independence described by Le Dain J. in *Valente*, that is, security of tenure, financial security and institutional independence, were satisfied in this case.

Pratte J.

Pratte J. agreed that there was no violation of the appellant's s. 11(d) right to be tried by an independent and impartial tribunal in this case. He noted that for members of a General Court Martial, unlike "ordinary" judges, security of tenure and financial security were not essential guarantees of independence. The situation is necessarily different for members of a court martial, in his view, since they are appointed for a single case and receive no remuneration for their duties in addition to their regular salary.

Nonetheless, Pratte J. considered it necessary to decide whether the independence of a court martial was threatened by other dangers. He expressed the view that the only danger that could possibly threaten the independence of the General Court Martial was the appointment by the military authorities of their subordinates as military judges. These same military authorities, because they are responsible for maintaining discipline in the Forces, act as prosecutors. Pratte J. concluded, however, that these "dangers" were not so serious as to threaten the independence of the tribunal. He emphasized that the military judge's superiors did not have the power to take away his salary or rank. Furthermore, the power of the military authorities to deny a military judge a promotion could not be said to threaten, in itself, the judge's independence. If it was believed otherwise, Pratte J. was of the view that the independence of most trial judges would be suspect; trial judges could arguably be hesitant to render judgments contrary to the inter-

n'a pas estimé que ces arrêts avaient modifié la portée de la décision claire de notre Cour dans l'affaire *MacKay*. Et qui plus est, il s'est dit d'avis que les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire énoncées par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*, soit l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle, avaient été remplies en l'espèce.

Le juge Pratte

Le juge Pratte a convenu qu'en l'espèce il n'y avait pas eu violation du droit de l'appelant à un procès devant un tribunal indépendant et impartial, garanti par l'al. 11(d). Il a fait remarquer que, dans le cas des membres d'une cour martiale générale, contrairement aux juges «ordinaires», l'inamovibilité et la sécurité financière n'étaient pas des garanties essentielles d'indépendance. À son avis, il en va nécessairement autrement des membres d'une cour martiale, car ils sont nommés pour juger une seule affaire et ne reçoivent, pour l'exécution de ces fonctions, aucune rémunération en sus de leur traitement habituel.

Néanmoins, le juge Pratte a estimé nécessaire de décider si l'indépendance d'une cour martiale était menacée par d'autres dangers. Il a exprimé l'avis que le seul danger qui puisse peut-être menacer l'indépendance de la cour martiale générale tient au fait que ce sont les autorités militaires qui choisissent les juges parmi leurs subalternes. Ce sont ces mêmes autorités militaires qui agissent comme procureurs à charge du fait qu'elles sont responsables du maintien de la discipline au sein des Forces. Le juge Pratte a cependant conclu que ces «dangers» n'étaient pas graves au point de menacer l'indépendance du tribunal. Il a souligné que les supérieurs du juge militaire ne peuvent pas lui faire perdre son salaire ou son grade. De surcroît, on ne saurait dire que le pouvoir des autorités militaires de priver le juge militaire d'un avancement peut en soi constituer une menace pour l'indépendance du juge. Dans le cas contraire, dit le juge Pratte, l'indépendance de la plupart des juges ordinaires serait suspecte; on pourrait soutenir que les juges ordinaires pourraient hésiter à rendre des jugements contraires aux intérêts de l'exécutif, de

ests of the executive for fear of losing the chance to be appointed to an appellate court.

Décaray J. (dissenting)

Décaray J., in dissenting reasons, held that the appellant's rights under s. 11(d) of the *Charter* were violated in this case. He believed that the advent of s. 11(d) of the *Charter*, as well as this Court's interpretation of the provision in *Valente*, required a reconsideration of *MacKay*. This reconsideration was necessary since *MacKay* focused on the "subjective aspect of independence", while *Valente* focused on the "objective aspect of independence". He also believed, unlike the judge advocate in this case, that the decision of the Court Martial Appeal Court in *Schick* was of limited import. *Schick* was distinguishable from the case at bar, in his opinion, since it was concerned more with impartiality than independence and involved the Disciplinary Court Martial rather than the General Court Martial.

After a careful review of this Court's judgments in *Valente*, *Beauregard* and *Hickman*, Décaray J. stated that a flexible approach must be taken to the application of s. 11(d). Where s. 11(d) applies, the courts must ensure that the essence of judicial independence is protected. The form of the protection, however, will necessarily vary because of the diversity of tribunals subject to the *Charter*. He stated (at p. 364):

I accordingly conclude from the Supreme Court rulings that the concept of judicial independence developed thus far is a pattern rather than a strait-jacket and that what the courts must ensure in a given case is that the "essence" . . . of judicial independence has been preserved, that is, ensure that the tribunal is secure from any possibility of arbitrary interference by an outsider . . . in the exercise of its essential authority and function . . .

Décaray J. concluded that the General Court Martial failed to meet the standard required by s. 11(d) of the *Charter*. Given the strong institutional links between the General Court Martial and the Ministry of Defence, there was a reasonable apprehension

craindre de perdre la chance d'être nommés à une cour d'appel.

Le juge Décaray (dissident)

Dans ses motifs de dissidence, le juge Décaray a conclu que les droits de l'appelant, garantis par l'al. 11d) de la *Charte*, avaient été violés en l'espèce. Il a estimé que l'avènement de l'al. 11d) de la *Charte*, ainsi que l'interprétation donnée par notre Cour à cette disposition dans l'arrêt *Valente*, commandaient le réexamen de l'arrêt *MacKay*. Ce réexamen s'imposait puisque l'arrêt *MacKay* s'attachait principalement à «l'aspect subjectif de l'indépendance», tandis que l'arrêt *Valente* s'attachait principalement à «l'aspect objectif de l'indépendance». Et contrairement au juge-avocat en l'espèce, il a estimé que l'arrêt *Schick* de la Cour d'appel de la cour martiale avait une portée restreinte. Il était possible, à son avis, d'établir une distinction entre l'arrêt *Schick* et la présente affaire, car le premier portait davantage sur l'impartialité que sur l'indépendance et concernait non pas la cour martiale générale, mais la cour martiale disciplinaire.

Après avoir examiné minutieusement les arrêts *Valente*, *Beauregard* et *Hickman* de notre Cour, le juge Décaray a dit qu'il fallait appliquer l'al. 11d) avec souplesse. Lorsque l'al. 11d) s'applique, les tribunaux doivent s'assurer que l'essence de l'indépendance judiciaire est préservée. Toutefois, la forme de la protection variera nécessairement étant donné la diversité des tribunaux assujettis à la *Charte*. Il affirme (à la p. 364):

Je retiens en conséquence de l'enseignement de la Cour suprême que le concept d'indépendance judiciaire développé à ce jour est un modèle davantage qu'un cercueil et que ce dont il faut s'assurer, dans un cas donné, c'est que l'indépendance judiciaire a été préservée dans son «essence» . . ., c'est-à-dire s'assurer que le tribunal est à l'abri de toute possibilité d'ingérence arbitraire d'une personne de l'extérieur . . . dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions essentiels . . .

Le juge Décaray a conclu que la cour martiale générale ne respectait pas la norme requise par l'al. 11d) de la *Charte*. Étant donné les liens institutionnels étroits qui existent entre la cour martiale générale et le ministère de la Défense, il était rai-

sion that the tribunal was subject to the influence and control of the executive. In brief, he believed that "there is such institutional connivance and vulnerability between the Canadian Forces and the General Court Martial that the latter's independence within the meaning of the Charter is seriously compromised" (p. 374). The Department of National Defence, as prosecutor, is in a position to exert pressure on or control the charge, investigation, custody, decision to proceed, convening of the tribunal, composition of the tribunal and officers of the tribunal. Specifically, Décaray J. thought it was unacceptable that the Minister, or a member of the Canadian Forces, had authority to decide who shall sit in a particular case. The situation was aggravated by the fact that military judges do not belong to an independent judiciary, but are in the service of the military during the trial and return directly to the service following the conclusion of the trial. Décaray J. declined to consider, given the paucity of evidence, whether the existing court-martial system was justified under s. 1 of the *Charter*.

Décaray J. concluded that although the *Charter* permits the existence of a separate system of military law and military tribunals, the distinct system must nonetheless comply with s. 11(d). An individual who is charged with a breach of the Code of Service Discipline has the right to be tried by a military tribunal that is independent and impartial.

Issues

The following constitutional questions were stated by Lamer C.J. on February 22, 1991:

1. Do ss. 166 to 170 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, and the Queen's Regulations and Orders, inasmuch as they allow an accused to be tried by General Court Martial, restrict the accused's right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is yes, are they reasonable limits in a free and democratic society and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights*

sonnable de craindre que le tribunal soit sous l'influence et le contrôle de l'exécutif. Bref, il a estimé qu'"il y a une complicité et une vulnérabilité institutionnelles telles, entre les Forces canadiennes et la Cour martiale générale, que l'indépendance de celle-ci, au sens de la Charte, est sérieusement compromise" (p. 374). Le ministère de la Défense nationale, à titre de poursuivant, est en mesure de faire pression ou d'exercer un contrôle sur la mise en accusation, sur l'enquête, sur la détention, sur la décision de poursuivre, sur la convocation du tribunal et sur les officiers du tribunal. En particulier, le juge Décaray a jugé inacceptable que le Ministre, ou un membre des Forces canadiennes, puisse décider qui siégera dans une affaire donnée. La situation est aggravée par le fait que les juges militaires ne font pas partie d'une magistrature indépendante, mais continuent de servir les autorités militaires pendant le procès et retournent à leur service sitôt le procès terminé. Le juge Décaray a refusé d'examiner, vu l'absence de preuve, si le système de cours martiales existant était justifié en vertu de l'article premier de la *Charter*.

Le juge Décaray a conclu que, bien que la *Charter* permette l'existence d'un système distinct de droit et de tribunaux militaires, ce système doit néanmoins satisfaire à l'exigence de l'al. 11d). La personne qui est inculpée d'une infraction au Code de discipline militaire a le droit d'être jugée par un tribunal militaire qui soit indépendant et impartial.

Les questions en litige

Le 22 février 1991, le juge en chef Lamer a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les articles 166 à 170 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, et les Ordonnances et Règlements royaux, en ce qu'ils permettent le procès d'un accusé par une cour martiale générale, restreignent-ils le droit de l'accusé à un procès public et équitable par un tribunal indépendant et impartial, garanti par l'art. 7 et par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, sont-ils des limites raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifiés en vertu

and Freedoms and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

3. Does s. 130 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, restrict the right to equality protected by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that it confers jurisdiction over a person subject to the *National Defence Act* for offences pursuant to the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, as amended, thereby depriving the accused of the procedure normally applicable to such offences?
4. If the answer to question 3 is yes, is it a reasonable limit in a free and democratic society and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The appellant was also granted leave to appeal with respect to the following issue:

[TRANSLATION] Given its finding that s. 8 of the *Charter* was breached in this case, did the Court Martial Appeal Court err in law in declining to exclude, under s. 24(2) of the *Charter*, the evidence obtained by the police in the search of the appellant's residence on September 15, 1986?

Analysis

1. *Introduction*

The fundamental issue raised in this appeal is whether the appellant's rights under s. 11(d) of the *Charter* were violated by the trial before the General Court Martial in this case.

I wish to note from the outset that I have no doubt, in view of the judgment of this Court in *Wigglesworth, supra*, that s. 11(d) of the *Charter* is applicable to the proceedings of a General Court Martial. In *Wigglesworth*, the Court considered whether s. 11 of the *Charter* applied to proceedings of the Royal Canadian Mounted Police Service Court. The Service Court in that case was convened to try an inspector on a charge of a "major service offence" under the *Royal Canadian Mounted Police Act*. If found guilty of the offence,

de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

3. Est-ce que l'art. 130 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, restreint le droit à l'égalité protégé par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qu'il confère une juridiction sur une personne assujettie à la *Loi sur la défense nationale* au sujet d'infractions à la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 et modifications, privant ainsi l'accusé de la procédure normalement applicable pour de telles infractions?
4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, est-il une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

L'appelant a en outre été autorisé à se pourvoir relativement à la question suivante:

Est-ce que la Cour d'appel de la cour martiale a erré en droit en refusant d'exclure, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve obtenue lors de la perquisition au domicile de l'appelant, le 15 septembre 1986, alors qu'elle a conclu que l'art. 8 de la *Charte* n'avait pas été respecté?

f Analyse

1. *Introduction*

La question fondamentale soulevée dans le présent pourvoi consiste à décider si, en l'espèce, le procès devant la cour martiale générale a violé les droits de l'appelant garantis par l'al. 11d) de la *Charte*.

Je tiens à souligner, tout d'abord, que je ne doute pas un instant que, compte tenu de larrêt *Wigglesworth*, précité, de notre Cour, l'al. 11d) de la *Charte* est applicable aux procédures d'une cour martiale générale. Dans l'arrêt *Wigglesworth*, la Cour s'est demandée si l'art. 11 de la *Charte* s'appliquait aux procédures du tribunal du service de la Gendarmerie royale du Canada. Le tribunal du service avait été convoqué, dans cette affaire, pour juger un inspecteur accusé d'une «infraction majeure ressortissant au service» au sens de la *Loi*

the inspector was liable to a penalty of imprisonment for one year. Wilson J., for the Court, stated that, in general, a matter could fall within the scope of s. 11 of the *Charter* for one of two reasons. First, she held that s. 11 applies to proceedings that are concerned with offences of a public nature, that is, breaches of rules that are "intended to promote public order and welfare within a public sphere of activity" (p. 560). She noted that such hearings are to be distinguished from private, domestic or disciplinary hearings which are intended to maintain discipline, professional integrity and professional standards or to regulate conduct within a private sphere of activity. Secondly, Wilson J. stated that a matter falls within s. 11, notwithstanding that merely private activity is concerned, if the imposition of "true penal consequences" is involved.

It is clear to me that the proceedings of the General Court Martial in this case attract the application of s. 11 of the *Charter* for both reasons suggested by Wilson J. in *Wigglesworth*. Although the Code of Service Discipline is primarily concerned with maintaining discipline and integrity in the Canadian Armed Forces, it does not serve merely to regulate conduct that undermines such discipline and integrity. The Code serves a public function as well by punishing specific conduct which threatens public order and welfare. Many of the offences with which an accused may be charged under the Code of Service Discipline, which is comprised of Parts IV to IX of the *National Defence Act*, relate to matters which are of a public nature. For example, any act or omission that is punishable under the *Criminal Code* or any other Act of Parliament is also an offence under the Code of Service Discipline. Indeed, three of the charges laid against the appellant in this case related to conduct proscribed by the *Narcotic Control Act*. Service tribunals thus serve the purpose of the ordinary criminal courts, that is, punishing wrongful conduct, in circumstances where the offence is committed by a member of the military or other person subject to the Code of Service Dis-

sur la Gendarmerie royale du Canada. S'il était déclaré coupable, l'inspecteur était passible d'un an d'emprisonnement. Le juge Wilson a dit, au nom de la Cour, qu'en général une affaire pourrait relever de l'art. 11 de la *Charte* pour l'une ou l'autre de deux raisons. Premièrement, elle a conclu que l'art. 11 s'applique aux procédures relatives à des infractions de nature publique, c'est-à-dire des manquements à des règles qui «vise[n] à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique» (p. 560). Elle a fait observer qu'il fallait distinguer ces audiences d'avec les audiences privées, internes ou disciplinaires qui sont destinées à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activité privée. Deuxièmement, le juge Wilson a dit qu'une affaire relève de l'art. 11, peu importe qu'une activité purement privée soit en cause, si elle comporte l'imposition de «véritables conséquences pénales».

Il m'apparaît clair que l'art. 11 de la *Charte* est applicable aux procédures de la cour martiale générale en l'espèce pour les deux raisons énoncées par le juge Wilson dans l'arrêt *Wigglesworth*. Certes, le Code de discipline militaire porte avant tout sur le maintien de la discipline et de l'intégrité au sein des Forces armées canadiennes, mais il ne sert pas simplement à réglementer la conduite qui compromet pareilles discipline et intégrité. Le Code joue aussi un rôle de nature publique, du fait qu'il vise à punir une conduite précise qui menace l'ordre et le bien-être publics. Nombre des infractions dont une personne peut être accusée en vertu du Code de discipline militaire, qui constitue les parties IV à IX de la *Loi sur la défense nationale*, se rapportent à des affaires de nature publique. Par exemple, toute action ou omission punissable en vertu du *Code criminel* ou d'une autre loi du Parlement est également une infraction au Code de discipline militaire. En fait, trois des accusations portées contre l'appelant en l'espèce concernaient une conduite interdite par la *Loi sur les stupéfiants*. Les tribunaux militaires jouent donc le même rôle que les cours criminelles ordinaires, soit punir les infractions qui sont commises par des militaires ou par d'autres personnes assujetties au Code de dis-

cipline. Indeed, an accused who is tried by a service tribunal cannot also be tried by an ordinary criminal court (ss. 66 and 71 of the *National Defence Act*). For these reasons, I find that the appellant, who is charged with offences under the Code of Service Discipline and subject to the jurisdiction of a General Court Martial, may invoke the protection of s. 11 of the *Charter*.

In any event, the appellant faced the possible penalty of imprisonment in this case. Even if the matter dealt with was not of a public nature, therefore, s. 11 of the *Charter* would nonetheless apply by virtue of the potential imposition of true penal consequences.

It is therefore necessary for this Court to turn its mind to the resolution of the constitutional question, that is, whether the appellant's right to be tried by an independent and impartial tribunal was violated in this case. To resolve this question, I propose first to examine the criteria that have been set out by this Court to give meaning to the principles of independence and impartiality embraced by s. 11(d) of the *Charter*. I will then review the structure of the General Court Martial to determine whether the requirements of s. 11(d) are met. It will be helpful, at this later stage, to reconsider the judgment of this Court in *MacKay v. The Queen*, *supra*.

2. *The Right to be Tried by an Independent and Impartial Tribunal*

Section 11(d) of the *Charter* guarantees a person who is charged with an offence the right

to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

I emphasize that the principles of independence and impartiality embraced by s. 11(d) seek to achieve a twofold objective: first, to ensure that a person is tried by a tribunal that is not biased in any way and is in a position to render a decision which is based solely on the merits of the case before it, according to law. The decision-maker should not be influenced by the parties to a case or

cipline militaire. En effet, l'accusé qui est jugé par un tribunal militaire ne peut pas être jugé également par une cour criminelle ordinaire (art. 66 et 71 de la *Loi sur la défense nationale*). Pour ces raisons, je conclus que l'appelant, qui est accusé d'infractions au Code de discipline militaire et qui est justiciable d'une cour martiale générale, peut invoquer la protection de l'art. 11 de la *Charte*.

b De toute façon, l'appelant risquait l'emprisonnement en l'espèce. Même si l'affaire n'était pas de nature publique, l'art. 11 de la *Charte* s'appliquerait néanmoins à cause de la possibilité de l'imposition de véritables conséquences pénales.

d Par voie de conséquence, notre Cour doit se pencher sur la question constitutionnelle de savoir s'il y a eu violation, en l'espèce, du droit de l'appelant d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Pour trancher cette question, je vais d'abord étudier les critères énoncés par notre Cour pour donner un sens aux principes d'indépendance et d'impartialité visés à l'al. 11d) de la *Charte*. J'examinerai ensuite l'organisation de la cour martiale générale pour déterminer si les conditions de l'al. 11d) ont été remplies. Il sera utile, à cette dernière étape, de réexaminer larrêt de notre Cour, *MacKay c. La Reine*, précité.

2. *Le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial*

g L'alinéa 11d) de la *Charte* garantit à tout inculpé le droit

h 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;

i Je souligne que les principes d'indépendance et d'impartialité visés à l'al. 11d) ont un double objectif: premièrement, s'assurer que la personne est jugée par un tribunal qui n'est aucunement partial et qui est apte à rendre une décision fondée seulement sur la preuve dont il est saisi, conformément à la loi. Le décideur ne devrait pas être influencé par les parties ni par des forces exté-

by outside forces except to the extent that he or she is persuaded by submissions and arguments pertaining to the legal issues in dispute. Secondly, however, irrespective of any actual bias on the part of the tribunal, s. 11(d) seeks to maintain the integrity of the judicial system by preventing any reasonable apprehensions of such bias.

This Court has had the opportunity, recently, to define more precisely the content of the right to be tried by an independent and impartial tribunal. In particular, the Court has drawn a firm line between the concepts of independence and impartiality. In *Valente*, Le Dain J. described the fundamental difference between these concepts. He noted that although the basic concerns of independence and impartiality are the same, the focus of each concept is different (at p. 685):

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" . . . 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.

To assess the impartiality of a tribunal, the appropriate frame of reference is the "state of mind" of the decision-maker. The circumstances of an individual case must be examined to determine whether there is a reasonable apprehension that the decision-maker, perhaps by having a personal interest in the case, will be subjectively biased in the particular situation. The question of independence, in contrast, extends beyond the subjective attitude of the decision-maker. The independence of a tribunal is a matter of its status. The status of a tribunal must guarantee not only its freedom from interference by the executive and legislative branches of government but also by any other

parties, sauf dans la mesure où il est convaincu par les arguments et les plaidoiries portant sur les questions de droit en litige. Deuxièmement, indépendamment de tout préjugé réel de la part du tribunal, l'al. 11d) cherche à maintenir l'intégrité du système judiciaire en empêchant toute crainte raisonnable de tels préjugés.

Notre Cour a eu l'occasion récemment de définir avec plus de précision le contenu du droit à un procès devant un tribunal indépendant et impartial. En particulier, la Cour a tracé une ligne de démarcation très nette entre les notions d'indépendance et d'impartialité. Dans l'arrêt *Valente*, le juge Le Dain a décrit la différence fondamentale entre ces deux notions. Il a fait remarquer que, si les soucis fondamentaux d'indépendance et d'impartialité sont les mêmes, le point de mire de chaque notion est cependant différent (à la p. 685):

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» [...] 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.

L'appréciation de l'impartialité d'un tribunal suppose l'examen de l'«état d'esprit» du décideur. Il faut examiner les circonstances de chaque affaire pour déterminer s'il y a une crainte raisonnable que le décideur, peut-être parce qu'il a un intérêt personnel dans l'affaire, ait subjectivement un préjugé en l'occurrence. La question de l'indépendance, par contre, va au-delà de l'attitude subjective du décideur. L'indépendance du tribunal est une question de statut. Son statut doit garantir qu'il échappe non seulement à l'ingérence des organes exécutif et législatif, mais encore à l'influence de toute force extérieure, tels les intérêts d'entreprises ou de sociétés ou d'autres groupes de pression.

external force, such as business or corporate interests or other pressure groups. (See, for example, the recent judgment of this Court in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114). Dickson C.J. aptly summarized the essence of independence in *Beauregard, supra*, at p. 69:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them; no outsider—be it government, pressure group, individual or even another judge—should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision. This core continues to be central to the principle of judicial independence.

The ability of individual judges to make decisions in discrete cases free from external interference or influence continues . . . to be an important and necessary component of the principle.

Dickson C.J. noted that an additional purpose of judicial independence, over and above the principle that a tribunal have complete decision-making liberty in individual cases, is to allow the courts to fulfil their historical role as protector of constitutional law and values (p. 70).

It is important to note, at this stage, that the appellant does not question the impartiality of the General Court Martial by which he was tried. He does not suggest that the court martial was actually biased against him. Instead, his challenge is focused exclusively on the independence of the tribunal, in that under the structure of the court martial system as it existed at the time of his trial, a reasonable person would not have been satisfied that the General Court Martial was independent.

The essential conditions of independence, or basic mechanisms by which independence can be achieved, were discussed by Le Dain J. in *Valente*. He emphasized that a flexible standard must be applied under s. 11(d). Since s. 11(d) must be applied to a variety of tribunals, it is inappropriate

(Voir par exemple l'arrêt récent de notre Cour, *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114.) Le juge en chef Dickson résume avec justesse l'essence de l'indépendance dans l'arrêt *Beauregard*, précité, à la p. 69:

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

La possibilité pour les juges pris individuellement de rendre des décisions dans des affaires distinctes en étant libres de toute intervention ou influence de l'extérieur continue [...] d'être une composante importante et nécessaire du principe . . .

Le juge en chef Dickson a fait observer que l'indépendance judiciaire avait un autre but, outre le principe qu'un tribunal doit être tout à fait libre de rendre sa décision sur l'affaire qui lui est soumise, soit de permettre aux tribunaux de remplir leur rôle historique de protecteurs de la Constitution et des valeurs qu'elle consacre (p. 70).

Il importe de noter, à ce stade, que l'appelant ne met pas en doute l'impartialité de la cour martiale générale qui l'a jugé. Il ne laisse pas entendre que la cour martiale avait réellement un préjugé contre lui. Sa contestation est plutôt axée exclusivement sur l'indépendance du tribunal, en ce sens que, selon le système de cours martiales qui existait à l'époque de son procès, une personne raisonnable n'aurait pas été persuadée que la cour martiale générale était indépendante.

Les conditions essentielles de l'indépendance, ou les mécanismes fondamentaux permettant de la réaliser, ont été étudiés par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*. Il a souligné qu'il faut appliquer une norme souple aux fins de l'al. 11d). Comme cet alinéa doit être appliqué à divers tribunaux, il

to define strict formal conditions as the constitutional requirement for an independent tribunal. Mechanisms that are suitable and necessary to achieve the independence of the superior courts, for example, may be highly inappropriate in the context of a different tribunal. For this reason, the Court chose to define three essential conditions of independence that can be applied flexibly, being capable of attainment by a variety of legislative schemes or formulas (at p. 694):

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.

The first essential condition of judicial independence, as defined in *Valente*, is security of tenure. This condition, like the other two, can be satisfied in a number of ways. What is essential is that the decision-maker be removable only for cause. In other words, at p. 698,

[t]he 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.

Similarly, s. 11(d) of the *Charter* requires that a decision-maker have a basic degree of financial security. The substance of this condition is as follows (at p. 704):

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.

Within the limits of this requirement, however, the federal and provincial governments must retain the authority to design specific plans of remuneration that are appropriate to different types of tribunals. Consequently, a variety of schemes may equally satisfy the requirement of financial secur-

ne convient pas de définir des conditions formelles strictes à titre d'exigence constitutionnelle pour qu'il y ait tribunal indépendant. Par exemple, les mécanismes qui conviennent et qui sont nécessaires à l'indépendance des cours supérieures peuvent ne pas convenir du tout dans le cas d'un autre tribunal. C'est pourquoi la Cour a choisi de définir trois conditions essentielles de l'indépendance judiciaire qui peuvent être appliquées avec souplesse et qui sont susceptibles d'être remplies par divers régimes et formules législatifs (à la p. 694):

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.

^d La première condition essentielle de l'indépendance judiciaire, qui est définie dans l'arrêt *Valente*, est l'inamovibilité. Comme les deux autres, cette condition peut être remplie de diverses façons. Ce qui est essentiel, c'est que le décideur ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé. Autrement dit, à la p. 698,

^f [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.

^g De même, l'al. 11d) de la *Charte* exige que le décideur bénéficie d'une mesure fondamentale de sécurité financière. L'essentiel de cette condition est défini comme suit (à la p. 704):

^h 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.

ⁱ Dans les limites de cette exigence, toutefois, les gouvernements fédéral et provinciaux doivent conserver le pouvoir d'établir des régimes de rémunération spécifiques qui conviennent à divers types de tribunaux. Par conséquent, divers régimes peuvent satisfaire également à l'exigence de sécurité

ity, provided that the essence of the condition is protected.

The third essential condition of judicial independence is institutional independence with respect to matters of administration that relate directly to the exercise of the tribunal's judicial function. It is unacceptable that an external force be in a position to interfere in matters that are directly and immediately relevant to the adjudicative function, for example, assignment of judges, sittings of the court and court lists. Although there must of necessity be some institutional relations between the judiciary and the executive, such relations must not interfere with the judiciary's liberty in adjudicating individual disputes and in upholding the law and values of the Constitution. (See *MacKeigan v. Hickman, supra, per McLachlin J.*)

A tribunal will not satisfy the requirements of s. 11(d) of the *Charter* if it fails to respect these essential conditions of judicial independence. Although the conditions are susceptible to flexible application in order to suit the needs of different tribunals, the essence of each condition must be protected in every case.

I emphasize that an individual who wishes to challenge the independence of a tribunal for the purposes of s. 11(d) need not prove an actual lack of independence. Instead, the test for this purpose is the same as the test for determining whether a decision-maker is biased. The question is whether an informed and reasonable person would perceive the tribunal as independent. This approach was justified by this Court in *Valente* (at p. 689):

Although judicial independence is a status or relationship resting on objective conditions or guarantees, as well as a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, it is sound, I think, that the test for independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter* should be, as for impartiality, whether the tribunal may be reasonably perceived as independent. Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration

financière, pourvu que l'essence de la condition soit préservée.

La troisième condition essentielle de l'indépendance judiciaire est l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont un effet direct sur l'exercice de ses fonctions judiciaires. Il est inacceptable qu'une force extérieure soit en mesure de s'immiscer dans les affaires qui se rattachent directement et immédiatement à la fonction décisionnelle, comme, par exemple, l'assignation des juges aux causes, les séances et le rôle de la cour. Certes, il est inévitable qu'il y ait des relations institutionnelles entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, mais ces relations ne doivent pas empiéter sur la liberté des juges de statuer sur une affaire donnée et de faire respecter la Constitution et les valeurs qu'elle consacre. (Voir *MacKeigan c. Hickman*, précité, le juge McLachlin.)

Un tribunal ne satisfira aux exigences de l'al. 11d) de la *Charte* que s'il remplit ces trois conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. Bien que ces conditions soient susceptibles d'être appliquées avec souplesse afin de répondre aux besoins de divers tribunaux, il faut protéger l'essence de chaque condition dans tous les cas.

Je tiens à souligner qu'une personne qui veut contester l'indépendance d'un tribunal aux fins de l'al. 11d) n'a pas besoin de prouver l'absence réelle d'indépendance. Le critère applicable à cette fin est plutôt identique à celui utilisé pour déterminer si un décideur est partial. Il s'agit de déterminer si une personne raisonnable et bien informée percevrait le tribunal comme indépendant. Ce point de vue a été défendu par notre Cour dans l'arrêt *Valente* (à la p. 689):

Même si l'indépendance judiciaire est un statut ou une relation reposant sur des conditions ou des garanties objectives, autant qu'un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, il est logique, à mon avis, que le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11d) de la *Charte* soit, comme dans le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné,

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.

With respect to the case at bar, therefore, the question is not whether the General Court Martial actually acted in a manner that may be characterized as independent and impartial. The appropriate question is whether the tribunal, from the objective standpoint of a reasonable and informed person, will be perceived as enjoying the essential conditions of independence.

I will now consider the General Court Martial system as it existed at the time of the appellant's trial in order to assess its consistency with s. 11(d) of the *Charter*. I should add, however, that since the appellant's trial took place various amendments have been made to the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* ("Q.R. & O.") concerning the constitution of the General Court Martial. These have gone a considerable way towards addressing the concerns I express below.

3. Were the Appellant's Rights under Section 11(d) of the Charter Infringed in the Proceedings of the General Court Martial in this Case?

(a) Introduction

The appellant concedes that a separate system of military law, along with a distinct regime of service tribunals to apply this law, is consistent with s. 11(d) of the *Charter*. He agrees it is necessary that military discipline be enforced effectively and speedily by tribunals whose members are associated with the military and therefore sensitive to its basic concerns. At the same time, he submits that, within the inherent limits of an institution having

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.

c Dans le cas qui nous occupe, il ne s'agit donc pas de savoir si la cour martiale générale a vraiment agi d'une manière qui peut être qualifiée d'indépendante et d'impartiale. La question qu'il convient de se poser est de savoir si le tribunal, du point de vue objectif d'une personne raisonnable et bien informée, peut être perçu comme jouissant des conditions essentielles de l'indépendance.

e Je vais maintenant examiner le système des cours martiales générales tel qu'il existait à l'époque du procès de l'appelant afin d'évaluer sa compatibilité avec l'al. 11d) de la *Charte*. J'ajouterais cependant que, depuis le procès de l'appelant, diverses modifications ont été apportées aux *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* («O.R.F.C.») relativement à la constitution des cours martiales générales. Ces modifications ont largement contribué à remédier aux préoccupations que j'exprime plus loin.

*3. Les procédures de la cour martiale générale en l'espèce ont-elles violé les droits de l'appelant garantis par l'al. 11d) de la *Charte*?*

a) Introduction

i L'appelant reconnaît qu'un système de droit militaire séparé, conjugué à un régime distinct de tribunaux militaires chargés d'appliquer ce droit, est compatible avec l'al. 11d) de la *Charte*. Il convient qu'il est nécessaire que des tribunaux composés de juges associés aux Forces armées et donc sensibles à leurs préoccupations fondamentales fassent respecter efficacement et rapidement la discipline militaire. En même temps, il soutient que,

the power to discipline its own members, the adjudicative or disciplinary body must meet the standards of independence and impartiality required by s. 11(d). The General Court Martial, in his view, fails this test.

I agree that this issue gives rise to two distinct questions. First, is a parallel system of military tribunals, staffed by members of the military who are aware of and sensitive to military concerns, by its very nature inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*? Secondly, if the first question is answered in the negative, is the General Court Martial, as constituted at the time of the trial under the *National Defence Act* and regulations, an independent tribunal for the purposes of s. 11(d)? The appellant correctly, in my opinion, concedes that the answer to the first question is no. Nonetheless, I believe that it is useful to consider the extent to which, and the reasons why, the *Charter* permits a parallel system of justice, such as that found under the *National Defence Act*, to exist alongside the ordinary criminal courts. Indeed, the reasons for the existence of such a parallel system of courts provide guides as to the system's proper limits. It is appropriate to commence this inquiry with a brief examination of the reasons of this Court in *MacKay v. The Queen, supra*.

(b) The General Position of Military Law and Tribunals Under Section 11(d) of the Charter

In *MacKay v. The Queen, supra*, a majority of this Court found that the trial of a member of the Canadian Armed Forces by a Standing Court Martial does not violate his or her rights under ss. 1(b) and 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*. Sections 1(b) and 2(f) guarantee an individual the right to equality before the law and to be tried by an independent and impartial tribunal.

MacKay had been charged and convicted by a Standing Court Martial of certain offences under

dans les limites inhérentes d'une institution qui a le pouvoir de discipliner ses propres membres, l'organisme investi de pouvoirs décisionnels ou disciplinaires doit satisfaire aux normes d'indépendance et d'impartialité que fixe l'al. 11d). À son avis, la cour martiale générale échoue ce test.

Je conviens que ce point soulève deux questions distinctes. En premier lieu, est-ce qu'un système parallèle de tribunaux militaires, composés de militaires qui sont conscients des préoccupations des Forces armées et qui y sont sensibles, est intrinsèquement incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte*? En deuxième lieu, si la réponse à la première question est négative, la cour martiale générale, telle que constituée à l'époque du procès sous le régime de la *Loi sur la défense nationale* et de ses règlements d'application, est-elle un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d)? L'appelant concède, à juste titre, selon moi, que la réponse à la première question est négative. Néanmoins, je crois qu'il est utile de considérer dans quelle mesure et pour quelles raisons la *Charte* permet qu'un système de justice, comme celui prévu par la *Loi sur la défense nationale*, existe parallèlement à celui des cours criminelles ordinaires. En fait, les raisons pour lesquelles un tel système parallèle de tribunaux judiciaires existe nous fournissent des indications sur les limites que doit connaître ce système. Il convient de commencer notre étude par un bref examen des motifs exposés par notre Cour dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, précité.

b) La situation générale du droit et des tribunaux militaires par rapport à l'al. 11d) de la Charte

Dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, précité, notre Cour a conclu, à la majorité, que le procès d'un membre des Forces armées canadiennes devant une cour martiale permanente ne violait pas les droits que lui garantissent les al. 1b) et 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*. Les alinéas 1b) et 2f) garantissent à un individu le droit à l'égalité devant la loi et à un procès devant un tribunal indépendant et non préjugé.

MacKay avait été accusé de certaines infractions à la *Loi sur les stupéfiants*, puis déclaré coupable

the *Narcotic Control Act*. He argued that his right to a fair hearing by an independent and impartial tribunal had been violated as a result of the close involvement of the military in the proceedings against him. Ritchie J., for the majority, dispensed with this issue summarily. It was entirely appropriate, in his view, that military officers be responsible for disciplining personnel who commit military offences. Furthermore, he found no lack of independence or impartiality in the circumstances of the case (at p. 395):

par une cour martiale permanente. Il a soutenu qu'il y avait eu violation de son droit à une audition impartiale par un tribunal indépendant et non préjugé, à cause de la participation étroite de militaires aux poursuites engagées contre lui. Le juge Ritchie a, au nom de la Cour à la majorité, tranché cette question sommairement. Il lui est apparu tout à fait convenable qu'il incombe à des officiers des Forces armées de punir les membres du personnel qui commettent des infractions militaires. De surcroît, il a conclu qu'il n'y avait pas eu absence d'indépendance ou d'impartialité dans les circonstances de cette affaire (à la p. 395):

c Un officier [ayant un certain nombre d'années de service et connaissant le droit militaire] dont les fonctions sont reliées d'aussi près à l'application du droit issu de la *Loi sur la défense nationale* et que sa carrière dans l'armée a dû rendre familier avec les exigences de la vie militaire, me paraît, avec égards pour les tenants d'un point de vue différent, être un candidat plus apte à la présidence d'une cour martiale qu'un avocat ou un juge qui a fait carrière dans le droit non militaire. Absolument rien au dossier du procès ne laisse entendre que le président ait agi autrement que d'une façon indépendante et non préjugée ou qu'il ait par ailleurs été inapte à s'acquitter de la tâche qu'on lui avait confiée.

f

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.

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

Ritchie J. also found that MacKay's trial before the Standing Court Martial, rather than before the ordinary criminal courts, did not infringe his equality rights. He based this conclusion on the understanding that legislation dealing with a distinct class of people is not inconsistent with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* if it is enacted for the purpose of achieving a valid federal objective. Parliament enacted the *National Defence Act*, in his opinion, for the purpose of achieving a valid federal objective pursuant to s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. Consequently, the provisions of h i j

Le juge Ritchie a également conclu que le procès de MacKay devant la cour martiale permanente, plutôt que devant les cours criminelles ordinaires, ne violait pas ses droits à l'égalité. Il a fondé sa conclusion sur le raisonnement suivant lequel une loi qui vise une catégorie particulière de personnes n'est pas incompatible avec l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* si elle a été adoptée dans le but de réaliser un objectif fédéral régulier. Le législateur fédéral a, selon lui, adopté la *Loi sur la défense nationale* afin de réaliser un objectif fédéral régulier, conformément au par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, les dispositions de la Loi relatives aux

the Act regarding service tribunals did not violate MacKay's equality rights.

In concurring reasons, McIntyre J. agreed that the provisions of the *National Defence Act* authorizing the proceedings of the Standing Court Martial were consistent with the *Canadian Bill of Rights*. In concluding that the relevant provisions of the Act did not deny MacKay his right to a fair hearing by an independent and impartial tribunal, McIntyre J. emphasized the historical role of military officers in dispensing justice in accordance with military law. He admitted that an officer's association with the military hierarchy would colour his or her attitude when serving on a court martial. He did not believe, however, that this fact would lessen the independence or impartiality of the tribunal (at pp. 403-4):

From the earliest times, officers of the armed forces in this and, I suggest, all civilized countries have had this judicial function. It arose from practical necessity and, in my view, must continue for the same reason. It is said that by the nature of his close association with the military community and his identification with the military society, the officer is unsuited to exercise this judicial office. It would be impossible to deny that an officer is to some extent the representative of the class in the military hierarchy from which he comes; he would be less than human if he were not. But the same argument, with equal fairness, can be raised against those who are appointed to judicial office in the civilian society. We are all products of our separate backgrounds and we must all in the exercise of the judicial office ensure that no injustice results from that fact. I am unable to say that service officers, trained in the ways of service life and concerned to maintain the required standards of efficiency and discipline—which includes the welfare of their men—are less able to adjust their attitudes to meet the duty of impartiality required of them in this task than are others.

I am unable to say that the close identification of such disciplinary bodies with the profession concerned, taken with the seniority enjoyed by such officers within their professional group, has ever been recognized as a disqualifying factor on grounds of bias or otherwise. Rather it seems that the need for special knowledge and

tribunaux militaires ne violaient pas les droits à l'égalité de MacKay.

Dans ses motifs concordants, le juge McIntyre a convenu que les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* autorisant les procédures de la cour martiale permanente étaient compatibles avec la *Déclaration canadienne des droits*. En concluant que les dispositions pertinentes de la Loi ne privaient pas MacKay de son droit à une audition impartiale par un tribunal indépendant et non préjugé, le juge McIntyre a souligné le rôle historique des officiers des Forces armées chargés de rendre la justice conformément au droit militaire. Il a reconnu que les liens d'un officier avec la hiérarchie militaire influeraient sur son attitude en tant que membre d'une cour martiale. Cependant, il n'a pas estimé que l'indépendance ou l'impartialité du tribunal en seraient réduites pour autant (aux pp. 403 et 404):

Depuis toujours, les officiers des forces armées ont rempli cette fonction judiciaire au Canada, et, selon moi, dans tous les pays civilisés. Il s'agissait d'une exigence d'ordre pratique et, à mon avis, il en est toujours de même. On dit qu'à cause de la nature de ses liens étroits avec la communauté militaire et de son identification avec elle, l'officier est inapte à remplir cette fonction judiciaire. On ne peut nier qu'un officier est jusqu'à un certain point le représentant de la classe militaire dont il est issu; il ne serait pas humain si ce n'était le cas. Mais le même argument, en toute justice, vaut tout autant à l'égard des personnes nommées à des fonctions judiciaires dans la société civile. Nous sommes tous les produits de nos milieux respectifs et nous devons tous, dans l'exercice de la fonction judiciaire, veiller à ce que cette réalité n'entraîne aucune injustice. Je ne puis dire que les officiers, formés aux méthodes de la vie militaire et soucieux de préserver les normes requises d'efficacité et de discipline—ce qui inclut le bien-être de leurs hommes—sont moins aptes que d'autres à adapter leurs attitudes de façon à remplir l'obligation d'impartialité qui leur incombe dans cette tâche.

Je ne peux pas dire que l'on ait déjà considéré que les liens étroits de ces organes disciplinaires avec la profession en cause et l'expérience dont jouissent leurs membres au sein de la profession, constituent un facteur d'exclusion pour cause de partialité ou autres causes. Il semble plutôt que l'on ait considéré que le besoin de

experience in professional matters has been recognized as a reason for the creation of disciplinary tribunals within the separate professions.

McIntyre J. also found that the parallel system of service tribunals did not violate MacKay's equality rights. He did not, however, apply the same test as the majority. To determine whether an individual's equality rights are infringed, in this case the rights of a member of the Armed Forces, McIntyre J. posed the following question (at p. 406):

The question which must be resolved in each case is whether such inequality as may be created by legislation affecting a special class—here the military—is arbitrary, capricious or unnecessary, or whether it is rationally based and acceptable as a necessary variation from the general principle of universal application of law to meet special conditions and to attain a necessary and desirable social objective.

McIntyre J. concluded that the creation of special military tribunals to interpret and apply a distinct body of military law was not arbitrary or capricious. The unique disciplinary concerns of the military, different from our society's general concerns with social order and discipline, necessitate a separate and parallel system of military justice. McIntyre J. believed that the principle of equality before the law, however, demanded that the jurisdiction of military tribunals be no broader than what is necessary to achieve legitimate ends. For this reason, he stipulated that an offence should only fall within the jurisdiction of a military tribunal if it "is so connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service" (p. 410). He concluded that the offences with which MacKay was charged, trafficking and possession of narcotics, which were committed in a military establishment, undermined the standards of discipline and efficiency of the Forces and therefore properly fell within the jurisdiction of the Standing Court Martial.

connaissances spéciales et d'expérience des questions professionnelles justifiait la création de tribunaux disciplinaires au sein de chaque profession.

Le juge McIntyre a également conclu que le système parallèle de tribunaux militaires ne violait pas les droits à l'égalité de MacKay. Toutefois, il n'a pas appliqué le même critère que la majorité. Pour déterminer s'il y a atteinte aux droits à l'égalité d'une personne, en l'occurrence ceux d'un militaire, le juge McIntyre pose la question suivante (à la p. 406):

^a La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière—ici les militaires—est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable.

^b Le juge McIntyre a conclu que la création de tribunaux militaires spéciaux chargés d'interpréter et d'appliquer un droit militaire distinct n'était ni arbitraire ni fantaisiste. Les préoccupations exceptionnelles des Forces armées en matière de discipline, qui diffèrent des préoccupations générales de la société en matière d'ordre public et de discipline, commandent un système de justice militaire parallèle et distinct. Le juge McIntyre croyait que le principe de l'égalité devant la loi exigeait cependant que la juridiction des tribunaux militaires ne dépassât pas ce qui était nécessaire pour réaliser des fins légitimes. Pour cette raison, il a précisé qu'une infraction ne devait relever de la compétence d'un tribunal militaire que si elle était «par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu'elle serait susceptible d'influer sur le niveau général de discipline et d'efficacité des forces armées» (p. 410). Il a conclu que les infractions reprochées à MacKay, soit le trafic et la possession de stupéfiants sur une base militaire, minaient les normes de discipline et d'efficacité des Forces armées et relevaient donc, à bon droit, de la compétence de la cour martiale permanente.

Laskin C.J., in dissent, found that MacKay's rights under ss. 1(b) and 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* were both violated in the proceedings of the Standing Court Martial. MacKay's right to be tried by an independent and impartial tribunal was violated because of the close connection, which was not justified in this case, between the tribunal and the prosecution, that is, the Department of National Defence (at p. 380):

In my opinion, it is fundamental that when a person, any person, whatever his or her status or occupation, is charged with an offence under the ordinary criminal law and is to be tried under that law and in accordance with its prescriptions, he or she is entitled to be tried before a court of justice, separate from the prosecution and free from any suspicion of influence or dependency on others. There is nothing in such a case, where the person charged is in the armed forces, that calls for any special knowledge or special skill of a superior officer, as would be the case if a strictly service or discipline offence, relating to military activity, was involved. It follows that there has been a breach of s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* in that the accused, charged with a criminal offence, was entitled to be tried by an independent and impartial tribunal. [Emphasis added.]

Similarly, Laskin C.J. found that MacKay's equality rights were violated in this case. The relevant provisions of the *National Defence Act*, in his opinion, subjected "members of the armed forces to a different and, indeed, more onerous liability for a breach of the ordinary law as applicable to other persons in Canada who are also governed by that law" (p. 386). He did not believe that the harsher treatment of military personnel is justified when the charge relates to a breach of the ordinary law which applies to all persons in Canada.

MacKay v. The Queen assists us by revealing various concerns with the independence and impartiality of the court martial system. The question raised in this appeal, however, is not resolved by this earlier case. First, the majority of this Court in *MacKay* seems to have applied a subjective test. It asked whether the Standing Court Martial actually acted in an independent and impartial manner.

Le juge en chef Laskin, dissident, a conclu que les droits de MacKay garantis par les al. 1b) et 2f) de la *Déclaration canadienne des droits* avaient été violés par les procédures de la cour martiale permanente. Le droit de MacKay d'être jugé par un tribunal indépendant et non préjugé avait été violé à cause des rapports étroits, injustifiés dans cette affaire, entre le tribunal et le poursuivant, c'est-à-dire le ministère de la Défense nationale (à la p. 380):

À mon avis, il est fondamental que lorsqu'une personne, quel que soit son statut ou son occupation, est accusée d'une infraction à la loi pénale ordinaire et doit être jugée en vertu de cette loi et conformément à ses prescriptions, elle ait le droit d'être jugée par une cour de justice, distincte de la poursuite et au-dessus de tout soupçon d'influence ou de dépendance d'autres personnes. Il n'y a rien dans le cas où l'accusé fait partie des forces armées, qui exige les connaissances ou l'habileté spéciales d'un officier supérieur, comme ce serait le cas si une infraction purement militaire ou disciplinaire relative à l'activité militaire était en cause. Il en découle que l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits* a été violé, parce que l'accusé, inculpé d'une infraction criminelle, avait le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et non préjugé. [Je souligne.]

De la même façon, le juge en chef Laskin a conclu que les droits à l'égalité de MacKay avaient été violés dans cette affaire. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la défense nationale*, à son avis, imposaient aux «membres des forces armées une responsabilité différente et, d'ailleurs, plus lourde que celle qui incombe aux autres personnes au Canada à qui cette loi-là s'applique aussi» (p. 386). Il n'a pas estimé qu'il était légitime de traiter les militaires avec plus de sévérité quand les accusations portées concernaient des infractions à la loi ordinaire qui s'applique à tout le monde au Canada.

L'arrêt *MacKay c. La Reine* est utile en ce qu'il révèle diverses préoccupations concernant l'indépendance et l'impartialité des cours martiales. Toutefois, cette décision antérieure ne règle pas la question soulevée dans le présent pourvoi. Premièrement, la Cour à la majorité dans l'arrêt *MacKay* semble avoir appliqué un critère subjectif. Elle s'est demandée si la cour martiale permanente

This is not, in light of *Valente*, the appropriate test. Secondly, we must, in this appeal, apply the jurisprudence of this Court with respect to s. 11(d) of the *Charter*. We must now therefore undertake an analysis that was not undertaken in *MacKay*.

(c) The Purpose of a System of Military Tribunals

The purpose of a separate system of military tribunals is to allow the Armed Forces to deal with matters that pertain directly to the discipline, efficiency and morale of the military. The safety and well-being of Canadians depends considerably on the willingness and readiness of a force of men and women to defend against threats to the nation's security. To maintain the Armed Forces in a state of readiness, the military must be in a position to enforce internal discipline effectively and efficiently. Breaches of military discipline must be dealt with speedily and, frequently, punished more severely than would be the case if a civilian engaged in such conduct. As a result, the military has its own Code of Service Discipline to allow it to meet its particular disciplinary needs. In addition, special service tribunals, rather than the ordinary courts, have been given jurisdiction to punish breaches of the Code of Service Discipline. Recourse to the ordinary criminal courts would, as a general rule, be inadequate to serve the particular disciplinary needs of the military. There is thus a need for separate tribunals to enforce special disciplinary standards in the military. I agree, in this regard, with the comments of Cattanach J. in *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233 (T.D.), at pp. 235-36:

avait réellement agi d'une manière indépendante et impartiale. Compte tenu de l'arrêt *Valente*, ce n'est pas là le critère qu'il convient d'appliquer. Deuxièmement, nous devons, en l'espèce, appliquer la jurisprudence de notre Cour relative à l'al. 11d) de la *Charte*. Nous devons donc procéder à une analyse qui n'a pas été effectuée dans l'arrêt *MacKay*.

c) Le but d'un système de tribunaux militaires

Le but d'un système de tribunaux militaires distinct est de permettre aux Forces armées de s'occuper des questions qui touchent directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes. La sécurité et le bien-être des Canadiens dépendent dans une large mesure de la volonté d'une armée, composée de femmes et d'hommes, de défendre le pays contre toute attaque et de leur empressement à le faire. Pour que les Forces armées soient prêtes à intervenir, les autorités militaires doivent être en mesure de faire respecter la discipline interne de manière efficace. Les manquements à la discipline militaire doivent être réprimés promptement et, dans bien des cas, punis plus durement que si les mêmes actes avaient été accomplis par un civil. Il s'ensuit que les Forces armées ont leur propre code de discipline militaire qui leur permet de répondre à leurs besoins particuliers en matière disciplinaire. En outre, des tribunaux militaires spéciaux, plutôt que les tribunaux ordinaires, se sont vu conférer le pouvoir de sanctionner les manquements au Code de discipline militaire. Le recours aux tribunaux criminels ordinaires, en règle générale, serait insuffisant pour satisfaire aux besoins particuliers des Forces armées sur le plan de la discipline. Il est donc nécessaire d'établir des tribunaux distincts chargés de faire respecter les normes spéciales de la discipline militaire. Je souscris, à cet égard, aux observations du juge Cattanach dans l'affaire *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233 (1^{re} inst.), aux pp. 235 et 236:

Sans code de discipline militaire, les Forces armées ne pourraient accomplir la fonction pour laquelle elles ont été créées. Vraisemblablement ceux qui s'enrôlent dans les Forces armées le font, en temps de guerre, par patriotisme et, en temps de paix, pour prévenir la guerre. Pour qu'une force armée soit efficace, il faut qu'il y ait

Without a code of service discipline the armed forces could not discharge the function for which they were created. In all likelihood those who join the armed forces do so in time of war from motives of patriotism and in time of peace against the eventuality of war. To function efficiently as a force there must be prompt obe-

dience to all lawful orders of superiors, concern, support for and concerted action with their comrades and a reverence for and a pride in the traditions of the service. All members embark upon rigorous training to fit themselves physically and mentally for the fulfilment of the role they have chosen and paramount in that there must be rigid adherence to discipline.

Many offences which are punishable under civil law take on a much more serious connotation as a service offence and as such warrant more severe punishment. Examples of such are manifold such as theft from a comrade. In the service that is more reprehensible since it detracts from the essential *esprit de corps*, mutual respect and trust in comrades and the exigencies of the barrack room life style. Again for a citizen to strike another a blow is assault punishable as such but for a soldier to strike a superior officer is much more serious detracting from discipline and in some circumstances may amount to mutiny. The converse, that is for an officer to strike a soldier is also a serious service offence. In civilian life it is the right of the citizen to refuse to work but for a soldier to do so is mutiny, a most serious offence, in some instances punishable by death. Similarly a citizen may leave his employment at any time and the only liability he may incur is for breach of contract but for a soldier to do so is the serious offence of absence without leave and if he does not intend to return the offence is desertion.

Such a disciplinary code would be less effective if the military did not have its own courts to enforce the code's terms. However, I share the concerns expressed by Laskin C.J. and McIntyre J. in *MacKay v. The Queen* with the problems of independence and impartiality which are inherent in the very nature of military tribunals. In my opinion, the necessary association between the military hierarchy and military tribunals—the fact that members of the military serve on the tribunals—detracts from the absolute independence and impartiality of such tribunals. As I shall elaborate in greater detail below, the members of a court martial, who are the triers of fact, and the judge advocate, who presides over the proceedings much like a judge, are chosen from the ranks of the military. The members of the court martial will

a prompte obéissance à tous les ordres licites des supérieurs, respect des camarades, encouragement mutuel et action concertée; il faut aussi respecter les traditions du service et en être fier. Tous les membres des Forces armées se soumettent à un entraînement rigoureux pour être à même, physiquement et moralement, de remplir le rôle qu'ils ont choisi et, en cela, le respect strict de la discipline est d'une importance capitale.

b Plusieurs infractions de droit commun sont considérées comme beaucoup plus graves lorsqu'elles deviennent des infractions militaires, ce qui autorise l'imposition de sanctions plus sévères. Les exemples en ce domaine sont légion, ainsi le vol au détriment d'un camarade. Dans l'armée la chose est plus répréhensible puisqu'elle porte atteinte à cet «esprit de corps» si essentiel, au respect mutuel et à la confiance que doivent avoir entre eux des camarades, ainsi qu'au moral de la vie de caserne. Pour un citoyen, en frapper un autre, c'est se livrer à des voies de faits punissables en tant que telles, mais pour un soldat, frapper un officier supérieur, c'est beaucoup plus grave; c'est porter atteinte à la discipline et, en certains cas, cela peut équivaloir à une mutinerie. À l'inverse, l'officier qui frappe un soldat commet aussi une infraction militaire sérieuse. Dans la vie civile, un citoyen peut à bon droit refuser de travailler, mais le soldat qui agit ainsi commet une mutinerie, ce qui est une infraction des plus graves, passible de mort en certains cas. De même, un citoyen peut quitter son emploi en tout temps, sa conduite ne sera entachée que d'inexécution d'obligations contractuelles mais, pour un soldat, agir ainsi constitue une infraction sérieuse, qualifiée d'absence sans permission et, s'il n'a pas l'intention de revenir, de désertion.

g Un tel code de discipline serait moins efficace si les Forces armées n'avaient pas leurs propres tribunaux pour le faire respecter. Toutefois, je partage les préoccupations exprimées par le juge en chef Laskin et le juge McIntyre, dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, au sujet des problèmes d'indépendance et d'impartialité qui sont inhérents à la nature même des tribunaux militaires. À mon avis, les liens nécessaires entre la hiérarchie militaire et les tribunaux militaires—le fait que des membres des Forces armées fassent partie de ces tribunaux—portent atteinte à l'indépendance et à l'impartialité totales de ces tribunaux. Comme je vais l'expliquer plus en détail ci-après, les membres d'une cour martiale, qui sont les juges des faits, et le juge-avocat, qui préside l'instance à peu près de la même manière qu'un juge, sont choisis parmi

also be at or higher in rank than captain. Their training is designed to insure that they are sensitive to the need for discipline, obedience and duty on the part of the members of the military and also to the requirement for military efficiency. Inevitably, the court martial represents to an extent the concerns of those persons who are responsible for the discipline and morale of the military. In my opinion, a reasonable person might well consider that the military status of a court martial's members would affect its approach to the matters that come before it for decision.

This, in itself, is not sufficient to constitute a violation of s. 11(d) of the *Charter*. In my opinion the *Charter* was not intended to undermine the existence of self-disciplinary organizations such as, for example, the Canadian Armed Forces and the Royal Canadian Mounted Police. The existence of a parallel system of military law and tribunals, for the purpose of enforcing discipline in the military, is deeply entrenched in our history and is supported by the compelling principles discussed above. An accused's right to be tried by an independent and impartial tribunal, guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, must be interpreted in this context.

In this regard, I agree with the conclusion reached by James B. Fay in Part IV of his considered study of Canadian military law ("Canadian Military Criminal Law: An Examination Of Military Justice" (1975), 23 *Chitty's L.J.* 228, at p. 248):

In a military organization, such as the Canadian Forces, there cannot ever be a truly independent military judiciary; the reason is that the military officer must be involved in the administration of discipline at all levels. A major strength of the present military judicial system rests in the use of trained military officers, who are also legal officers, to sit on courts martial in judicial roles. If this connection were to be severed, (and true independence could only be achieved by such severance), the advantage of independence of the judge that might thereby be achieved would be more than offset by the disadvantage of the eventual loss by the judge of the military knowledge and experience which today helps

les militaires. Les membres de la cour martiale sont aussi des supérieurs hiérarchiques ayant au moins le grade de capitaine. Leur formation vise à assurer qu'ils sont sensibles à la nécessité de la discipline, de l'obéissance et du sens du devoir de la part des Forces armées, ainsi qu'à l'exigence d'efficacité militaire. La cour martiale traduit inévitablement, dans une certaine mesure, les préoccupations des personnes responsables de la discipline et du moral des troupes. À mon avis, une personne raisonnable pourrait bien considérer que l'appartenance aux Forces armées des personnes qui composent une cour martiale influera sur sa façon d'aborder les affaires qui lui sont soumises.

Cela n'est pas suffisant en soi pour constituer une violation de l'al. 11d) de la *Charte*. À mon avis, la *Charte* ne vise pas à miner l'existence d'organismes qui veillent eux-mêmes au maintien d'une discipline, comme, par exemple, les Forces armées canadiennes et la Gendarmerie royale du Canada. L'existence d'un système parallèle de droit et de tribunaux militaires, pour le maintien de la discipline dans les Forces armées, est profondément enracinée dans notre histoire et elle est justifiée par les principes impérieux analysés plus haut. C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial qui garantit à l'accusé l'al. 11d) de la *Charte*.

A cet égard, je souscris à la conclusion tirée par James B. Fay dans la partie IV de son étude approfondie du droit militaire canadien («Canadian Military Criminal Law: An Examination Of Military Justice» (1975), 23 *Chitty's L.J.* 228, à la p. 248):

[TRADUCTION] Dans une organisation militaire, comme les Forces canadiennes, il ne peut jamais y avoir de justice militaire vraiment indépendante, et ce, parce que les officiers des Forces doivent participer à l'administration de la discipline à tous les échelons. L'un des points forts du système actuel de justice militaire réside dans le fait que la fonction judiciaire au sein des cours martiales est confiée à des officiers spécialement formés, qui sont aussi des avocats. Si ce lien devait être rompu (et si l'indépendance véritable ne pouvait être atteinte que grâce à cette rupture), l'avantage que représente l'indépendance du juge qui pourrait être ainsi obtenue serait plus que contrebalancée par l'inconvénient

him to meet his responsibilities effectively. Neither the Forces nor the accused would benefit from such a separation.

In my view, any interpretation of s. 11(d) must take place in the context of other *Charter* provisions. In this connection, I regard it as relevant that s. 11(f) of the *Charter* points to a different content to certain legal rights in different institutional settings:

11. Any person charged with an offence has the right

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

Section 11(f) reveals, in my opinion, that the *Charter* does contemplate the existence of a system of military tribunals with jurisdiction over cases governed by military law. The s. 11(d) guarantees must therefore be construed with this in mind. The content of the constitutional guarantee of an independent and impartial tribunal may well be different in the military context than it would be in the context of a regular criminal trial. However, any such parallel system is itself subject to *Charter* scrutiny, and if its structure violates the basic principles of s. 11(d) it cannot survive unless the infringements can be justified under s. 1.

The first step in our inquiry, therefore, must be to consider whether the proceedings of the General Court Martial infringed the appellant's rights under s. 11(d) of the *Charter*. The status of a General Court Martial, in an objective sense, as revealed by the statutory and regulatory provisions which governed its constitution and proceedings at the time of the appellant's trial, must be examined to determine whether the institution has the essential characteristics of an independent and impartial tribunal. In the course of this examination the appropriate test to be applied under s. 11(d) should be borne in mind: would a reasonable person,

nient de la perte éventuelle des connaissances et de l'expérience militaires du juge qui aident ce dernier à l'heure actuelle à s'acquitter de sa tâche efficacement. Ni les Forces, ni l'accusé ne bénéficieraient d'une telle dissociation.

À mon avis, toute interprétation de l'al. 11d) doit se faire dans le contexte des autres dispositions de la *Charte*. Sous ce rapport, j'estime qu'il est approprié que l'al. 11f) de la *Charte* indique que le contenu de certaines garanties juridiques pourra varier selon l'institution en cause:

11. Tout inculpé a le droit:

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

L'alinéa 11f) révèle, à mon sens, que la *Charte* prévoit l'existence d'un système de tribunaux militaires ayant compétence sur les affaires régies par le droit militaire. C'est donc en ayant cela à l'esprit qu'il faut interpréter les garanties de l'al. 11d). Le contenu de la garantie constitutionnelle d'un tribunal indépendant et impartial peut très bien différer selon qu'il s'agit du contexte militaire ou de celui d'un procès criminel ordinaire. Toutefois, un tel système parallèle est lui-même assujetti à un examen fondé sur la *Charte* et, si son organisation mine les principes fondamentaux de l'al. 11d), il ne peut survivre à moins que les atteintes soient justifiables en vertu de l'article premier.

Par conséquent, la première étape de notre examen doit consister à déterminer si les procédures de la cour martiale générale ont porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'al. 11d) de la *Charte*. Pour déterminer si la cour martiale générale possède les caractéristiques essentielles d'un tribunal indépendant et impartial, il faut examiner objectivement le statut de cette institution, tel qu'il ressort des dispositions législatives et réglementaires qui régissent sa constitution et ses procédures au moment du procès de l'appelant. Cet examen doit être fait en ayant à l'esprit le critère qu'il convient d'appliquer en vertu de l'al. 11d), savoir:

familiar with the constitution and structure of the General Court Martial, conclude that the tribunal enjoys the protections necessary for judicial independence?

4. The Institutional Background

(a) The National Defence Act: Code of Service Discipline

The Code of Service Discipline defines the standard of conduct to which military personnel and certain civilians are subject and provides for a set of military tribunals to discipline breaches of that standard. The system of military courts is governed not only by the statutory provisions contained in the Code but also by related regulations contained in the Q.R. & O. and the *Canadian Forces Administrative Orders*.

Under the Code of Service Discipline, a person who commits an offence may be tried by summary trial or by a court martial. The punishments that an officer conducting a summary trial is authorized to impose are limited to the penalties listed in s. 163(2) of the Act. Detention for a period of 90 days is the most serious penalty that an officer may impose in this context. As a result, the disciplinary powers available to an officer conducting a summary trial will be inadequate with respect to certain serious offences. In many cases, therefore, an accused will be tried by a court martial, which generally has the power to impose more serious penalties.

The Act provides for four types of courts martial: the General Court Martial, the Special General Court Martial, the Disciplinary Court Martial and the Standing Court Martial. Each type of court martial is different in terms of the offenders who are subject to its jurisdiction and the punishments which it is authorized to impose. The General Court Martial has jurisdiction over the most serious offences and has the power to impose the most serious penalties.

When a member of the Canadian Forces breaches the Code of Service Discipline, his or her

une personne raisonnable, bien au fait de la constitution et de l'organisation de la cour martiale générale, conclurait-elle que le tribunal jouit des protections nécessaires à l'indépendance judiciaire?

4. Le contexte institutionnel

a) La Loi sur la défense nationale: le Code de discipline militaire

Le Code de discipline militaire définit la norme de conduite applicable aux militaires et à certains civils et crée un ensemble de tribunaux militaires chargés de sanctionner les manquements à cette norme. Le système des tribunaux militaires est régi non seulement par les dispositions législatives du Code, mais aussi par des règlements connexes contenus dans les O.R.F.C. et dans les *Ordonnances administratives applicables aux Forces canadiennes*.

Aux termes du Code de discipline militaire, qui-conque commet une infraction peut être jugé sommairement ou par une cour martiale. Les peines que peut imposer l'officier qui dirige un procès sommaire sont limitées à celles énumérées au par. 163(2) de la Loi. La détention pour une période de 90 jours est la peine la plus sévère que l'officier peut imposer dans ce contexte. Par conséquent, les pouvoirs disciplinaires dont est investi l'officier qui préside le procès sommaire sont insuffisants dans le cas de certaines infractions. Dans bien des cas, l'accusé sera donc jugé par une cour martiale qui, en général, est habilitée à imposer des peines plus sévères.

La Loi prévoit quatre types de cours martiales: la cour martiale générale, la cour martiale spéciale, la cour martiale disciplinaire et la cour martiale permanente. Chaque type de cour martiale diffère quant aux contrevenants qui relèvent de sa compétence et quant aux peines qu'il est autorisé à imposer. La cour martiale générale est compétente relativement aux infractions les plus graves et a le pouvoir d'imposer les peines les plus sévères.

Si un membre des Forces canadiennes commet une infraction au Code de discipline militaire, c'est

commanding officer is initially responsible for disciplining that member. The commanding officer may deal with the matter by summary trial if the powers of punishment available on summary proceedings are suitable. If the commanding officer believes that these powers of punishment would be inadequate considering the gravity of the offence, he or she shall apply to a higher authority for disposal of the charge (arts. 108.30 and 109.01 Q.R. & O.).

If the higher authority concludes that its powers of punishment are inadequate to deal with the matter, it is then ordered that the offender be tried by court martial. If the higher authority lacks the power to convene a court martial, the matter is referred to the next superior officer who has the power to convene a court martial (art. 110.06 Q.R. & O.).

(b) The Structure of the General Court Martial

The Act and regulations stipulate who has the authority to convene a General Court Martial. This person is called a "convening authority". The following persons have the authority to convene such a court martial (s. 165 of the Act and art. 111.05 Q.R. & O.): the Minister of National Defence, the Chief of the Defence Staff, an officer commanding a command, upon receipt of an application from a commanding officer, and any other service authorities that the Minister may prescribe or appoint.

The principal actors at a General Court Martial, aside from the accused, are the prosecutor, the judge advocate and the president and other members.

(i) Prosecutor

The role of the prosecutor is self-evident. He or she is responsible for making the case against the accused, that is, for proving that the accused committed a breach of the Code of Service Discipline. The prosecutor at a General Court Martial is appointed by the convening authority. He or she will be a commissioned officer from the office of the Judge Advocate General, who is himself or

à son commandant qu'il incombe d'abord de statuer sur son cas. Le commandant peut le juger sommairement si les pouvoirs de punition que comportent les procédures sommaires conviennent. S'il estime que ces pouvoirs de punition seraient insuffisants, compte tenu de la gravité de l'infraction, il doit demander à l'autorité supérieure de connaître de l'accusation (art. 108.30 et 109.01 O.R.F.C.).

Si l'autorité supérieure décide que ses pouvoirs de punition sont insuffisants, il est alors ordonné que l'accusé soit jugé par une cour martiale. Si l'autorité supérieure n'a pas le pouvoir de convoquer une cour martiale, l'affaire est renvoyée au supérieur immédiat qui a le pouvoir de convoquer une cour martiale (art. 110.06 O.R.F.C.).

b) L'organisation de la cour martiale générale

La Loi et les règlements précisent qui peut convoquer une cour martiale générale. Cette personne est appelée l'«autorité convocatrice». Les personnes suivantes peuvent convoquer une telle cour martiale (art. 165 de la Loi et art. 111.05 O.R.F.C.): le ministre de la Défense nationale, le chef de l'état-major de la défense, un officier commandant un commandement, à la réception d'une demande d'un commandant, et les autres autorités militaires que le Ministre peut prescrire ou désigner à cette fin.

Les principaux acteurs d'une cour martiale générale sont, outre l'accusé, le procureur à charge, le juge-avocat ainsi que le président, et les autres membres.

(i) Le procureur à charge

Le rôle du procureur à charge est évident en soi. Il est chargé de faire la preuve des faits reprochés à l'accusé, c'est-à-dire de prouver que l'accusé a commis une infraction au Code de discipline militaire. Le procureur à charge d'une cour martiale générale est nommé par l'autorité convocatrice. C'est un officier commissionné du cabinet du juge-avocat général, qui est lui-même avocat et qui pré-

herself a barrister, and who chairs the selection board that chooses candidates to become military judges. With the consent of the Judge Advocate General, civilian counsel may be appointed as prosecutor: art. 111.23 Q.R. & O.

(ii) *President and Other Members*

A General Court Martial may consist of not less than five and not more than nine members (s. 167 of the Act and art. 111.18 Q.R. & O.). The members of the court martial are effectively the triers of fact. They determine, by majority vote, the guilt or innocence of the accused. The members also, unlike a jury in an ordinary court of law, determine the sentence in the event that the accused is found guilty (s. 192 of the Act). One of the members of the court martial acts as president of the court (s. 168 of the Act). The role of the president is to ensure that the trial is conducted in an orderly and judicial manner and to be responsible for the proper performance of the duties of the court (art. 112.54 Q.R. & O.). The following persons are prohibited, under s. 170 of the Act, from sitting as a member of a General Court Martial: the officer who convened the court martial; the prosecutor; a witness for the prosecution; the commanding officer of the accused person; a provost officer; and any person who was involved in the investigation with respect to the charge in question. The members of a General Court Martial should not normally be of a rank lower than that held by the accused (art. 111.21 (Note A) Q.R. & O.). No members of the court martial can be below the rank of captain (s. 170(g) of the Act). The president cannot be below the rank of colonel (s. 168(1) of the Act). In addition, the members of the court should not be selected from the unit to which the accused belongs unless the demands of the military require otherwise (art. 111.06 (Note B) Q.R. & O.). An accused has the right to object to the selection of any members of the court (s. 187 of the Act).

(iii) *Judge Advocate*

Members of the Legal Branch of the Forces who have undergone special training to qualify as military judges may be appointed by the Judge Advo-

side le comité de sélection qui choisit les candidats à un poste de juge militaire. Avec l'assentiment du juge-avocat général, un avocat civil peut être nommé procureur à charge: art. 111.23 O.R.F.C.

(ii) *Le président et les autres membres*

La cour martiale générale se compose d'au moins cinq et d'au plus neuf membres (art. 167 de la Loi et art. 111.18 O.R.F.C.). Les membres de la cour martiale sont effectivement les juges des faits. Ils déterminent, à la majorité, la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Contrairement au jury d'une cour de justice ordinaire, les membres prononcent aussi la sentence dans le cas où l'accusé est déclaré coupable (art. 192 de la Loi). L'un des membres de la cour martiale agit comme président de la cour (art. 168 de la Loi). Son rôle consiste à veiller à ce que le procès soit dirigé avec ordre et d'une façon digne d'une cour de justice et à ce que la cour s'acquitte comme il faut de ses fonctions (art. 112.54 O.R.F.C.). Aux termes de l'art. 170 de la Loi, il est interdit aux personnes suivantes de siéger à une cour martiale générale: l'officier qui l'a convoquée, le procureur de la poursuite, les témoins à charge, le commandant de l'accusé, les officiers de la police militaire et les personnes qui ont participé à l'enquête relative à l'accusation en question. Les membres d'une cour martiale générale ne doivent pas normalement avoir un grade inférieur à celui de l'accusé (art. 111.21 (note A) O.R.F.C.). Nul membre de la cour ne doit avoir un grade inférieur à celui de capitaine (al. 170g) de la Loi). Le président doit avoir au moins le grade de colonel (par. 168(1) de la Loi). De plus, les membres de la cour doivent être choisis parmi d'autres unités que celle de l'accusé, sauf si les exigences du service le rendent nécessaire (art. 111.06 (note B) O.R.F.C.). L'accusé a le droit de récuser les membres de la cour (art. 187 de la Loi).

(iii) *Le juge-avocat*

Les membres du contentieux des Forces qui ont reçu une formation spéciale pour être admis comme juges militaires peuvent être nommés par

cate General to positions in the Chief Judge Advocate's Division within the Office of the Judge Advocate General. There, they perform legal duties related to the judicial function, and may be called upon to preside at courts martial. When it is proposed to convene a General Court Martial, the appointment of the judge advocate is made by the Judge Advocate General from officers serving in the Chief Judge Advocate's Division. The length of postings to the Chief Judge Advocate's Division is controlled by the Judge Advocate General. Officers serving in that Division may be re-posted to other legal duties within the Judge Advocate General's Office, or elsewhere within the Legal Branch of the Forces.

The judge advocate officiates at a General Court Martial much as a judge presides over a hearing in an ordinary court of law. He is not, however, the trier of fact. The judge advocate is called upon to determine questions of law or mixed law and fact whether they arise before or after the commencement of the trial (s. 192(4) of the Act). If the permission of the president is obtained, he may address the members of the court martial on such matters as he deems necessary or desirable (art. 112.05(4a) Q.R. & O.). In certain circumstances, the president may direct the judge advocate to rule on a question of law or mixed law and fact (art. 112.06 Q.R. & O.). The court may only disregard the opinion of the judge advocate on questions of law and procedure "for very weighty reasons" (art. 112.54 Q.R. & O.).

Section 188 of the Act requires an oath to be taken by each of the members of the court martial and by the judge advocate before the commencement of proceedings. These persons must swear, in the relevant oath, to carry out their responsibilities "without partiality, favour or affection" (arts. 112.15 and 112.16 Q.R. & O.).

(c) The Independence of the General Court Martial

I will now examine the status of the General Court Martial in terms of the three conditions of judicial independence described in *Valente*. As

le juge-avocat général à des postes dans la section du juge-avocat en chef à l'intérieur du cabinet du juge-avocat général. Ils accomplissent là des tâches juridiques liées à la fonction judiciaire et peuvent être appelés à présider des cours martiales. Lorsqu'il est proposé de convoquer une cour martiale générale, le juge-avocat général nomme le juge-avocat parmi les officiers qui travaillent dans la section du juge-avocat en chef. C'est le juge-avocat général qui contrôle la durée des affectations à la section du juge-avocat en chef. Les officiers qui travaillent dans cette section peuvent se voir assigner de nouveau d'autres tâches juridiques au cabinet du juge-avocat général ou ailleurs dans le contentieux des Forces.

Le juge-avocat remplit ses fonctions à la cour martiale générale à peu près de la même manière que le juge qui préside l'audience d'une cour de justice ordinaire. Il n'est cependant pas le juge des faits. Le juge-avocat est appelé à statuer sur les questions de droit ou sur les questions mixtes de droit et de fait survenant avant ou après l'ouverture du procès (par. 192(4) de la Loi). Il peut, avec la permission du président, expliquer aux membres de la cour martiale toute question qu'il peut lui sembler nécessaire ou souhaitable de traiter (par. 112.05(4a) O.R.F.C.). Dans certains cas, le président peut ordonner au juge-avocat de statuer sur une question de droit ou sur une question mixte de droit et de fait (art. 112.06 O.R.F.C.). La cour ne peut passer outre à l'avis du juge-avocat sur des questions de droit et de procédure que «pour des raisons très sérieuses» (art. 112.54 O.R.F.C.).

L'article 188 de la Loi exige que les membres de la cour martiale et le juge-avocat prêtent serment avant le début des procédures. Ces personnes doivent jurer, suivant la forme de serment indiquée, de remplir leurs tâches «sans partialité, faveur ni affection» (art. 112.15 et 112.16 O.R.F.C.).

c) L'indépendance de la cour martiale générale

Je vais maintenant examiner le statut de la cour martiale générale en fonction des trois conditions essentielles de l'indépendance judiciaire énoncées

noted above, these criteria are security of tenure, financial independence, and institutional independence. The first two criteria are personal to the adjudicator in terms of his or her direct relationship with the executive, while the third criterion relates to the independence of the tribunal considered as an institution.

(i) Security of Tenure

At the time of the appellant's trial, the Judge Advocate General had the authority to appoint the judge advocate at a General Court Martial (s. 169 of the Act and art. 111.22 Q.R. & O.). The Judge Advocate General is a barrister or advocate of not less than 10 years standing who is appointed by the Governor in Council (s. 9 of the Act). The Act does not require the Judge Advocate General to be a member of the Armed Forces, but, in practice, he has always been chosen from the ranks of the military. Captain Charles F. Blair, in an affidavit that was filed in this Court by the respondent, describes an important component of the Judge Advocate General's role as follows:

34. By historical custom of the service, and by written terms of reference, the Judge Advocate General is responsible for the provision of a military judiciary to take the judicial role in the military justice system provided for in the *National Defence Act*. To that end, he has established and maintains the Chief Judge Advocate's division of the Office of the Judge Advocate General. . . . [T]hat division consists of the Chief Judge Advocate (a military officer in the rank of Colonel or its naval equivalent Captain (N), a Deputy Chief Judge Advocate (Lieutenant-Colonel or Commander), and two Assistant Chief Judge Advocates (also Lieutenant-Colonels or Commanders). All of these officers have been formally qualified as military judges, through the process of qualification, training, and experience described below.

Captain Blair also indicates that the Office of the Judge Advocate General maintains a reserve of legal officers who are similarly qualified as military judges. Judge advocates at General Courts Martial are appointed from this pool of military judges. Captain Blair notes that although the Judge

dans l'arrêt *Valente*. Je le répète, ces critères sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle. Les deux premiers critères se rapportent personnellement au décideur en ce qu'ils concernent ses rapports directs avec le pouvoir exécutif, tandis que le troisième critère se rapporte à l'indépendance du tribunal en tant qu'institution.

(i) L'inamovibilité

À l'époque du procès de l'appelant, le juge-avocat général avait le pouvoir de nommer le juge-avocat à la cour martiale générale (art. 169 de la Loi et art. 111.22 O.R.F.C.). Le juge-avocat général est un avocat, admis à l'exercice de la profession depuis au moins 10 ans, qui est nommé par le gouverneur en conseil (art. 9 de la Loi). La Loi n'exige pas que le juge-avocat général fasse partie des Forces armées, mais, en pratique, il a toujours été choisi parmi les membres des Forces. Dans un affidavit qui a été produit devant notre Cour par l'intimée, le capitaine Charles F. Blair décrit un aspect important du rôle du juge-avocat général:

[TRADUCTION] 34. Suivant la coutume du service et conformément à son mandat écrit, le juge-avocat général est chargé de constituer un corps de magistrats judiciaires appelés à rendre la justice militaire en conformité avec les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*. À cette fin, il a établi la section du juge-avocat en chef au cabinet du juge-avocat général. [...] [C]ette section se compose du juge-avocat en chef (un officier militaire ayant le grade de colonel ou son équivalent dans la marine, le capitaine de vaisseau), d'un juge-avocat en chef adjoint (lieutenant-colonel ou capitaine de frégate) et de deux assistants du juge-avocat en chef (aussi lieutenants-colonels ou capitaines de frégate). Tous ces officiers ont les qualités requises pour le poste de juge militaire, attestées selon le processus en matière de compétences, de formation et d'expérience qui est décrit ci-dessous.

Le capitaine Blair indique en outre que le cabinet du juge-avocat général garde en réserve des avocats militaires qui ont les compétences voulues pour le poste de juge militaire. Les juges-avocats à la cour martiale générale sont choisis parmi cette réserve de juges militaires. Le capitaine Blair fait

Advocate General formally appoints a judge advocate, this appointment is made on the recommendation of the Chief Judge Advocate. Lastly, I note that officers holding a position with the Office of the Judge Advocate General are directly responsible to the Office for the performance of their responsibilities. They are, at the same time, subject to the orders of senior commanders in their region. No order by a senior commander, however, should interfere substantially with the primary functions of the officer. Furthermore, no such officer shall intermingle judicial and non-judicial functions; if an officer is consulted on a pre-trial matter, that officer shall not participate in the trial on that matter (*Canadian Forces Administrative Orders* 4-1).

Unlike the situation of the ordinary courts, a judge advocate is appointed to sit on a General Court Martial on an *ad hoc* basis. This temporary appointment reflects the nature of the General Court Martial, which is convened when necessary to deal with a breach of the Code of Service Discipline. At the conclusion of this type of court martial, the judge advocate and members return to their usual roles within the military. For the members of the General Court Martial, this means a return to their regular duties as officers. For the judge advocate, it means a return to legal duties within the Office of the Judge Advocate General.

It is my conclusion that this arrangement does not guarantee a judge advocate sufficient security of tenure to satisfy the requirements of s. 11(d) of the *Charter*. The *National Defence Act* and regulations fail to protect a judge advocate against the discretionary or arbitrary interference of the executive. The Judge Advocate General, who had the legal authority to appoint a judge advocate at a General Court Martial, is not independent of but is rather a part of the executive. Indeed, the Judge Advocate General serves as the agent of the executive in supervising prosecutions.

observer que, bien que ce soit le juge-avocat général qui nomme officiellement le juge-avocat, cette nomination est faite à la recommandation du juge-avocat en chef. Pour terminer, je souligne que les officiers qui occupent un poste au cabinet du juge-avocat général sont directement redevables au cabinet de l'exécution de leurs fonctions. Ils sont, en même temps, sous les ordres des commandants supérieurs de leur région. Toutefois, les commandants supérieurs ne doivent pas donner d'ordres susceptibles d'entraver sensiblement l'exécution des fonctions principales de l'officier. De surcroît, cet officier ne doit pas cumuler des fonctions judiciaires et non judiciaires; s'il a été consulté sur une question préliminaire au procès, il doit s'abstenir de prendre part au procès relativement à cette question (*Ordonnances administratives applicables aux Forces canadiennes* 4-1).

d

Contrairement à ce qui se passe dans le cas des cours ordinaires, le juge-avocat désigné pour siéger à une cour martiale générale remplit une charge *ad hoc*. Cette nomination temporaire reflète la nature de la cour martiale générale qui est convoquée lorsque cela est nécessaire pour statuer sur une infraction au Code de discipline militaire. Dès que la cour martiale s'est acquittée de sa tâche, le juge-avocat et les membres reprennent leurs fonctions habituelles dans les Forces armées. Cela signifie, pour les membres de la cour martiale générale, le retour à leurs tâches normales d'officiers. Pour le juge-avocat, cela signifie le retour aux tâches juridiques au cabinet du juge-avocat général.

Je conclus que cette organisation ne garantit pas au juge-avocat l'inamovibilité suffisante pour satisfaire aux exigences de l'al. 11d) de la *Charte*. La *Loi sur la défense nationale* et ses règlements d'application ne protègent pas le juge-avocat contre l'ingérence discrétionnaire ou arbitraire de l'exécutif. Le juge-avocat général, qui était légalement habilité à nommer un juge-avocat à la cour martiale générale, n'est pas indépendant de l'exécutif, mais en fait plutôt partie. En effet, le juge-avocat général fait fonction de mandataire de l'exécutif dans la surveillance des poursuites.

j

Furthermore, under the regulations in force at the time of the appellant's trial, the judge advocate was appointed solely on a case by case basis. As a result, there was no objective guarantee that his or her career as military judge would not be affected by decisions tending in favour of an accused rather than the prosecution. A reasonable person might well have entertained an apprehension that a legal officer's occupation as a military judge would be affected by his or her performance in earlier cases. Nothing in what I have said here should be taken to impugn the integrity of the judge advocate who presided at the appellant's trial, nor to suggest that judge advocates in fact are influenced by career concerns in the discharge of their adjudicative duties. The point is, however, that a reasonable person could well have entertained the apprehension that the person chosen as judge advocate had been selected because he or she had satisfied the interests of the executive, or at least has not seriously disappointed the executive's expectations, in previous proceedings. Any system of military tribunals which does not banish such apprehensions will be defective in terms of s. 11(d). At the very least, therefore, the essential condition of security of tenure, in this context, requires security from interference by the executive for a fixed period of time. An officer's position as military judge should not, during a certain period of time, depend on the discretion of the executive.

En outre, selon les règlements en vigueur lors du procès de l'appelant, le juge-avocat n'occupait qu'une charge *ad hoc*. Par conséquent, il n'y avait objectivement aucune garantie que sa carrière de juge militaire ne serait pas compromise s'il rendait des décisions favorables à l'accusé plutôt qu'à la poursuite. Une personne raisonnable aurait bien pu craindre que la charge de juge militaire d'un avocat militaire ne dépendît de son rendement lors de procès antérieurs. Rien dans ce que j'ai dit en l'espèce ne devrait être interprété comme attaquant l'intégrité du juge-avocat qui a présidé le procès de l'appelant, ni comme laissant entendre que les juges-avocats sont, en réalité, influencés par des préoccupations de carrière dans l'exercice de leurs fonctions décisionnelles. Il reste, cependant, qu'une personne raisonnable aurait bien pu craindre que la personne nommée au poste de juge-avocat ait été choisie parce qu'elle avait satisfait aux intérêts de l'exécutif, ou du moins parce qu'elle n'avait pas sérieusement déçu les attentes de l'exécutif lors de procédures antérieures. Tout système de tribunaux militaires qui ne dissipe pas pareilles craintes est entaché d'un vice au regard de l'al. 11d). Par voie de conséquence, la condition essentielle de l'inamovibilité, dans ce contexte, exige à tout le moins la protection contre l'ingérence de l'exécutif pendant une période déterminée. La charge de juge militaire que remplit un officier ne doit pas, durant une certaine période, dépendre du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif.

g

It was stated in *Valente* that according a decision-maker tenure for a "specific adjudicative task" may be a sufficient guarantee of security of tenure. I do not believe that this statement is applicable in this context. Although a General Court Martial is convened on an *ad hoc* basis, it is not a "specific adjudicative task". The General Court Martial is a recurring affair. Military judges who act periodically as judge advocates must therefore have a tenure that is beyond the interference of the executive for a fixed period of time. Consequently, security of tenure during the period of a specific General Court Martial, achieved by the fact that no provision of the statute or regulations allows for the removal of a judge advocate during a trial

Dans l'arrêt *Valente*, on a dit qu'attribuer l'inamovibilité à un décideur à l'égard d'une «charge *ad hoc*» peut être une garantie suffisante d'inamovibilité. Je ne crois pas que cet énoncé soit applicable dans le présent contexte. Certes, la cour martiale générale est convoquée spécialement pour une affaire, mais il ne s'agit pas d'une «charge *ad hoc*». La cour martiale générale est convoquée régulièrement. Les juges militaires qui, périodiquement, agissent comme juges-avocats doivent donc bénéficier d'une inamovibilité qui les mette à l'abri de toute ingérence de l'exécutif pendant une période déterminée. Par conséquent, l'inamovibilité pendant qu'une cour martiale générale instruit une affaire donnée, c'est-à-dire celle qui découle

(except if the judge advocate is unable to attend: art. 112.64(2) Q.R. & O.), is not adequate protection for the purposes of s. 11(d) of the *Charter*.

I do not, however, consider that s. 11(d) requires that military judges be accorded tenure until retirement during good behaviour equivalent to that enjoyed by judges of the regular criminal courts. Officers who serve as military judges are members of the military establishment, and will probably not wish to be cut off from promotional opportunities within that career system. It would not therefore be reasonable to require a system in which military judges are appointed until the age of retirement. (See, in this regard, the judgment of the Court Martial Appeal Court in *R. v. Ingebrigtsen* (1990), 61 C.C.C. (3d) 541, at p. 555.) The requirements of s. 11(d) are sensitive to the context in which an adjudicative task is performed. The *Charter* does not require, nor would it be appropriate to impose, uniform institutional standards on all tribunals subject to s. 11(d).

f
It may very well be true (and I am quite prepared to believe this) that, in practice, under the rules that were in effect at the time of the appellant's trial, the Judge Advocate General appointed a judge advocate for a General Court Martial only on the recommendation of the Chief Judge Advocate. The judge advocate would therefore be appointed on the basis of merit and not by the arbitrary decision of the executive, that is, the Judge Advocate General. I emphasize, however, that the independence of a tribunal is to be determined on the basis of the objective status of that tribunal. This objective status is revealed by an examination of the legislative provisions governing the tribunal's constitution and proceedings, irrespective of the actual good faith of the adjudicator. Practice or tradition, as mentioned by this Court in *Valente* (p. 702), is not sufficient to support a finding of independence where the status of the tribunal itself does not support such a finding.

a du fait qu'aucune disposition de la Loi ou des règlements ne permet la révocation d'un juge-avocat au cours d'un procès (sauf si le juge-avocat est incapable d'assister aux audiences: par. 112.64(2) O.R.F.C.), n'est pas une garantie suffisante aux fins de l'al. 11d) de la *Charte*.

Cependant, je ne considère pas que l'al. 11d) b exige que les juges militaires occupent leur charge à titre inamovible jusqu'à l'âge de la retraite comme c'est le cas pour les juges des cours criminelles ordinaires. Les officiers qui occupent la charge de juge militaire font partie des Forces armées et ne voudront probablement pas voir compromises leurs chances d'avancement dans le service. Il ne serait donc pas raisonnable d'exiger un système dans lequel les juges militaires seraient nommés jusqu'à l'âge de la retraite. (Voir, à cet égard, le jugement de la Cour d'appel de la cour martiale *R. c. Ingebrigtsen* (1990), 61 C.C.C. (3d) 541, à la p. 555.) Les exigences de l'al. 11d) c tiennent compte du contexte dans lequel la charge décisionnelle est exercée. La *Charte* n'impose pas, pas plus qu'il ne serait approprié de le faire, des normes institutionnelles uniformes qui seraient applicables à tous les tribunaux assujettis à l'al. 11d).

f

g
Il se peut très bien (et je suis tout à fait disposé à le croire) qu'en pratique, selon les règles qui étaient en vigueur lors du procès de l'appelant, le juge-avocat général n'ait nommé un juge-avocat à une cour martiale générale qu'à la recommandation du juge-avocat en chef. La nomination du juge-avocat aurait donc bel et bien été faite au mérite et non par suite de la décision arbitraire de l'exécutif, c'est-à-dire du juge-avocat général. Je tiens cependant à souligner que l'indépendance d'un tribunal doit être déterminée en fonction de son statut objectif. Ce statut objectif ressort de l'examen des dispositions législatives régissant la constitution et les procédures du tribunal, indépendamment de la bonne foi réelle du décideur. La pratique ou la tradition, comme l'a mentionné notre Cour dans l'arrêt *Valente* (p. 702), est insuffisante pour justifier une conclusion à l'indépendance si le statut du tribunal lui-même ne justifie pas cette conclusion.

j

I would therefore conclude that, at the time the appellant was tried, the judge advocate at the General Court Martial did not enjoy sufficient security of tenure to satisfy s. 11(d) of the *Charter*.

However, I would note that recent amendments to the Q.R. & O., which came into force on January 22, 1991, subsequent to the trial in this case, appear to correct the primary deficiencies of the judge advocate's security of tenure. Under new art. 4.09 Q.R. & O., any officer who may act as judge advocate at a General Court Martial is first appointed to the position of a military trial judge for a period of two to four years. In addition, art. 111.22 Q.R. & O. now provides that the Chief Military Trial Judge, and not the Judge Advocate General, has formal authority to appoint a judge advocate at a General Court Martial. These are not before us and I refer to them solely for the purpose of completeness.

(ii) *Financial Security*

The promotions and pay rates of Canadian Armed Forces personnel are determined in accordance with regulations adopted under the *National Defence Act*. Regulations governing promotions are made by the Governor in Council (s. 28 of the Act). Regulations governing pay and allowances are made by the Treasury Board (s. 35 of the Act).

The president and other members of a General Court Martial are not compensated, above their usual salary as officers in the Armed Forces, for serving at the court martial. It therefore appears that the criteria of financial security, as described in *Valente*, cannot be applied easily to the General Court Martial. This condition is, nonetheless, relevant in these circumstances. The requirement of financial security will not be satisfied if the executive is in a position to reward or punish the conduct of the members and judge advocate at a General Court Martial by granting or withholding benefits in the form of promotions and salary increases or bonuses.

Je conclurais donc qu'à l'époque du procès de l'appelant, le juge-avocat de la cour martiale générale ne jouissait pas d'une inamovibilité suffisante pour satisfaire au critère de l'al. 11d) de la *Charte*.

Toutefois, je noterais que les modifications apportées récemment aux O.R.F.C., qui ont pris effet le 22 janvier 1991, soit après la fin du procès en l'espèce, semblent combler les principales lacunes de l'inamovibilité du juge-avocat. Selon le nouvel art. 4.09 O.R.F.C., l'officier habilité à occuper la charge de juge-avocat à une cour martiale générale est d'abord nommé au poste de juge militaire pour une période de deux à quatre ans. En outre, l'art. 111.22 O.R.F.C. stipule désormais que le juge militaire en chef, et non le juge-avocat général, est investi du pouvoir de nommer le juge-avocat à la cour martiale générale. Ces points ne sont pas soulevés devant nous et je ne les mentionne que pour compléter mon analyse.

(ii) *La sécurité financière*

L'avancement et les taux des soldes dans les Forces armées canadiennes sont régis par les règlements pris en application de la *Loi sur la défense nationale*. Les règlements régissant l'avancement sont pris par le gouverneur en conseil (art. 28 de la Loi). Les règlements régissant le versement des soldes et allocations sont pris par le Conseil du Trésor (art. 35 de la Loi).

Le président et les autres membres de la cour martiale générale ne touchent pas de rémunération, autre que leur solde d'officiers des Forces armées, pour siéger à la cour martiale. Il semble donc que les critères de sécurité financière, énoncés dans l'arrêt *Valente*, ne peuvent pas s'appliquer facilement à la cour martiale générale. C'est néanmoins une condition pertinente dans ces circonstances. Il ne sera pas satisfait à l'exigence de la sécurité financière si l'exécutif est en mesure de récompenser ou de punir les membres ou le juge-avocat de la cour martiale générale pour la conduite qu'ils ont adoptée, en leur accordant des avantages sous la forme d'avancement, d'augmentations de salaire ou de gratifications, ou en les leur refusant, selon le cas.

There were no formal prohibitions, at the time that the appellant was tried by the General Court Martial, against evaluating an officer on the basis of his or her performance at a General Court Martial. An officer's performance evaluation could potentially reflect his superior's satisfaction or dissatisfaction with his conduct at a court martial. Consequently, by granting or denying a salary increase or bonus on the basis of a performance evaluation, the executive might effectively reward or punish an officer for his or her performance as a member of a General Court Martial. This interference with the independence of the members of a General Court Martial would be an infringement of s. 11(d) of the *Charter*. Once again, this is not to suggest that the executive in fact sought to influence the outcomes of court martial proceedings by the granting or withholding of salary increases, but rather, that a reasonable person might have entertained such an apprehension under the system as constituted at the time of the appellant's trial.

Similar considerations apply in the case of the judge advocate. The executive's evaluation of a legal officer's performance as judge advocate directly affects his or her salary. The remuneration plan for legal officers is described in Captain Blair's affidavit:

45. Military judges, like all other legal officers in the Canadian Forces, are paid pursuant to regulations made by the Treasury Board and contained in Article 204.218 of Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces. . . . That pay plan contemplates the establishment by Treasury Board of ranges of pay for legal officers in certain ranks, and for the movement of individual officers within those ranges, in accordance with both their time in rank, and their merit as assessed by a merit board. The pay of legal officers is reviewed annually, or sometimes less often, with the pay ranges and annual increase based on time in rank being set exclusively by the Treasury Board, without reference to any individual's performance.

A military legal officer's salary is thus determined in part, within the range established by the Treasury Board, according to a performance evalua-

Au moment où l'appelant a été jugé par la cour martiale générale, il n'était pas interdit formellement d'évaluer un officier en fonction de son rendement en cour martiale générale. L'évaluation de son rendement pourrait traduire la satisfaction ou le mécontentement de son supérieur à l'égard de sa conduite en cour martiale. Par conséquent, en lui accordant ou en lui refusant une augmentation de salaire ou une gratification sur la base d'une évaluation de rendement, l'exécutif pourrait effectivement récompenser ou punir un officier pour son rendement à titre de membre d'une cour martiale générale. Cette atteinte à l'indépendance des membres d'une cour martiale générale serait contraire à l'al. 11d) de la *Charte*. Encore une fois, cela revient non pas à dire que l'exécutif a, en réalité, voulu influencer l'issue des procédures en cour martiale en accordant ou en refusant des augmentations de salaire, mais plutôt qu'une personne raisonnable aurait pu craindre que ce soit le cas selon le système qui existait au moment du procès de l'appelant.

Des considérations semblables s'appliquent au cas du juge-avocat. L'évaluation par l'exécutif du rendement d'un avocat militaire en tant que juge-avocat influe directement sur sa rémunération. Le capitaine Blair expose, dans son affidavit, le régime de rémunération des avocats militaires:

[TRADUCTION] 45. Les juges militaires, comme tous les autres avocats militaires des Forces canadiennes, sont rémunérés conformément aux règlements pris par le Conseil du Trésor et énoncés à l'article 204.218 des Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes. [...] Ce régime de rémunération prévoit l'établissement par le Conseil du Trésor d'échelles de traitement pour les avocats militaires d'un certain grade, et le changement d'échelon des avocats, selon à la fois l'ancienneté dans le grade et le mérite évalué par le comité compétent. La rémunération des avocats militaires est révisée chaque année, ou parfois à des intervalles plus longs, et il appartient exclusivement au Conseil du Trésor de fixer, sans tenir compte du rendement d'un individu, les échelles de traitement et l'augmentation annuelle en fonction de l'ancienneté dans le grade.

Le salaire d'un avocat militaire est donc déterminé en partie, selon les échelles établies par le Conseil du Trésor, grâce à une évaluation de ren-

ation. The executive's opinion of an officer's performance as a military judge may therefore be a factor in the final determination of his or her salary. Again, this possibility of executive interference is inconsistent with s. 11(d).

I note that the recent amendments to the Q.R. & O. now prohibit an officer's performance as a member of a General Court Martial or as a military trial judge from being used to determine his qualification for a promotion or rate of pay (arts. 26.10 and 26.11 Q.R. & O.) In my view, this is sufficient to correct this aspect of the deficiencies of the system under which the appellant was tried.

I therefore conclude that the judge advocate and members of the General Court Martial did not enjoy sufficient financial security, for the purposes of s. 11(d), at the time of the appellant's trial. The executive clearly had the ability to interfere with the salaries and promotional opportunities of officers serving as judge advocates and members at a court martial. Although the practice of the executive may very well have been to respect the independence of the participants at the court martial in this respect, this was not sufficient to correct the weaknesses in the tribunal's status. A reasonable person would perceive that financial security, an essential condition of judicial independence, was not present in this case.

(iii) *Institutional Independence*

Many of the aspects of the General Court Martial that Décaray J., dissenting in the Court Martial Appeal Court, found troubling relate to the tribunal's institutional independence. After a careful review of the relevant legislative provisions, Décaray J. observed (at p. 372):

This review of the manner of proceeding in a General Court Martial indicates that the system created by the Act and by the Q.R.O.C.F. clearly establishes close links of institutional dependence between the Minister of National Defence, the commanding officer who signs the charge sheet, orders custody, receives the investiga-

dement. L'opinion de l'exécutif sur le rendement d'un avocat occupant la charge de juge militaire peut donc influer, en fin de compte, sur sa rémunération. Encore une fois, cette possibilité d'ingérence de la part de l'exécutif est incompatible avec l'al. 11d).

Je remarque que les modifications apportées récemment aux O.R.F.C. interdisent désormais que le rendement d'un officier, à titre de membre d'une cour martiale générale ou de juge militaire, serve à établir s'il a les qualités requises pour être promu ou à déterminer son taux de solde (art. 26.10 et 26.11 O.R.F.C.). À mon avis, cela suffit à corriger ce défaut du système dans le cadre duquel l'appellant a été jugé.

Je conclus donc que le juge-avocat et les membres de la cour martiale générale ne jouissaient pas, à l'époque du procès de l'appellant, d'une sécurité financière suffisante pour les fins de l'al. 11d). L'exécutif avait nettement le pouvoir d'influer sur les salaires et les chances d'avancement des officiers faisant fonction de juges-avocats et de membres d'une cour martiale. Même s'il se pouvait fort bien que l'exécutif ait coutume de respecter l'indépendance des participants à la cour martiale sous ce rapport, cela n'était pas suffisant pour corriger les faiblesses du statut du tribunal. Une personne raisonnable se rendrait compte de l'absence, en l'espèce, de la sécurité financière qui constitue une condition essentielle de l'indépendance judiciaire.

(iii) *L'indépendance institutionnelle*

Bon nombre des aspects de la cour martiale générale que le juge Décaray, dissident en Cour d'appel de la cour martiale, a jugés inquiétants se rapportent à l'indépendance institutionnelle du tribunal. Après avoir étudié attentivement les dispositions législatives pertinentes, le juge Décaray fait observer (à la p. 372):

Cet exposé du déroulement d'une instance en Cour martiale générale révèle que le système mis sur pied par la Loi et par les O.R.F.C. crée de façon manifeste et objective des liens étroits de dépendance institutionnelle entre le Ministre de la défense nationale, le commandant qui signe l'acte d'accusation, ordonne la détention,

tion report and decides to proceed with the charge, the military authority who convenes the court, appoints its members and decides on its dates of hearing, the officers who make up the court and for all practical purposes sit as a jury, the officer who prosecutes and of course the accused. I note that the **Act** and the **Orders** do not expressly require that the judge advocate also be a member of the Canadian Forces, although in the case at bar the record indicates that he was. I nevertheless take account of this officer on the tribunal, whether or not he was an officer of the Canadian Forces, in the conclusion I have arrived at of an objective institutional dependence, since under the **Act** and the **Orders** his function and duties lead him to maintain close ties with the Canadian Forces.

I agree with the essence of Décaray J.'s observations. An examination of the legislation governing the General Court Martial reveals that military officers, who are responsible to their superiors in the Department of Defence, are intimately involved in the proceedings of the tribunal. This close involvement is, in my opinion, inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*. It undermines the notion of institutional independence that was articulated by this Court in *Valente*. The idea of a separate system of military tribunals obviously requires substantial relations between the military hierarchy and the military judicial system. The principle of institutional independence, however, requires that the General Court Martial be free from external interference with respect to matters that relate directly to the tribunal's judicial function. It is important that military tribunals be as free as possible from the interference of the members of the military hierarchy, that is, the persons who are responsible for maintaining the discipline, efficiency and morale of the Armed Forces.

In my opinion, certain characteristics of the General Court Martial system would be very likely to cast into doubt the institutional independence of the tribunal in the mind of a reasonable and informed person. First, the authority that convenes the court martial (the "convening authority") may be the Minister, the Chief of the Defence Staff, an officer commanding a command, upon receipt of an application from a commanding officer, or

reçoit le rapport d'enquête et décide de donner suite à l'accusation, l'autorité militaire qui convoque la Cour, en nomme les membres et décide de ses dates d'audience, les officiers qui composent la Cour et siègent à toutes fins utiles comme un jury, l'officier qui est procureur à charge et, bien sûr, l'accusé. Je note que la **Loi** et les **Ordonnances** n'exigent pas expressément que le juge-avocat soit, lui aussi, membre des Forces canadiennes, encore qu'en l'espèce le dossier indique qu'il l'était. Je n'en tiens pas moins compte de cet officier du tribunal, qu'il soit ou non officier des Forces canadiennes, dans la conclusion à laquelle j'en arrive de dépendance institutionnelle objective, puisque son rôle et ses fonctions l'amènent, de par la **Loi** et les **Ordonnances**, à entretenir des liens étroits avec les Forces canadiennes.

Je souscris, pour l'essentiel, aux observations du juge Décaray. L'examen des lois régissant la cour martiale générale révèle que les officiers militaires, qui sont comptables à leurs supérieurs au ministère de la Défense, participent étroitement aux procédures du tribunal. Cette participation étroite est, à mon sens, incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte*. Elle a pour effet de miner la notion d'indépendance institutionnelle que notre Cour a définie dans l'arrêt *Valente*. L'idée d'un système distinct de tribunaux militaires commande manifestement l'existence de liens importants entre la hiérarchie militaire et le système de justice militaire. Le principe de l'indépendance institutionnelle exige toutefois que la cour martiale générale soit à l'abri de toute ingérence extérieure relativement aux questions qui concernent directement la fonction judiciaire du tribunal. Il importe que les tribunaux militaires soient le plus possible à l'abri de l'ingérence des membres de la hiérarchie militaire, c'est-à-dire des personnes qui sont chargées du maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des Forces armées.

À mon avis, certaines caractéristiques du système des cours martiales générales seraient fort probablement susceptibles de compromettre l'indépendance institutionnelle du tribunal dans l'esprit d'une personne raisonnable et bien informée. Premièrement, l'autorité qui convoque la cour martiale (l'**«autorité convocatrice»**) peut être le Ministre, le chef de l'état-major de la défense, un officier commandant un commandement, à la

another service authority appointed by the Minister (art. 111.05 Q.R. & O.). The convening authority, an integral part of the military hierarchy and therefore of the executive, decides when a General Court Martial shall take place. The convening authority appoints the president and other members of the General Court Martial and decides how many members there shall be in a particular case. The convening authority, or an officer designated by the convening authority, also appoints, with the concurrence of the Judge Advocate General, the prosecutor (art. 111.23 Q.R. & O.). This fact further undermines the institutional independence of the General Court Martial. It is not acceptable, in my opinion, that the convening authority, i.e., the executive, who is responsible for appointing the prosecutor, also have the authority to appoint members of the court martial, who serve as the triers of fact. At a minimum, I consider that where the same representative of the executive, the "convening authority", appoints both the prosecutor and the triers of fact, the requirements of s. 11(d) will not be met.

Secondly, the appointment of the judge advocate by the Judge Advocate General (art. 111.22 Q.R. & O.), undermines the institutional independence of the General Court Martial. The close ties between the Judge Advocate General, who is appointed by the Governor in Council, and the executive, are obvious. To comply with s. 11(d) of the *Charter*, the appointment of a military judge to sit as judge advocate at a particular General Court Martial should be in the hands of an independent and impartial judicial officer. The effective appointment of the judge advocate by the executive could, in objective terms, raise a reasonable apprehension as to the independence and impartiality of the tribunal. However, as I have concluded above, I consider that the new arts. 4.09 and 111.22 of the amended Q.R. & O. have largely remedied this defect to the extent required in the context of military tribunals.

I conclude, therefore, that the constitution and structure of the General Court Martial at the time of the appellant's trial did not meet the minimum

réception d'une demande d'un commandant, ou les autres autorités militaires que peut désigner le Ministre (art. 111.05 O.R.F.C.). L'autorité convocatrice, qui fait partie intégrante de la hiérarchie militaire et donc de l'exécutif, décide s'il y a lieu de convoquer une cour martiale générale. Elle nomme le président et les autres membres de la cour martiale générale et décide du nombre de membres qui la composeront dans une affaire donnée. L'autorité convocatrice, ou l'officier désigné par celle-ci, nomme aussi, avec l'assentiment du juge-avocat général, le procureur à charge (art. 111.23 O.R.F.C.). Voilà encore un fait qui mine l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale. Il est inacceptable, selon moi, que l'autorité convocatrice, c'est-à-dire l'exécutif, qui est responsable de la nomination du procureur à charge, soit en outre investie du pouvoir de nommer les membres de la cour martiale qui remplissent la fonction de juge des faits. J'estime qu'à tout le moins, lorsque c'est ce même représentant de l'exécutif, l'*«autorité convocatrice»*, qui nomme à la fois le procureur à charge et les juges des faits, les conditions de l'al. 11d) ne sont pas remplies.

Deuxièmement, la nomination du juge-avocat par le juge-avocat général (art. 111.22 O.R.F.C.) sape l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale. Les rapports étroits entre le juge-avocat général, qui est nommé par le gouverneur en conseil, et l'exécutif, sont évidents. Pour être conforme à l'al. 11d) de la *Charte*, la nomination d'un juge militaire pour occuper la charge de juge-avocat à une cour martiale générale donnée devrait incomber à un officier de justice indépendant et impartial. La nomination effective du juge-avocat par l'exécutif pourrait, objectivement, faire naître une crainte raisonnable quant à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal. Toutefois, comme je l'ai conclu plus haut, je considère que les nouveaux art. 4.09 et 111.22 des O.R.F.C. ont remédié en grande partie à cette lacune dans la mesure où c'était nécessaire dans le contexte des tribunaux militaires.

Je conclus donc que la constitution et l'organisation de la cour martiale générale à l'époque du procès de l'appelant ne satisfaisaient pas aux exi-

requirements of s. 11(d) of the *Charter*. Unless this infringement of s. 11(d) can be justified under s. 1 the appeal must be allowed. However, before proceeding to s. 1, it will be convenient to deal with certain other submissions made by the appellant, which, while not strictly necessary to the outcome of this appeal, I feel should be dealt with in the interests of clarity.

a gences minimales de l'al. 11d) de la *Charte*. À moins que cette atteinte à l'al. 11d) puisse être justifiée en vertu de l'article premier, il y a lieu d'accueillir ce pourvoi. Toutefois, avant de passer à l'article premier, et pour jeter le plus de lumière possible sur ces questions, il convient, à mon sens, d'examiner d'autres arguments avancés par l'appellant, encore qu'ils ne soient pas, à proprement parler, indispensables à la détermination de l'issue du présent pourvoi.

5. Section 7 of the Charter

The appellant places reliance upon both s. 11(d) and s. 7 of the *Charter*. However, the s. 7 submission can be dealt with very briefly. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, this Court decided that ss. 8 to 14 of the *Charter*, the "legal rights", are specific instances of the basic tenets of fairness upon which our legal system is based, and which are now entrenched as a constitutional minimum standard by s. 7. Consequently, in the context of the appellant's challenge to the independence of the General Court Martial before which he was tried, s. 7 does not offer greater protection than the highly specific guarantee under s. 11(d). I do not wish to be understood to suggest by this that the rights guaranteed by ss. 8 to 14 of the *Charter* are exhaustive of the content of s. 7, or that there will not be circumstances where s. 7 provides a more compendious protection than these sections combined. However, in this case, the appellant has complained of a specific infringement which falls squarely within s. 11(d), and consequently his argument is not strengthened by pleading the more open language of s. 7.

b c L'appelant invoque l'al. 11d) et l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, quelques mots sur l'argument relatif à l'art. 7 suffiront. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, notre Cour a décidé que les art. 8 à 14 de la *Charte*, qui énoncent les «garanties juridiques», représentent des exemples précis d'application des principes fondamentaux d'équité sur lesquels se fonde notre système juridique, que l'art. 7 a érigés en norme constitutionnelle minimale. Par conséquent, dans le contexte où l'appelant met en doute l'indépendance de la cour martiale générale qui l'a jugé, l'art. 7 n'offre pas plus de protection que la garantie très précise de l'al. 11d). Je ne veux pas que l'on pense que j'affirme, par là, que les droits garantis par les art. 8 à 14 de la *Charte* sont les seuls garantis par l'art. 7, ou qu'il n'existe aucun cas où l'art. 7 accordera une protection plus large que ces articles combinés. En l'espèce, toutefois, l'appelant s'est plaint d'une atteinte précise qui relève directement de l'al. 11d); par conséquent, sa thèse n'est pas renforcée par son argument qui repose sur la formulation plus générale de l'art. 7.

6. Section 15 of the Charter

The appellant sought as well to rely on s. 15 of the *Charter*. I think that this submission equally can be dealt with briefly. In my opinion, the appellant, in the context of this appeal, cannot claim to be a member of a "discrete and insular minority" so as to bring himself within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*. For the purposes of this appeal, the appellant cannot be said to belong to a

6. L'article 15 de la Charte

i L'appelant a, en outre, cherché à invoquer l'art. 15 de la *Charte*. Je pense qu'il est également possible de répondre brièvement à cet argument. À mon avis, l'appelant ne peut pas dire, dans le contexte du présent pourvoi, qu'il fait partie d'une «minorité discrète et isolée» de manière à être visé par le par. 15(1) de la *Charte*: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité. Aux fins du présent pourvoi, l'on ne saurait affirmer que l'ap-

category of person enumerated in s. 15(1), or one analogous thereto.

I emphasize, however, that my conclusion here is confined to the context of this appeal. I do not wish to suggest that military personnel can never be the objects of disadvantage or discrimination in a manner that could bring them within the meaning of s. 15 of the *Charter*. Certainly it is the case, for instance, that after a period of massive demobilization at the end of hostilities, returning military personnel may well suffer from disadvantages and discrimination peculiar to their status, and I do not preclude that members of the Armed Forces might constitute a class of persons analogous to those enumerated in s. 15(1) under those circumstances. However, no circumstances of this sort arise in the context of this appeal, and the appellant gains nothing by pleading s. 15 of the *Charter*.

7. Evidence Discovered on the Search and Section 24(2) of the Charter

The police officer who conducted the search of the appellant's home testified at trial that he had attended on the Crown Attorney and explained to her the factual details from his investigation on which he was relying to establish "reasonable and probable grounds" for the issuance of the search warrant. The Crown Attorney's Office then prepared what at that time was the standard request for a search warrant by typing the words [TRANSLATION] "Information from a trustworthy person following investigation" on an information to be sworn before a justice of the peace. The officer then took this form before a justice of the peace, who merely confirmed that the officer had consulted the Crown Attorney and then had him swear out the information.

The appellant contended at trial, and the Crown concedes, that this procedure, by which the alleged "reasonable grounds" were revealed only to the Crown Attorney and not to the justice of the peace, was unacceptable, and constituted an infringement of the appellant's right against unreasonable search

pelant appartient à une catégorie de personnes visée par le par. 15(1), ou à une catégorie analogue.

Je tiens cependant à souligner que ma conclusion en l'espèce ne vaut que pour le contexte du présent pourvoi. Je ne veux pas dire que les militaires ne peuvent jamais être désavantagés ou victimes de traitement discriminatoire de manière à tomber sous la portée de l'art. 15 de la *Charte*. Il est certain, par exemple, qu'après une démobilisation générale à la cessation d'hostilités, les militaires qui reviennent de la guerre peuvent bien être victimes de désavantages et de traitements discriminatoires propres à leur statut, et je n'exclus pas qu'en pareil cas des membres des Forces armées puissent former une catégorie de personnes analogue à celles énumérées au par. 15(1). Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce et l'appelant n'a rien à gagner en invoquant l'art. 15 de la *Charte*.

7. Les éléments de preuve découverts lors de la perquisition et le par. 24(2) de la Charte

Le policier qui a fait la perquisition au domicile de l'appelant a témoigné au procès qu'il avait rencontré le substitut du procureur général et qu'il lui avait expliqué en détail les faits révélés par son enquête et sur lesquels il s'appuyait pour établir les «motifs raisonnables et probables» de délivrer le mandat de perquisition. Une employée du bureau du substitut du procureur général avait alors rempli ce qui était, à l'époque, le formulaire d'usage pour une demande de mandat de perquisition en tapant les mots «Informations d'une personne digne de foi et suite d'une enquête» sur une dénonciation qui devait être faite sous serment devant un juge de paix. Le policier a ensuite apporté ce formulaire à un juge de paix qui a simplement confirmé que le policier avait consulté le substitut du procureur général et qui lui a alors fait prêter serment au sujet de la dénonciation.

L'appelant a soutenu au procès, et le ministère public le reconnaît, que cette façon de procéder suivant laquelle les «motifs raisonnables» allégués n'ont été révélés qu'au substitut du procureur général et non au juge de paix, était inacceptable et constituait une atteinte au droit de l'appelant à la

and seizure under s. 8 of the *Charter*. I agree that this procedure for obtaining search warrants, while standard in Quebec at that time, was unacceptable in terms of the *Charter*. The question is, therefore, whether the evidence of illegal drugs discovered in the appellant's home during the search ought to have been excluded under s. 24(2).

^a protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Je conviens que cette manière de procéder pour obtenir un mandat de perquisition, bien qu'elle ait été utilisée couramment au Québec à cette époque, était inacceptable du point de vue de la *Charte*. Il s'agit donc de décider si la preuve composée des drogues illicites trouvées au domicile de l'appelant au cours de la perquisition aurait dû être écartée en application du par. 24(2).

On the reasoning of this Court in *R. v. Collins*, and in particular in *R. v. Strachan, supra*, I agree with the courts below that this evidence was properly admitted at trial. The evidence in question is real evidence, which pre-existed the violation of s. 8, as opposed to evidence emanating from the accused, which was generated by the violation. There can be no question that the evidence was essential to substantiate a very serious criminal charge. Moreover, while the procedure followed by the police was unacceptable, there was a good faith attempt to comply with a procedure which was evidently believed to be correct.

For these reasons, in my opinion, the exclusion, rather than the admission, of the impugned evidence would have brought the administration of justice into disrepute. Consequently, this ground of appeal fails.

8. Section 1 of the Charter

The appellant's alternative grounds of appeal having been dealt with, we are left with the s. 11(d) violation flowing from the institutional setting in which he was tried. Unless this infringement can be justified under s. 1 of the *Charter*, this appeal must be allowed.

It is now settled that on an inquiry under s. 1 the appropriate starting point is the analysis of Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. As I have already indicated in these reasons, the goal of maintaining order and discipline within the special regime constituted by the Armed Forces of this country is an important one. Indeed, the existence

^b Vu le raisonnement suivi par notre Cour dans les arrêts *R. c. Collins* et, en particulier, *R. c. Strachan*, précités, je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure pour dire que cette preuve a été admise à bon droit au procès. Il s'agit d'une preuve matérielle, préexistante à la violation de l'art. 8, par opposition à la preuve émanant de l'accusé, qui a été engendrée par la violation même. Il n'y a pas de doute que la preuve était essentielle à l'établissement d'une accusation criminelle très grave. Au surplus, même si la manière de procéder de la police était inacceptable, on a néanmoins tenté de bonne foi de suivre ce que l'on a manifestement tenu pour la bonne procédure.

^c Pour ces motifs, je suis d'avis que c'est l'exclusion, plutôt que l'admission, de la preuve contestée qui aurait déconsidéré l'administration de la justice. En conséquence, ce moyen d'appel doit être rejeté.

8. L'article premier de la Charte

^d Les autres moyens d'appel de l'appelant ayant été tranchés, il ne reste que la violation de l'al. 11d) qui découle du contexte institutionnel dans lequel son procès a eu lieu. À moins que cette atteinte puisse être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, le présent pourvoi doit être accueilli.

^e Il est maintenant établi qu'il convient que l'examen fondé sur l'article premier ait pour point de départ l'analyse faite par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Comme je l'ai déjà indiqué dans les présents motifs, le maintien de l'ordre et de la discipline au sein du régime particulier que représentent les For-

of a separate system of military tribunals with jurisdiction over matters governed by military law is contemplated in the wording of s. 11(f) of the *Charter*. In my view, the necessity of maintaining a high level of discipline in the special conditions of military life is a sufficiently substantial societal concern to satisfy the first arm of the proportionality test in *Oakes*.

ces armées canadiennes est un objectif important. En fait, l'existence d'un système distinct de tribunaux militaires, qui soient compétents pour statuer sur les affaires régie par le droit militaire, est envisagée dans le texte de l'al. 11f) de la *Charte*. À mon avis, la nécessité de maintenir un niveau élevé de discipline dans les conditions particulières de la vie militaire est une préoccupation sociale suffisamment importante pour satisfaire au premier volet du critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

However, I am equally convinced that the scheme of the General Court Martial as it existed at the time of the appellant's trial cannot pass the second stage of the test. I am prepared to admit that there may well exist a rational connection between the challenged structure of the General Court Martial and the goal of the maintenance of military discipline in the Armed Forces. However, it is not necessary for me to address this issue in any detail, because I am of the opinion that a trial before a tribunal which does not meet the requirements of s. 11(d) of the *Charter* will only pass the second arm of the proportionality test in *Oakes* in the most extraordinary of circumstances. A period of war or insurrection might constitute such circumstances. However, during periods of normality, the scheme of the General Court Martial, as it was at the time of the appellant's trial, went far beyond what was necessary to accomplish the goals for which it was established. Indeed, the amendments to the Q.R. & O. of January, 1991, which I have indicated constituted significant improvements over the regime under which the appellant was tried, attest to this fact.

Toutefois, je suis également convaincu que le régime des cours martiales générales qui existait à l'époque du procès de l'appelant ne saurait satisfaire au deuxième volet du critère. Je suis disposé à reconnaître qu'il peut bien exister un lien rationnel entre l'organisation contestée de la cour martiale générale et l'objectif de maintenir la discipline dans les Forces armées. Il n'est cependant pas nécessaire que j'examine cette question en détail, parce que je suis d'avis qu'un procès devant un tribunal qui ne respecte pas les exigences de l'al. 11d) de la *Charte* ne satisfera au deuxième volet du critère de l'arrêt *Oakes* que dans les circonstances les plus exceptionnelles. Ce pourrait être le cas en temps de guerre ou d'insurrection, par exemple. En temps normal, cependant, le régime des cours martiales générales, qui existait au moment du procès de l'appelant, allait bien au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre les objectifs pour lesquels il avait été mis sur pied. En réalité, cela ressort des modifications apportées aux O.R.F.C. en janvier 1991, qui constituent, comme je l'ai indiqué, une amélioration importante par rapport au régime sous lequel l'appelant a été jugé.

It is not necessary, under normal circumstances, to try alleged military offenders before a tribunal in which the judge, the prosecutor, and the triers of fact, are all chosen by the executive to serve at that particular trial. Nor can it be said to be necessary that promotional opportunities, and hence the financial prospects within the military establishment, for officers serving on such tribunals should be capable of being affected by senior officers' assessments of their performance in the course of

En temps normal, il n'est pas nécessaire que les militaires inculpés soient jugés par un tribunal dont le juge, le procureur à charge et les juges des faits soient tous choisis par l'exécutif spécialement pour ce procès. L'on ne peut pas dire non plus qu'il soit nécessaire que les chances d'avancement et, par conséquent, les perspectives financières, dans les Forces armées, des officiers qui siègent à ces tribunaux soient susceptibles d'être liées à l'évaluation par leurs supérieurs de leur rendement au cours du

the trial. I note again that the amendments to the Q.R. & O. which came into affect after the appellant's trial have alleviated this latter problem. However, this appeal falls to be decided on the constitutionality of the structure of the General Court Martial in place at the time of trial.

In short, the structure of the General Court Martial with which we are here concerned incorporated features which, in the eyes of a reasonable person, could call the independence and impartiality of the tribunal into question, and are not necessary to attain either military discipline or military justice. This structure, therefore cannot be said to have impaired the appellant's s. 11(d) rights "as little as possible". The proportionality test prescribed in *Oakes* is thus not satisfied.

It follows that the General Court Martial before which the appellant was tried infringed the appellant's s. 11(d) right to a trial before an independent and impartial tribunal in a manner that cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The appeal must therefore be allowed.

Disposition

In conclusion, I would allow the appeal from the judgment of the Court Martial Appeal Court and direct that a new trial take place.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 166 to 170 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, and the Queen's Regulations and Orders, inasmuch as they allow an accused to be tried by General Court Martial, restrict the accused's right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

procès. Je souligne, encore une fois, que les modifications apportées aux O.R.F.C., qui sont entrées en vigueur après le procès de l'appelant, ont résolu en partie ce dernier problème. Toutefois, la décision dans le présent pourvoi doit porter sur la constitutionnalité de l'organisation de la cour martiale générale à l'époque du procès.

Bref, l'organisation de la cour martiale générale qui fait l'objet de notre examen présentait des caractéristiques qui, aux yeux d'une personne raisonnable, pouvaient mettre en doute l'indépendance et l'impartialité du tribunal et qui ne sont pas nécessaires pour assurer soit la discipline militaire, soit la justice militaire. Il n'est donc pas possible d'affirmer que cette organisation était de nature à porter «le moins possible» atteinte aux droits de l'appelant garantis par l'al. 11d). En conséquence, l'on n'a pas satisfait au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

Il s'ensuit que la cour martiale générale devant laquelle l'appelant a été jugé a porté atteinte, d'une manière qui ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, au droit, que l'al. 11d) garantit à l'appelant, d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Le pourvoi doit donc être accueilli.

Dispositif

En conclusion, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Les articles 166 à 170 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, et les Ordonnances et Règlements royaux, en ce qu'ils permettent le procès d'un accusé par une cour martiale générale, restreignent-ils le droit de l'accusé à un procès public et équitable par un tribunal indépendant et impartial, garanti par l'art. 7 et par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. If the answer to question 1 is yes, are they reasonable limits in a free and democratic society and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore are not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? ^a

Answer: No.

3. Does s. 130 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, restrict the right to equality protected by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that it confers jurisdiction over a person subject to the *National Defence Act* for offences pursuant to the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, as amended, thereby depriving the accused of the procedure normally applicable to such offences? ^b

Answer: No.

4. If the answer to question 3 is yes, is it a reasonable limit in a free and democratic society and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? ^c

This question does not arise.

The reasons of La Forest, McLachlin and Stevenson JJ. were delivered by

STEVENSON J.—I have read the judgments of Lamer C.J. and while I agree with his conclusion, I do not share his reasoning. ^d

I start with the acceptance of two propositions: The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* contemplates the existence of a system of military tribunals and that courts martial, as such military tribunals, are staffed by officers of the Armed Forces in exercising the judicial functions entrusted to those tribunals. ^e

I do not understand the Chief Justice's decision as disagreeing with these propositions, the latter of which is, I think, supported by the majority decision in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370. I refer particularly to p. 403 where McIntyre J. said:

2. Si la réponse à la première question est affirmative, sont-ils des limites raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? ^f

Réponse: Non.

3. Est-ce que l'art. 130 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, restreint le droit à l'égalité protégé par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qu'il confère une juridiction sur une personne assujettie à la *Loi sur la défense nationale* au sujet d'infractions à la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 et modifications, privant ainsi l'accusé de la procédure normalement applicable pour de telles infractions? ^g

Réponse: Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, est-il une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? ^h

Cette question ne se pose pas.

Version française des motifs des juges La Forest, McLachlin et Stevenson rendus par

LE JUGE STEVENSON—J'ai pris connaissance des motifs du juge en chef Lamer et, tout en souscrivant à sa conclusion, je ne partage pas son raisonnement. ⁱ

Je prends pour prémisses deux propositions: la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit l'existence d'un système de tribunaux militaires et les cours martiales, à titre de tribunaux militaires, ont recours à des officiers des Forces armées pour exercer les fonctions judiciaires qui leurs sont confiées. ^j

Je n'interprète pas la décision du Juge en chef comme ne souscrivant pas à ces propositions dont la dernière est, à mon avis, appuyée par les motifs de la majorité dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370. Je mentionne particulièrement la p. 403 où le juge McIntyre dit:

... I am unable to conclude that a trial by court martial under the provisions of the *National Defence Act* of criminal offences, which are also offences at civil law, deprives the defendant of a fair hearing by an independent tribunal. From the earliest times, officers of the armed forces in this and, I suggest, all civilized countries have had this judicial function.

The court martial is not dissimilar from the disciplinary body of a self-governing profession which is often, ultimately, the executive board of the profession.

The appellant's argument would have us institutionalize the General Court Martial. In my view, we must examine that institution in the light of the fact that it is appointed for a single adjudicative task. We must also examine its two components: the military judge, or judge advocate, and the members of the tribunal. We must then ask whether this tribunal has the degree of institutional independence which the *Charter* mandates having regard to the considerations set down in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673.

I agree that s. 11(d) imports a flexible standard which must take into account the nature of the tribunal under consideration.

Tenure

The requirement of flexibility led Le Dain J. to say that there could be security of tenure for a "specific adjudicative task". The Chief Justice concludes that because the General Court Martial is a recurring affair, military judges act periodically as judge advocates and must have a tenure beyond the interference of the executive. I admit the apparent attractiveness of this view. It is based on the assumption that a military judge would wish to please his superiors in order to continue that career. At the same time the Chief Justice accepts that military judges need not be accorded tenure until retirement because they may not wish to be

... je ne peux conclure qu'un procès en cour martiale conformément à la *Loi sur la défense nationale*, pour des infractions criminelles qui constituent également des infractions de droit commun, prive l'accusé d'une audition équitable par un tribunal indépendant. Depuis toujours, les officiers des forces armées ont rempli cette fonction judiciaire au Canada, et, selon moi, dans tous les pays civilisés.

La cour martiale n'est pas différente du comité de discipline d'une profession libérale, qui souvent, en fin de compte, est le conseil de direction de la profession.

Selon l'argument de l'appelant, nous devrions institutionnaliser la cour martiale générale. À mon avis, nous devons examiner cette institution en tenant compte du fait qu'elle a été constituée pour s'acquitter d'une charge *ad hoc*. Nous devons également examiner ses deux composantes: le juge militaire ou juge-avocat et les membres du tribunal. Nous devons ensuite nous demander si ce tribunal possède le degré d'indépendance institutionnelle que la *Charte* exige compte tenu des critères établis dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

Je suis d'accord pour dire que l'al. 11d) suppose une norme souple qui doit tenir compte de la nature du tribunal visé.

Durée des fonctions

L'exigence de souplesse a amené le juge Le Dain à dire qu'il pourrait y avoir inamovibilité à l'égard d'une «charge *ad hoc*». Le Juge en chef conclut que parce que la cour martiale générale est convoquée régulièrement; les juges militaires agissent périodiquement comme juge-avocat et doivent bénéficier d'une inamovibilité qui les mette à l'abri de toute ingérence de l'exécutif. J'admetts que cette opinion paraît attrayante. Elle est fondée sur l'hypothèse qu'un juge militaire voudrait plaire à ses supérieurs pour poursuivre cette carrière. En même temps, le Juge en chef reconnaît qu'il n'est pas nécessaire que les juges militaires jouissent de l'inamovibilité jusqu'à l'âge de la retraite parce qu'ils ne voudraient probablement pas voir com-

cut off from promotional opportunities within the career military.

The difficulty I see is that as tenured terms draw to a close the military judges may wish to secure a re-appointment or to advance their careers in some other respect. It would thus be in the interest of these judges to please the "executive". In my opinion, the only way that the ideal could be achieved is by tenured appointments roughly equivalent to those given to the professional judiciary. But, for the reasons given by the Chief Justice, I do not think this aspect of a military judgeship should be so institutionalized.

The Executive

The difficulty in applying the concepts in *Valente* to assess military tribunals is, I think, largely attributable to the difficulty in defining the concept of "the executive" from which there must be independence.

The core value with which we are concerned is summarized by Dickson C.J. in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, as "[t]he ability of individual judges to make decisions in discrete cases free from external interference or influence . . ." (p. 69). Executive or legislative interference or the reasonable apprehension of such interference must be guarded against.

Carried to its logical conclusion, this concern would mandate a completely independent military tribunal. However attractive that argument might be, it was not made, and on the authority of the majority in *MacKay*, would be difficult to sustain.

Independence from the Executive

The legitimate concern of the appellant is, to use the Chief Justice's words, "... that the General Court Martial be free from external interference with respect to matters that relate directly to the tribunal's judicial function" (p. 308). The entire

promises leurs chances d'avancement dans le service militaire.

Le problème qui se pose d'après moi c'est que lorsque la période d'inamovibilité tire à sa fin, les juges militaires peuvent vouloir s'assurer d'une nouvelle nomination ou de toute autre forme d'avancement. Il serait donc dans l'intérêt de ces juges de plaire à l'*«exécutif»*. À mon avis, l'idéal serait de procéder à des nominations à titre inamovible à peu près équivalentes à celles accordées aux juges de profession. Mais, pour les motifs exposés par le Juge en chef, je ne crois pas que cet aspect de la magistrature militaire devrait être ainsi institutionnalisé.

L'exécutif

La difficulté que pose l'application des concepts de l'arrêt *Valente* pour évaluer les tribunaux militaires, à mon avis, dépend largement du problème que pose la définition du concept de «l'*exécutif*» à l'égard duquel il doit y avoir indépendance.

La valeur essentielle qui nous préoccupe est résumée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, comme «[I]l a possibilité pour les juges pris individuellement de rendre des décisions dans des affaires distinctes en étant libres de toute intervention ou influence de l'extérieur . . .» (p. 69). Il faut se pré-munir contre toute ingérence du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif ou contre toute crainte raisonnable d'une telle ingérence.

La conclusion logique de cette préoccupation serait d'exiger la création d'un tribunal militaire complètement indépendant. Aussi attrayant que puisse être cet argument, il n'a pas été avancé et, suivant la majorité dans l'arrêt *MacKay*, il serait difficile à soutenir.

Indépendance à l'égard de l'exécutif

Le souci légitime de l'appelant est, selon les termes du Juge en chef, «. . . que la cour martiale générale soit à l'abri de toute ingérence extérieure relativement aux questions qui concernent directement la fonction judiciaire du tribunal» (p. 308).

military establishment must, in varying degrees, be responsible for maintaining the discipline, efficiency and morale of the Armed Forces. If the executive is defined to include the entire hierarchy, military tribunals will always be subject to executive influence.

Institutional Independence Within the Court Martial System

Given an *ad hoc* military tribunal, composed of military personnel, operating within a military hierarchy, what institutional independence should the *Charter* ensure?

The tribunal must be free to make its decisions on the merits.

Given that the members of the tribunal are necessarily operating within the military service, that means to me that no one who has an interest in seeing that the prosecution succeeds or fails should be in a position of influence.

Clearly, the accused and the "complainants" have that interest. That interest would, in my view, extend to the prosecutor and military personnel engaged in the investigation or in formulating or approving the charges.

I suggest that there must be found some point within the military hierarchy where the officer or official has no real or apparent concern about the outcome. There is, at that point, sufficient independence. I leave aside cases in which it can be shown to the contrary because the *Charter* provisions would clearly apply in such a case. In my view, the convening authority is sufficiently far removed from the investigative and complaint stages to convene the court martial and appoint its members.

I am concerned that the convening authority also appoints the prosecutor. This is done with the concurrence of the Judge Advocate General. With the scheme in force when this matter was tried, the judge advocate also was appointed by the Judge Advocate General.

L'ensemble de l'appareil militaire doit, à divers degrés, être responsable du maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des Forces armées. Si l'exécutif est défini de manière à comprendre toute la hiérarchie, les tribunaux militaires seront toujours assujettis à son influence.

Indépendance institutionnelle au sein du système des cours martiales

Si l'on prend un tribunal militaire *ad hoc*, composé de personnel militaire, qui fonctionne dans le cadre d'une hiérarchie militaire, quelle indépendance institutionnelle la *Charte* devrait-elle assurer?

Le tribunal doit être libre de rendre sa décision sur le fond de l'affaire.

Etant donné que les membres du tribunal font nécessairement partie des Forces armées, cela signifie, à mon avis, que la personne qui a intérêt à ce que la poursuite ait ou non gain de cause ne devrait pas être en mesure d'exercer une influence.

De toute évidence, l'accusé et les «plaignants» ont cet intérêt. À mon avis, cet intérêt s'étendrait au procureur à charge et au personnel militaire chargé de mener l'enquête ou de formuler ou d'approuver les accusations.

Je crois qu'il faut trouver un certain point dans la hiérarchie militaire où l'officier ou le fonctionnaire n'a aucun intérêt réel ou apparent dans l'issue du procès. À ce point, il y a une indépendance suffisante. J'écarte les affaires où on peut démontrer le contraire car il ne fait pas de doute que les dispositions de la *Charte* s'appliqueraient en pareils cas. À mon avis, l'autorité convocatrice est suffisamment éloignée des étapes de l'enquête et de la plainte pour convoquer la cour martiale et en désigner les membres.

Je m'inquiète de ce que l'autorité convocatrice désigne également le procureur à charge. Cela se fait avec l'assentiment du juge-avocat général. Selon le régime en vigueur au moment de l'instruction de cette affaire, le juge-avocat était également nommé par le juge-avocat général.

I agree with the Chief Justice that the convergence of responsibilities in appointing the prosecutor and judge advocate is objectionable as it fails to meet the requirement that those appointing the tribunal have no apparent concern in the outcome.

In saying this, I do not do so on the basis that the Judge Advocate General and the convening authority are all part of the executive, but that there is at least an appearance that those responsible for choosing the tribunal, namely the convening authority and the Judge Advocate General, have an interest in the nomination of the prosecutor and, in effect, in a successful prosecution.

Financial Security

Again, I view this issue not from the point of view of "executive independence", but from the point of view of sufficient independence in the setting of military tribunals. Under the scheme in force when these proceedings took place there was nothing to prevent those who made decisions in relation to salaries and promotions from taking into consideration the outcome of a court martial. This could well include persons with an interest in that outcome. In my view, those who could be seen as having some interest in the outcome could be excluded from the salary or promotion processes, or the performance of court martial duties could be readily excluded from consideration thus obviating any apparent infringement.

I would, with these modifications, concur in the Chief Justice's disposition of the appeal.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the benefit of reading the reasons of Lamer C.J. While I am in agreement with certain propositions he advances, with deference, my ultimate conclusion differs substantially from his. For the reasons which follow, I am of the view that the appellant was not denied his s. 11(d) rights at his trial before

Je souscris à l'opinion du Juge en chef selon laquelle la convergence des responsabilités en matière de nomination du procureur à charge et du juge-avocat est inadmissible car elle ne satisfait pas à l'exigence que ceux qui constituent le tribunal n'aient aucun intérêt apparent dans l'issue du procès.

Cette affirmation est fondée non pas sur le fait que le juge-avocat général et l'autorité convocatrice font tous les deux partie de l'exécutif, mais sur le fait que ceux qui sont responsables du choix du tribunal, c'est-à-dire l'autorité convocatrice et le juge-avocat général, ont, en apparence du moins, un intérêt dans la nomination du procureur à charge et, en fait, à ce qu'il ait gain de cause.

Sécurité financière

Là encore, j'examine cette question non pas du point de vue de l'«indépendance à l'égard de l'exécutif», mais du point de vue de l'indépendance suffisante en matière d'établissement de tribunaux militaires. Selon le régime en vigueur lors de ces procédures, rien n'empêchait ceux qui prenaient des décisions en matière de salaires et de promotions de tenir compte de l'issue d'un procès devant une cour martiale. Cela pouvait bien comprendre les personnes ayant un intérêt dans ce résultat. À mon avis, ceux que l'on pourrait considérer comme ayant un intérêt quelconque dans l'issue du procès pourraient être exclus du processus de fixation des salaires ou de promotion. De même, on pourrait exclure comme non pertinente l'exécution des fonctions d'une cour martiale, éliminant ainsi toute apparence d'ingérence.

Sous réserve de ces modifications, je souscris à la façon dont le Juge en chef tranche le pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai pris connaissance des motifs du juge en chef Lamer. Bien que je sois d'accord avec certaines des propositions qu'il avance, avec déférence, ma conclusion finale diffère sensiblement de la sienne. Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis qu'il n'y a pas eu atteinte aux droits que l'al. 11d) garantit à

a General Court Martial for three counts of possession of a narcotic for the purpose of trafficking and one count of desertion. Accordingly, the appeal ought to be dismissed.

The pertinent facts as well as the basic structure of the General Court Martial at the time of the appellant's trial have been set out by my colleague and there is no need for me to recount either here. Instead, I intend to confine my opinion to the narrow legal issue of the structure of the General Court Martial and its relationship to the appellant's right to be judged by an independent and impartial tribunal.

Contextual Approach

While the Chief Justice notes that one should not lose sight of the fact that this appeal arises in the context of a military tribunal (and I am in agreement with him on this point), I feel that he accords insufficient weight to this context in the course of his opinion. I also believe that one should generally keep the context in which appeals arise in mind although it is particularly important that this be done in the case of a military tribunal.

The contextual approach is a tenet of constitutional interpretation which is of paramount importance, and has found support in many judgments of this Court. Such an interpretation was at the heart of the reasons of Dickson C.J. in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, where the right to strike of various essential services was at issue. At pages 365-66 and 368 Dickson C.J. notes:

Freedom of association is most essential in those circumstances where the individual is liable to be prejudiced by the actions of some larger and more powerful entity, like the government or an employer. Association has always been the means through which political, cultural and racial minorities, religious groups and workers have sought to attain their purposes and fulfil their aspirations; it has enabled those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more

l'appelant, lors du procès qu'il a subi devant une cour martiale générale relativement à trois chefs d'accusation de possession d'un stupéfiant dans le but d'en faire le trafic et à un chef de désertion. Par conséquent, le pourvoi doit être rejeté.

Les faits pertinents ainsi que la structure de base de la cour martiale générale au moment du procès de l'appelant ont été décrits par mon collègue et il ne m'est pas nécessaire de les reprendre en l'espèce. J'ai plutôt l'intention de restreindre mon opinion à la question juridique particulière de la structure de la cour martiale générale et de sa relation avec le droit de l'appelant d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial.

L'approche contextuelle

Bien que le Juge en chef souligne qu'il ne faut pas perdre de vue le fait que le présent pourvoi se situe dans le contexte d'un tribunal militaire (et je suis d'accord avec lui sur ce point), j'estime qu'il n'accorde pas suffisamment d'importance à ce contexte dans le cours de son opinion. J'estime, de plus, qu'il faut généralement garder à l'esprit le contexte dans lequel un pourvoi se soulève, mais qu'il est particulièrement important de le faire dans le cas d'un tribunal militaire.

L'approche ou méthode contextuelle est un principe d'interprétation constitutionnelle d'une importance capitale sur lequel nombre d'arrêts de notre Cour se sont appuyés. Une telle interprétation était au cœur des motifs du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, qui portait sur le droit de grève de travailleurs de divers services essentiels. Il a souligné, aux pp. 365 et 366, de même que 368:

La liberté d'association est on ne peut plus essentielle dans les circonstances où l'individu risque d'être lésé par les actions de quelque entité plus importante et plus puissante comme le gouvernement ou un employeur. L'association a toujours été le moyen par lequel les minorités politiques, culturelles et raciales, les groupes religieux et les travailleurs ont tenté d'atteindre leurs buts et de réaliser leurs aspirations; elle a permis à ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces

equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict.

The role of association has always been vital as a means of protecting the essential needs and interests of working people. Throughout history, workers have associated to overcome their vulnerability as individuals to the strength of their employers. The capacity to bargain collectively has long been recognized as one of the integral and primary functions of associations of working people. While trade unions also fulfil other important social, political and charitable functions, collective bargaining remains vital to the capacity of individual employees to participate in ensuring fair wages, health and safety protections, and equitable and humane working conditions.

While the former Chief Justice was speaking in dissent, his comments did not go unnoticed by Wilson J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. At page 1354 she cites the passage above and remarks:

Chief Justice Dickson in his dissent clearly applied a combined purposive and contextual approach to the issue in that case. He asked himself what the purpose of freedom of association was in the context of labour relations. Why did workers associate to form unions? What was the aim and object? [Emphasis in original.]

Then, at pp. 1355-56, Wilson J. continues:

One virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context. It may be, for example, that freedom of expression has greater value in a political context than it does in the context of disclosure of the details of a matrimonial dispute. The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1.

de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraient en conflit.

L'association a toujours joué un rôle vital dans la protection des besoins et des intérêts essentiels des travailleurs. Au cours de l'histoire, les travailleurs se sont associés pour surmonter leur vulnérabilité individuelle face à l'employeur. La capacité de négocier collectivement a depuis longtemps été reconnue comme l'une des fonctions intégrantes et premières des associations de travailleurs. Certes les syndicats ont aussi d'autres fonctions importantes sur les plans social, politique et charitable, mais la négociation collective demeure essentielle à la capacité de chaque salarié, à titre individuel, de participer au processus qui leur assurera des salaires justes, la santé et la sécurité ainsi que des conditions de travail humaines et équitables.

Bien que l'ancien Juge en chef ait été dissident, ses observations ont été reprises par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. À la page 1354, elle cite le passage susmentionné et fait observer:

Dans sa dissidence, le juge en chef Dickson a clairement appliqué à la question alors en litige une méthode fondée à la fois sur l'objet et sur le contexte. Il s'est demandé quel était l'objet de la liberté d'association dans le contexte des relations de travail. Pourquoi les travailleurs s'associent-ils pour former des syndicats? Quel était le but et l'objet? [Souligné dans l'original.]

Ensuite, aux pp. 1355 et 1356, le juge Wilson poursuit:

Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

It is my view that a right or freedom may have different meanings in different contexts. Security of the person, for example, might mean one thing when addressed to the issue of over-crowding in prisons and something quite different when addressed to the issue of noxious fumes from industrial smoke-stacks. It seems entirely probable that the value to be attached to it in different contexts for the purpose of the balancing under s. 1 might also be different. It is for this reason that I believe that the importance of the right or freedom must be assessed in context rather than in the abstract and that its purpose must be ascertained in context. This having been done, the right or freedom must then, in accordance with the dictates of this Court, be given a generous interpretation aimed at fulfilling that purpose and securing for the individual the full benefit of the guarantee. [Emphasis added.]

I agree with these comments and would add that while the virtues of the contextual approach have been discussed principally with respect to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it is clear from the reasons given by Wilson J. in *Edmonton Journal*, from those of Dickson C.J. in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, and especially from those of Cory J. in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at pp. 224-27, that context is also important at the initial stage of deciding whether or not a breach of a given right or freedom has occurred. Context has been especially useful in determining the scope of "the principles of fundamental justice" for the purposes of s. 7. (Besides the reasons of Cory J. in *Wholesale Travel* see also *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513 (*per* Lamer J.), *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at pp. 848-50 (*per* McLachlin J.), and my dissenting reasons in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647.) As Wilson J. pointed out, a right or freedom may have different meanings in different circumstances and to ignore these circumstances at the level of the substantive right or freedom would be to ignore a substantial amount of information at a critical stage of the analysis.

J'estime qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents. Par exemple, la sécurité de la personne peut signifier une chose lorsqu'elle porte sur la question de la surpopulation dans les prisons et une autre, très différente, lorsqu'elle porte sur la question des fumées nocives des usines. Il semble tout à fait probable que la valeur à y attacher dans différents contextes aux fins de la recherche d'un équilibre en vertu de l'article premier soit également différente. C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte. Cette étape franchie, le droit ou la liberté doit alors, en conformité avec les arrêts de notre Cour, recevoir une interprétation généreuse qui vise à atteindre cet objet et à assurer à l'individu la pleine protection de la garantie. [Je souligne.]

Je fais miennes ces observations et j'ajouterais que, bien que les vertus de l'approche contextuelle aient été analysées principalement en ce qui a trait à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il ressort clairement des motifs du juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, de ceux du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, et particulièrement de ceux du juge Cory dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, aux pp. 224 à 227, que le contexte est également important à l'étape initiale où il s'agit de décider s'il y a eu violation d'un droit ou d'une liberté donnés. Le contexte a été particulièrement utile pour déterminer la portée des «principes de justice fondamentale» aux fins de l'art. 7. (Outre les motifs du juge Cory dans l'affaire *Wholesale Travel*, voir également *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 513 (le juge Lamer), *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, aux pp. 848 à 850 (le juge McLachlin), et mes motifs de dissidence dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 647.) Comme le juge Wilson l'a souligné, un droit ou une liberté peuvent avoir une signification différente dans des circonstances différentes. Ignorer ces circonstances au niveau du droit substantif ou de la liberté reviendrait à se priver d'une mine de renseignements à une étape critique de l'analyse.

As I mentioned, while other pronouncements of this Court on the subject are entirely consistent with the contextual approach, in some circumstances it has been thought to be more advantageous to restrict consideration of context to the s. 1 analysis. In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, for instance, due to the nature of the right at issue and the previous jurisprudence of this Court which had mandated an extremely broad interpretation of freedom of expression under s. 2(b), Dickson C.J. was of the view that contextual balancing was best left for a later point in the analysis (pp. 733-34). My own reasons in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at pp. 192-93, are to the same effect. However, there is nothing in this decision or any other by this Court to suggest that taking context into account would be inappropriate when faced with an alleged violation of s. 11(d) and the right to be tried by an independent and impartial tribunal.

While such an approach would generally be considered to be of assistance when the Court is called upon to interpret the *Charter*, it is clearly required where military tribunals are at issue. As pointed out by Lamer C.J., the fact that s. 11(f) begins "except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal" illustrates that the *Charter* contemplates a separate system of military justice. This, in fact, was conceded by the appellant. Hence, I am of the view that special note must be taken of the circumstances surrounding this appeal.

This means that at least a rudimentary understanding of the exigencies and goals of the military and its own particular system of justice must be attained. Only after an examination of what is at stake may we turn to the ultimate question of whether or not the appellant's right to be tried by an independent and impartial tribunal as guaranteed by s. 11(d) has been infringed. The answer to the latter question, of course, will be coloured by these preliminary observations.

Comme je l'ai mentionné, bien que d'autres décisions de notre Cour sur le sujet soient entièrement compatibles avec l'approche contextuelle, dans certaines circonstances on a jugé qu'il était plus avantageux de limiter l'examen du contexte à une analyse fondée sur l'article premier. Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, par exemple, en raison de la nature du droit visé et de la jurisprudence antérieure de notre Cour qui avait adopté une interprétation extrêmement large de la liberté d'expression reconnue à l'al. 2b), le juge en chef Dickson était d'avis qu'il était préférable que l'évaluation selon le contexte ait lieu à une étape ultérieure de l'analyse (pp. 733 et 734). Mes propres motifs dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, aux pp. 192 et 193, vont dans le même sens. Toutefois, rien dans cet arrêt ni dans aucun autre arrêt de notre Cour ne laisse entendre qu'il ne serait pas approprié de tenir compte du contexte lorsqu'il y a allégation de violation de l'al. 11d) et du droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial.

Bien qu'une telle approche soit généralement considérée comme utile lorsque la Cour est appelée à interpréter la *Charte*, elle est, de toute évidence, essentielle lorsque des tribunaux militaires sont en cause. Comme l'a souligné le juge en chef Lamer, le fait que l'al. 11f) débute par «sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire» démontre que la *Charte* envisage un système distinct de justice militaire, ce qui a été concédé par l'appelant. Par conséquent, je suis d'avis qu'il convient d'accorder une importance spéciale au contexte du présent pourvoi.

Cela implique au moins une connaissance rudimentaire des exigences et des objectifs des Forces armées et du système de justice qui leur est propre. Uniquement après un examen de l'enjeu pourrons nous finalement trancher la question de savoir si le droit de l'appelant d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial que garantit l'al. 11d) a été violé. Évidemment, ces observations préliminaires influeront sur la réponse donnée à cette dernière question.

Military Law

Judicial and academic consideration of the particular nature of military law, while not abundant, has brought certain basic principles to light. I would first take note of the observations of McIntyre J. in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, a pre-*Charter* decision of this Court in which the appellant alleged that his trial before a Standing Court Martial contravened the judicial independence guarantee of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III. At page 402, McIntyre J. states:

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

He elaborates at pp. 403-4:

From the earliest times, officers of the armed forces in this and, I suggest, all civilized countries have had this judicial function. It arose from practical necessity and, in my view, must continue for the same reason. It is said that by the nature of his close association with the military community and his identification with the military society, the officer is unsuited to exercise this judicial office. It would be impossible to deny that an officer is to some extent the representative of the class in the military hierarchy from which he comes; he would be less than human if he were not. But the same argument, with equal fairness, can be raised against those who are appointed to judicial office in the civilian society. We are all products of our separate backgrounds and we must all in the exercise of the judicial office ensure that no injustice results from that fact. I am unable to say that service officers, trained in the ways of service life and concerned to maintain the required standards of efficiency and discipline—which includes the welfare of their men—are less able to adjust their attitudes to meet the duty of impartiality required of them in this task than are others.

Le droit militaire

Bien que non abondantes, la jurisprudence et la doctrine qui ont examiné la nature particulière du droit militaire permettent d'en dégager certains principes fondamentaux. Je souligne, en premier lieu, les observations du juge McIntyre dans l'affaire *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, arrêt de notre Cour antérieur à la *Charte* dans lequel l'appelant alléguait que son procès devant une cour martiale permanente portait atteinte à la garantie d'indépendance judiciaire que conférait la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III. À la page 402, le juge McIntyre dit:

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

Il ajoute aux pp. 403 et 404:

Depuis toujours, les officiers des forces armées ont rempli cette fonction judiciaire au Canada, et, selon moi, dans tous les pays civilisés. Il s'agissait d'une exigence d'ordre pratique et, à mon avis, il en est toujours de même. On dit qu'à cause de la nature de ses liens étroits avec la communauté militaire et de son identification avec elle, l'officier est inapte à remplir cette fonction judiciaire. On ne peut nier qu'un officier est jusqu'à un certain point le représentant de la classe militaire dont il est issu; il ne serait pas humain si ce n'était le cas. Mais le même argument, en toute justice, vaut tout autant à l'égard des personnes nommées à des fonctions judiciaires dans la société civile. Nous sommes tous les produits de nos milieux respectifs et nous devons tous, dans l'exercice de la fonction judiciaire, veiller à ce que cette réalité n'entraîne aucune injustice. Je ne puis dire que les officiers, formés aux méthodes de la vie militaire et soucieux de préserver les normes requises d'efficacité et de discipline—ce qui inclut le bien-être de leurs hommes—sont moins aptes que d'autres à adapter leurs attitudes de façon à remplir l'obligation d'impartialité qui leur incombe dans cette tâche.

Furthermore, the problems and the needs of the armed services, being in many respects special to the military, may well from time to time require the special knowledge possessed by officers of experience who, in this respect, may be better suited for the exercise of judicial duty in military courts than their civilian counterparts. It has been recognized that wide powers of discipline may be safely accorded in professional associations to senior members of such professions. The controlling bodies of most professions such as those of law, medicine, accountancy, engineering, among others, are given this power. I am unable to say that the close identification of such disciplinary bodies with the profession concerned, taken with the seniority enjoyed by such officers within their professional group, has ever been recognized as a disqualifying factor on grounds of bias or otherwise. Rather it seems that the need for special knowledge and experience in professional matters has been recognized as a reason for the creation of disciplinary tribunals within the separate professions. It must also be remembered that while this appeal concerned only the armed services serving in Canada, the position of forces serving abroad not being in issue, it must be recognized that in service abroad the officers must assume the judicial role by reason of the absence of any civil legal processes. The character of the officer for independence and impartiality will surely not vary because he is serving overseas. The practical necessities of the service require the performance of this function by officers of the service.... [Emphasis added.]

I also wish to mention the following remarks made by J. B. Fay in Part I of "Canadian Military Criminal Law: An Examination Of Military Justice" (1975), 23 *Chitty's L.J.* 120, at p. 123:

The ultimate objective of the military in time of peace is to prepare for war to support the policies of the civil government. The military organization to meet this objective requires, as no other system, the highest standard of discipline able to function under the most adverse of conditions. Discipline can be defined as an attitude of respect for authority which is developed by leadership, precept and training. It is a state of mind that leads to a willingness to obey an order no matter how unpleasant the task to be performed. This is not a characteristic of the civilian community. It is the ultimate characteristic of the military organization. It is the responsibility of those who command to instill discipline in those they command. In doing so there must be

De plus, il se peut bien qu'à l'occasion, les problèmes et besoins des forces armées, qui sont à plusieurs égards particuliers aux militaires, requièrent les connaissances spéciales d'officiers d'expérience qui, à cet égard, peuvent être plus aptes à remplir un rôle judiciaire dans des tribunaux militaires que leurs collègues civils. Il est admis que, dans les associations professionnelles, on peut accorder sans danger de larges pouvoirs disciplinaires aux membres chevronnés. Les organes de surveillance de la plupart des professions, notamment le droit, la médecine, la comptabilité, le génie civil, sont investis de ce pouvoir. Je ne peux pas dire que l'on ait déjà considéré que les liens étroits de ces organes disciplinaires avec la profession en cause et l'expérience dont jouissent leurs membres au sein de la profession, constituent un facteur d'exclusion pour cause de partialité ou autres causes. Il semble plutôt que l'on ait considéré que le besoin de connaissances spéciales et d'expérience des questions professionnelles justifiait la création de tribunaux disciplinaires au sein de chaque profession. Il faut aussi se rappeler que, même si ce pourvoi ne concerne que les forces armées en poste au Canada, la situation de nos forces à l'étranger n'étant pas en cause, on doit reconnaître que dans ce dernier cas les officiers doivent assurer un rôle judiciaire vu l'absence de mécanismes juridiques de droit commun. Le fait que l'officier est en poste à l'étranger ne modifiera sûrement pas sa réputation d'indépendance et d'impartialité. Les nécessités pratiques de la vie militaire exigent que ce rôle soit rempli par des officiers des forces armées... [Je souligne.]

Je désire également mentionner les remarques suivantes de J. B. Fay dans la première partie de «Canadian Military Criminal Law: An Examination Of Military Justice» (1975), 23 *Chitty's L.J.* 120, à la p. 123:

[TRADUCTION] L'objectif ultime des Forces armées en temps de paix est de se préparer pour la guerre afin d'appuyer les politiques du gouvernement civil. L'organisation militaire qui doit atteindre cet objectif exige, comme nul autre système, la norme de discipline la plus élevée pour être en mesure de fonctionner dans les pires conditions. La discipline peut être définie comme une attitude de respect envers l'autorité qui est formée par les qualités de chef, les ordres et l'entraînement. Il s'agit d'un état d'esprit qui entraîne un empressement à obéir à un ordre peu importe si la tâche qui doit être accomplie est déplaisante. Il ne s'agit pas d'une caractéristique de la communauté civile. C'est la caractéristique ultime de l'organisation militaire. Ceux qui commandent sont chargés d'inculquer la discipline à ceux qui sont sous leurs ordres. De cette façon, il doit y avoir des mesures

the correction and the punishment of individuals. Fairness and justice are indispensable.

Military law achieves great importance when viewed in the context of the above. It is from military law that the serviceman receives his most tangible indication of the relationship between himself and those who command. It is under military law that he is tried and punished.

Finally, the words of A. D. Heard in "Military Law and the *Charter of Rights*" (1988), 11 *Dalhousie L.J.* 514, at p. 514, are apposite:

The Canadian Forces, like those of any country, are maintained through a much more rigid discipline of its members than is expected of the general citizenry. Such a discipline is necessitated by the end object of all military forces: combat. This discipline is instilled and enforced by a body of military law which encompasses a wide set of prohibitions to which civilian society is not normally subject, relatively harsh punishments, and expeditious procedures in the military tribunals that enforce those rules.

There are, I think, two fundamental propositions respecting the military and its legal system which emerge from these passages. The first is that, above all, the Armed Forces depend upon the strictest discipline in order to function effectively. The reasons for this are obvious and were laid out by McIntyre J. in *MacKay, supra*. Clearly, without the type of rigorous obedience to a rigid hierarchy which the military demands of its members, our national defence and international peacekeeping objectives would be unattainable.

The second fundamental proposition is the need for this discipline to be maintained by the more senior members of the Forces which means that cases of alleged non-adherence to its rules need to be tried within the chain of command. As well as serving an important symbolic function by reinforcing the hierarchy on which discipline depends, this also ensures a sufficient degree of institutional knowledge on the part of those who would judge.

de discipline et des peines pour les individus. L'équité et la justice sont indispensables.

^a Le droit militaire a beaucoup d'importance si l'on tient compte de ce qui précède. C'est le droit militaire qui donne au militaire l'indication la plus tangible de son rapport entre lui-même et ceux qui commandent. Il est jugé et puni en vertu du droit militaire.

Finalement, les propos d'A. D. Heard dans «Military Law and the *Charter of Rights*» (1988), 11 *Dalhousie L.J.* 514, à la p. 514, sont pertinents:

^b [TRADUCTION] Il règne dans les Forces canadiennes, comme dans celles de tout autre pays, une discipline beaucoup plus rigide parmi ses membres que celle dont on s'attend du citoyen en général. Pareille discipline est nécessaire en raison de l'objectif final de toute force militaire: le combat. Cette discipline est inculquée et appliquée au moyen d'un ensemble de règles de droit militaires qui comprennent un grand nombre d'interdictions auxquelles la société civile n'est pas normalement assujettie, des peines relativement sévères et des procédures expéditives devant les tribunaux militaires qui appliquent ces règles.

^c À mon avis, deux propositions fondamentales concernant les Forces armées et leur système juridique ressortent de ces passages. Premièrement, les Forces armées exigent par-dessus tout la discipline la plus stricte pour fonctionner de manière efficace. Les raisons en sont évidentes et ont été exposées par le juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay*, précité. De toute évidence, sans le type d'obéissance rigoureuse à une hiérarchie rigide que les Forces armées exigent de leurs membres, notre défense nationale et nos objectifs de maintien de la paix internationale seraient impossibles à atteindre.

^d Deuxièmement, ce sont les membres des Forces du rang le plus élevé qui doivent veiller au maintien de cette discipline, ce qui signifie que les allégations de non-respect des règles doivent être jugées dans le cadre de cette chaîne de commandement. Tout en jouant un rôle symbolique par le renforcement de la hiérarchie dont dépend la discipline, cela permet également d'assurer un degré suffisant de connaissance institutionnelle de la part

The military is, after all, something of its own society within the greater one. While ultimately it must adhere to the expectations and carry out the policies of the civilian world, like any society it entails a certain number of traditions, rules, and taboos which are not within the normal ken of outsiders. These are the sort of considerations which must be kept in mind while measuring the General Court Martial against the requirements of the *Charter*.

de ceux susceptibles d'agir à titre de juge. Les Forces armées constituent en quelque sorte une société distincte au sein de la société. Bien que, finalement, les Forces armées doivent répondre aux attentes et appliquer les politiques du monde civil, comme toute société, elles connaissent un certain nombre de traditions, de règles et de tabous que ne connaissent pas normalement ceux qui n'en font pas partie. Voilà le genre de considérations qu'il y a lieu de garder à l'esprit dans l'évaluation de la cour martiale générale en fonction des exigences de la *Charte*.

Independence of the Judiciary

The seminal case pertaining to the *Charter* guarantees currently at issue is *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673. I should state at this point that the appellant frames his argument in terms of judicial independence as opposed to impartiality. That there is a significant distinction to be made between the two may be seen from the following extract from *Valente* at p. 685:

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.

In *Valente*, Le Dain J. goes on to establish what he calls three "essential conditions" of judicial independence. The independence of a given tribunal, apparently, will depend on an objective assessment of the presence or non-presence of these conditions.

It is at this point that I differ significantly with the reasoning of the Chief Justice for I harbour

L'indépendance de la magistrature

L'arrêt de principe qui a porté sur les garanties de la *Charte* dont il est question en l'espèce est *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673. À ce stade, il convient de souligner que l'appelant formule son argumentation sous l'angle de l'indépendance judiciaire et non sous celui de l'impartialité. L'importance de la distinction qu'il convient de faire entre les deux ressort de l'extrait suivant de l'arrêt *Valente*, à la p. 685:

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.

Dans l'arrêt *Valente*, le juge Le Dain fixe ensuite ce qu'il appelle les trois «conditions essentielles» de l'indépendance judiciaire. L'indépendance d'un tribunal donné dépendra apparemment d'une évaluation objective de la présence ou de l'absence de ces conditions.

C'est ici que mes motifs diffèrent sensiblement de ceux du Juge en chef, car je doute sérieusement

serious concerns as to the applicability of these criteria to military tribunals. In fact, I doubt that Le Dain J. ever meant that they be applied to each and every form of tribunal. At pages 692-93 of *Valente*, he warns:

It would not be feasible, however, to apply the most rigorous and elaborate conditions of judicial independence to the constitutional requirement of independence in s. 11(d) of the *Charter*, which may have to be applied to a variety of tribunals. The legislative and constitutional provisions in Canada governing matters which bear on the judicial independence of tribunals trying persons charged with an offence exhibit a great range and variety. The essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) must bear some reasonable relationship to that variety. Moreover, it is the essence of the security afforded by the essential 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.

At the very least, the above passage exhibits a concern for flexibility and a recognition that differences in tribunals form an acceptable and even desirable part of the Canadian legal landscape. Hence, it would be an error to adopt a uniform formula for the purposes of assessing their constitutionality. In the circumstances of this case, such flexibility might well mean arriving at the conclusion that the essential conditions generated in a case which arose in the context of evaluating the independence of the Provincial Court (Criminal Division) are ill-tailored to performing the same analysis on the General Court Martial as constituted under the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, and its regulations.

In this regard I agree with Pratte J. in the court below (1990), 114 N.R. 321, who points out that for "ordinary judges" (such as, for example, those appointed to sit on the Provincial Court (Criminal Division)) factors such as security of tenure and financial security (two of the three criteria purportedly set down by Le Dain J.) are essential guaran-

que ces critères puissent s'appliquer aux tribunaux militaires. En fait, je doute que le juge Le Dain ait jamais entendu qu'ils soient appliqués à chaque forme de tribunal. Aux pages 692 et 693 de l'arrêt *Valente*, il fait la mise en garde suivante:

Il ne serait cependant pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11d) de la *Charte*, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux. Les dispositions législatives et constitutionnelles qui, au Canada, régissent les questions ayant une portée sur l'indépendance judiciaire des tribunaux qui 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.

À tout le moins, le passage qui précède dénote un souci de souplesse et une reconnaissance que les différences entre les tribunaux constituent un aspect acceptable et même souhaitable du paysage juridique canadien. Ce serait donc une erreur d'adopter une formule uniforme pour évaluer leur constitutionnalité. Dans les circonstances de l'espèce, pareille souplesse pourrait bien nous amener à conclure que les conditions essentielles envisagées dans une affaire qui a pris naissance dans le contexte de l'évaluation de l'indépendance de la Cour provinciale, Division criminelle, ne sont pas conçues pour s'appliquer à la même analyse à l'égard de la cour martiale générale constituée sous le régime de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, et de son règlement d'application.

À cet égard, je souscris à l'opinion du juge Pratte de la Cour d'appel de la cour martiale (1990), 114 N.R. 321, qui souligne que pour les «juges ordinaires» (comme, par exemple, ceux nommés pour siéger à la Cour provinciale, Division criminelle) des facteurs comme l'inamovibilité et la sécurité financière (deux des trois critères

tees of independence. However, he adds (at p. 334):

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

Pratte J. was further of the view that it cannot be assumed that military judges who derive no benefit from acting in a judicial capacity should wish to please their superiors in the hope of some sort of career advancement in the future. He continues, at p. 334:

In reality, the fact that no pay or benefit is attached to the performance of judicial duties in the military is as effective a guarantee of independence as that of tenure and financial security to the "ordinary" judge.

For these reasons, I feel that there may well be occasions when it simply does not make sense to evaluate a given tribunal according to the standards established by Le Dain J. in *Valente*. Indeed, this is one of those occasions. The criteria of security of tenure and financial security are especially ill-suited to the task given the transitory nature of the General Court Martial and peculiar circumstances surrounding the financial remuneration (or lack thereof) of its members.

Nonetheless, even if I am mistaken on the above and the three essential conditions as set down by Le Dain J. are accurate indicia of the constitutionality of the General Court Martial, it is my position, for the reasons which follow, that those criteria were amply satisfied by the structure of the General Court Martial as it existed at the time of the appellant's trial.

apparemment énoncés par le juge Le Dain) constituent des garanties essentielles d'indépendance. Toutefois, il ajoute (à la p. 334):

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

^c Le juge Pratte était en outre d'avis qu'on ne saurait présumer que les juges militaires qui ne tirent aucun avantage de l'exécution de leurs fonctions judiciaires veulent plaire à leurs supérieurs dans l'espoir d'obtenir une certaine forme d'avancement. Il poursuit, à la p. 334:

^e En réalité, le fait qu'aucune rémunération ou avantage ne soient attachés à l'accomplissement des tâches judiciaires militaires constitue une garantie d'indépendance aussi efficace que celle que l'inamovibilité et la sécurité financière assurent au juge «ordinaire».

^f Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il peut très bien y avoir des situations où il n'est tout simplement pas logique d'évaluer un tribunal donné selon les normes établies par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*. En fait, il s'agit en l'espèce de l'une de ces situations. Les critères d'inamovibilité et de sécurité financière sont particulièrement mal adaptés en l'espèce, compte tenu de la nature transitoire de la cour martiale générale et des circonstances particulières relatives à la rémunération (ou à l'absence de rémunération) de ses membres.

ⁱ Néanmoins, même si je suis dans l'erreur à l'égard de ce qui précède et que les trois conditions essentielles édictées par le juge Le Dain constituent des indices précis de la constitutionnalité de la cour martiale générale, j'estime, pour les motifs qui suivent, que la structure de la cour martiale générale, telle qu'elle existait au moment du procès de l'appelant, satisfaisait amplement à ces critères.

Security of Tenure

The first essential condition is security of tenure. I reproduce Le Dain J.'s formulation of it for the sake of convenience:

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. [Emphasis added.]

(*Valente, supra*, at p. 698.)

The position of the Chief Justice, as I understand it, is two-fold. First, given that the judge advocate for a particular case was, at the time of trial, chosen by the Judge Advocate General who was in turn appointed by the Governor in Council, there is insufficient protection from arbitrary interference from the executive because the Judge Advocate General is part of the executive. Second, there are no guarantees that a judge's career will not be affected by his or her performance on tribunals. Hence, there exists a reasonable apprehension that the judge advocate was chosen because of an expectation that he or she would satisfy the interests of the executive. To be free from this apprehension, according to the Chief Justice, there would have to be security from this potential interference for a fixed period of time. He continues that the caveat contained in Le Dain J.'s formulation pertaining to a "specific adjudicative task" is inapplicable because the General Court Martial is "a recurring affair" (p. 303).

I respectfully disagree with this reasoning. With respect to the first concern, it seems to me that the Chief Justice is arguing that, by definition, the performance of a judge advocate cannot be free from arbitrary interference from the executive because he or she is appointed by the executive. I cannot bring myself to believe that this is sufficient to constitute a violation of s. 11(d). The framers of the *Charter* could not have intended that provision to prevent the executive from appointing members of the judiciary when other sections of the Constitution explicitly give the executive authority to do so. Turning then to the second argument, while in some respects career aspirations might somehow

L'inamovibilité

La première condition essentielle est l'inamovibilité. Par souci de commodité, je reproduis la définition qu'en donne le juge Le Dain:

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. [Je souligne.]

(*Valente*, précité, à la p. 698.)

Si je comprends bien, le Juge en chef adopte une position à deux volets. Premièrement, étant donné que le juge-avocat pour une affaire en particulier a été, au moment du procès, choisi par le juge-avocat général qui a été à son tour nommé par le gouverneur en conseil, il n'existe pas suffisamment de protection contre une intervention arbitraire de l'exécutif parce que le juge-avocat général fait partie de l'exécutif. Deuxièmement, il n'y a aucune garantie que le rendement d'un juge au tribunal n'aura pas d'effet sur sa carrière. Par conséquent, il existe une crainte raisonnable que le juge-avocat ait été choisi parce qu'on attend de lui qu'il satisfasse aux intérêts de l'exécutif. Pour dissiper cette crainte, selon le Juge en chef, il devrait y avoir une garantie contre cette possibilité d'intervention pendant une période déterminée. Il poursuit en disant que la mise en garde contenue dans la définition du juge Le Dain, relativement à une «charge *ad hoc*» n'est pas applicable parce que la cour martiale générale est «convoquée régulièrement» (p. 303).

En toute déférence, je ne souscris pas à ce raisonnement. En ce qui a trait à la première préoccupation, il me semble que le Juge en chef soutient que, par définition, il est impossible que le rendement d'un juge-avocat ne soit pas assujetti à une intervention arbitraire de l'exécutif parce qu'il est nommé par celui-ci. Je n'arrive pas à me convaincre que cela est suffisant pour constituer une violation de l'al. 11d). Les rédacteurs de la *Charte* ne peuvent avoir entendu que cette disposition empêche l'exécutif de nommer des membres de la magistrature là où d'autres articles de la Constitution lui confèrent explicitement le pouvoir de le faire. Si l'on examine ensuite le deuxième argu-

relate to the requirement of security of tenure, to my mind they are more properly dealt with under the notion of financial security and I will discuss them in due course.

My own view is that the General Court Martial is a "specific adjudicative task" as contemplated by Le Dain J. in *Valente*. The *National Defence Act* and its accompanying regulations clearly call for the *ad hoc* convening of a General Court Martial, its functioning, and then its dissolution. While there may be various General Courts Martial sitting all over this country and even overseas, the legislation contemplates each as an entirely distinct entity. It simply does not reflect the Act and regulations to assert that each and every one of those General Courts Martial is part of a "recurring affair" as opposed to constituting a "specific adjudicative task" in its own right.

Furthermore, while the General Court Martial is taking place there are sufficient guarantees of the tenure of the persons involved from the executive. Article 112.64(2) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* ("Q.R. & O.") provides, *inter alia*:

(2) If a judge advocate has been appointed and is for any cause unable to attend, the president shall adjourn the court and report the circumstances to the convening authority. The convening authority may authorize the court to stand adjourned until the judge advocate is able to attend. If the judge advocate is unable to attend or if the convening authority considers delay to be inexpedient, the convening authority may:

(a) if the court is a General Court Martial,

(i) request the Judge Advocate General to appoint another judge advocate and, after the Judge Advocate General has appointed the other judge advocate, direct the trial to proceed, or

(ii) dissolve the court;

ment, bien qu'à certains égards les aspirations de carrière puissent d'une certaine manière avoir un rapport avec l'exigence de l'inamovibilité, j'estime qu'il y a lieu d'en traiter plus adéquatement sous la notion de sécurité financière ce dont je discuterai plus loin.

Je suis personnellement d'avis que la cour martiale générale constitue une «charge *ad hoc*» comme l'a envisagé le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*. La *Loi sur la défense nationale* et son règlement d'application prévoient clairement la convocation *ad hoc* d'une cour martiale générale, son fonctionnement, puis sa dissolution. Bien qu'il puisse y avoir diverses cours martiales générales qui siègent dans tout le pays et même outre-mer, la Loi les envisage chacune comme une entité tout à fait distincte. L'affirmation que chaque cour martiale générale est «convoquée régulièrement» par opposition au fait de constituer une «charge *ad hoc*» en soi ne reflète pas l'esprit de la Loi et du règlement.

En outre, pendant que siège la cour martiale générale, l'exécutif fournit des garanties suffisantes en ce qui a trait à l'inamovibilité des personnes visées. Le paragraphe 112.64(2) des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* («O.R.F.C.») prévoit notamment:

(2) Si un juge-avocat a été nommé et que, pour une raison quelconque, il est incapable d'assister aux audiences, le président doit ajourner les procédures et faire rapport des circonstances à l'autorité convocatrice. L'autorité convocatrice peut autoriser la cour à rester adjournée jusqu'à ce que le juge-avocat puisse assister aux audiences. Dans le cas où le juge-avocat est incapable d'assister aux audiences ou dans le cas où l'autorité convocatrice est d'avis que le délai est inopportun, l'autorité convocatrice peut:

(a) dans le cas d'une cour martiale générale,

(i) demander au juge-avocat général de nommer un autre juge-avocat et, lorsque le juge-avocat est nommé, ordonner que le procès se poursuive; ou

(ii) dissoudre la cour;

While of course conferring a certain amount of discretion on the convening authority, this article also acts as something of a limitation. Only if the judge advocate is, for some reason, unable to attend the General Court Martial, may the convening authority appoint a replacement judge advocate. Otherwise, once appointed, the judge advocate is at complete liberty to proceed with the undertaking with which he or she has been entrusted. No other provision in the Q.R. & O. allows for the removal of the judge advocate once he or she has been appointed. This provides sufficient insulation to the judge advocate to perform his or her duty because it means that, to interfere, the convening authority or other member of the executive would have to act unlawfully. Similar views were expressed by Cavanagh J. in *Schick v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 540, at p. 548. I would conclude, therefore, that a reasonable person would not be given cause to question the independence of the General Court Martial based on a purported lack of security of tenure.

Financial Security

In *Valente, supra*, at p. 704, Le Dain J. enunciated this criterion in the following manner:

The essence of such security is that the right to salary and pension should be established by law and not be subject to arbitrary interference by the Executive in a manner that could affect judicial independence.

The Chief Justice is of the view that the provisions in place at the time of trial give rise to a reasonable apprehension that this essential condition was not met. He points out that promotions and pay rates are established according to regulations promulgated either by the Governor in Council or by the Treasury Board. Furthermore, since the President and the other members of the tribunal were not compensated above and beyond their usual salary, which depends upon their rank and therefore upon merit, the lack of formal prohibitions on taking performance on a military tribunal into account in assessing merit results in a reasonable apprehension that career concerns might motivate decisions favourable to the prosecution. The same difficulty, in his view, applied to judge advo-

Il va sans dire que, tout en conférant un certain pouvoir discrétionnaire à l'autorité convocatrice, cet article est aussi limitatif. L'autorité convocatrice ne peut nommer un remplaçant au juge-avocat que si celui-ci est, pour une raison quelconque, incapable d'assister aux audiences de la cour martiale générale. Autrement, une fois qu'il est nommé, le juge-avocat est entièrement libre de poursuivre l'affaire qui lui a été confiée. Aucune autre disposition des O.R.F.C. n'autorise la révocation du juge-avocat une fois nommé. Cela assure au juge-avocat une indépendance suffisante dans l'exercice de ses fonctions car cela signifie que, pour intervenir, l'autorité convocatrice ou tout autre membre de l'exécutif devrait agir illégalement. Le juge Cavanagh exprime une opinion semblable dans l'arrêt *Schick c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 540, à la p. 548. Je conclurais donc qu'une personne raisonnable n'aurait aucun motif de mettre en question l'indépendance de la cour martiale générale en invoquant une absence apparente d'inamovibilité.

La sécurité financière

Dans l'arrêt *Valente*, précité, à la p. 704, le juge Le Dain a énoncé ce critère de la manière suivante:

Cette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire.

Le Juge en chef est d'avis que les dispositions en vigueur au moment du procès donnent lieu à une crainte raisonnable que cette condition essentielle n'ait pas été respectée. Il souligne que l'avancement et les taux des soldes sont établis selon des règlements promulgués par le gouverneur en conseil ou par le Conseil du Trésor. En outre, étant donné que le président et les autres membres du tribunal n'ont pas touché de rémunération, autre que leur solde habituelle qui est fonction de leur grade et, par conséquent, du mérite, l'absence d'interdiction formelle de tenir compte du rendement d'un tribunal militaire pour évaluer le mérite entraîne une crainte raisonnable que des préoccupations en matière de carrière puissent motiver des décisions favorables à la poursuite. À

cates. Again I respectfully disagree. In my view, this is not problematic in the least having already been contemplated in *Valente*.

In *Valente* the same type of issue was raised when the appellant argued that a provision which enabled Provincial Court (Criminal Division) judges to be reappointed at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council upon attaining the age of retirement violated the constitutional requirement of judicial independence because, *inter alia*, the need in some cases of such a reappointment to complete entitlement to a pension could give rise to a reasonable perception of dependence for one's financial well-being upon the executive (*Valente, supra*, at p. 698).

Le Dain J. took the position, and I agree with him, that the effect of the executive having control over certain discretionary benefits or advantages did not go to the heart of s. 11(d). At page 714 he states:

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*.

I read this statement as recognizing that, at a certain point, there will be elements of judicial remuneration which are in the hands of another party — possibly the executive. While in the best of all possible worlds this might not be the case, such potential discretion is not sufficient to constitute "arbitrary interference by the Executive in a manner that could affect judicial independence" and hence to give rise to a reasonable apprehension that the essential condition of financial security was not met at the time the appellant was tried.

son avis, le même problème se pose dans le cas des juges-avocats. Avec respect, je ne suis pas d'accord. À mon avis, cette situation ne pose aucun problème, car elle a déjà été envisagée dans l'arrêt *Valente*.

Dans l'arrêt *Valente*, le même genre de question a été soulevé lorsque l'appelant a soutenu qu'une disposition, qui permettait aux juges de la Cour provinciale, Division criminelle, d'être renommés à titre amovible par le lieutenant-gouverneur en conseil lorsqu'ils avaient atteint l'âge de la retraite, violait l'exigence constitutionnelle de l'indépendance judiciaire pour le motif, notamment, que la nécessité dans certains cas de procéder à cette nouvelle nomination pour donner droit à une pension, pouvait susciter une perception raisonnable de dépendance envers l'exécutif pour ce qui est de sa sécurité financière (*Valente*, précité, à la p. 698).

Le juge Le Dain a adopté le point de vue, auquel je souscris, que le contrôle exercé par l'exécutif sur certains bénéfices ou avantages discrétionnaires n'a pas pour effet d'aller au cœur de l'al. 11d). Il dit, à la p. 714:

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*.

Selon moi, cet énoncé reconnaît qu'à un certain point, des éléments de la rémunération judiciaire seront entre les mains d'une autre partie, qui pourrait être l'exécutif. Bien que, dans le meilleur des mondes, cela pourrait ne pas être le cas, une telle possibilité de pouvoir discrétionnaire n'est pas suffisante pour constituer une «ingérence[...] arbitraire[...] de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire» et ainsi susciter une crainte raisonnable que la condition essentielle de la sécurité financière n'ait pas été respectée à l'époque du procès de l'appelant.

Institutional Independence

The final essential condition as articulated by Le Dain J. is "institutional independence" which he defines as "the institutional independence of the tribunal with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of its judicial function" (*Valente, supra*, at p. 708).

Unless I misapprehend his position, Lamer C.J. finds numerous provisions in the *National Defence Act* and its regulations problematic and tending to show that this final criterion was not being fulfilled by the structure as it existed. Particularly offensive, in his view, was the dual role played by the convening authority who, as a member of the executive, decided when a General Court Martial would take place, the number of members who would take part in it, and appointed the prosecutor with the concurrence of the Judge Advocate General (arts. 111.05 and 111.23 Q.R. & O.). It is also repugnant to s. 11(d), he argues, that the Judge Advocate General (another member of the executive) appointed the judge advocate. Such institutional links, in his opinion, undermined the scheme to a point where a reasonable person would question the independence of the court.

As was the case with the conditions of security of tenure and financial security, I regret to say that I am unable to accede to his conclusion. I would begin by pointing out that this Court has recently recognized, in so far as the s. 11(d) guarantee to be tried by an independent and impartial tribunal is concerned, that it is unrealistic to demand the utter separation of the judiciary from the other branches of government. I recognize that some pronouncements of this Court may appear to go in the opposite direction, most notably perhaps those contained in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, where, at p. 69, Dickson C.J. remarks:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider — be it government, pressure group, individual or even another judge — should interfere in fact, or attempt to interfere, with the

L'indépendance institutionnelle

La dernière condition essentielle énoncée par le juge Le Dain est «l'indépendance institutionnelle» qu'il définit comme «l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de ses fonctions judiciaires» (*Valente*, précité, à la p. 708).

À moins que je ne me méprenne sur son point de vue, le juge en chef Lamer est d'avis que la *Loi sur la défense nationale* et son règlement d'application contiennent nombre de dispositions qui causent des problèmes et tendent à démontrer que la structure qui existait n'a pas satisfait à ce dernier critère. Il trouve particulièrement choquant le double rôle joué par l'autorité convocatrice qui, à titre de membre de l'exécutif, a décidé quand siégerait une cour martiale générale, du nombre des membres qui la composerait et a nommé le procureur à charge avec l'assentiment du juge-avocat général (art. 111.05 et 111.23 O.R.F.C.). Il soutient qu'il est également contraire à l'al. 11d) que le juge-avocat général (un autre membre de l'exécutif) ait nommé le juge-avocat. À son avis, de tels liens institutionnels ont sapé le régime à un point tel qu'une personne raisonnable mettrait en question l'indépendance du tribunal.

Comme pour les conditions de l'inamovibilité et de la sécurité financière, je suis, avec regret, incapable de souscrire à sa conclusion. Je tiens d'abord à souligner que notre Cour a récemment reconnu, en ce qui a trait à la garantie que confère l'al. 11d) d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, qu'il n'est pas réaliste d'exiger la séparation absolue du pouvoir judiciaire des autres organes du gouvernement. Je reconnaiss que certains arrêts de notre Cour peuvent paraître aller dans une direction contraire, plus particulièrement l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, où, à la p. 69, le juge en chef Dickson fait remarquer:

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l'extérieur que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même

way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision. This core continues to be central to the principle of judicial independence.

However, when the issue was once again before this Court in *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, McLachlin J. took care to clarify the position. At page 827 she states:

It is important to note that what is proposed in *Beauregard v. Canada* is not the absolute separation of the judiciary, in the sense of total absence of relations from the other branches of government, but separation of its authority and function. It is impossible to conceive of a judiciary devoid of any relationship to the legislative and executive branches of government. Statutes govern the appointment and retirement of judges; laws dictate the terms upon which they sit and are remunerated. Parliament retains the power to impeach federally-appointed judges for cause, and enactments such as the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, stipulate on such matters as the number of judges required for a quorum. It is inevitable and necessary that relations of this sort exist between the judicial and legislative branches of government. [Emphasis in original.]

Similar sentiments are expressed by Lamer C.J. in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114. In assessing the constitutional validity of a Quebec statute which permitted part-time municipal court judges to continue to practice as lawyers, he notes at p. 142:

I admit that a system which allows for part-time judges is not the ideal system. However, the Constitution does not always guarantee the "ideal". Perhaps the ideal system would be to have a panel of three or five judges hearing every case; that may be the ideal, but it certainly cannot be said to be constitutionally guaranteed. [Emphasis in original.] .

On the basis of these remarks, it is apparent to me that absolute separation of a given tribunal from the executive is not to be expected. The question then becomes: what degree of connection between the executive and those who exercise a judicial role is permitted by the *Charter*?

un autre juge ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire.

^a Toutefois, lorsque la question a été de nouveau posée à notre Cour dans l'arrêt *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, le juge McLachlin a pris soin de clarifier cette position. À la p. 827, elle écrit:

Il importe de souligner que, dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, on propose non pas la séparation absolue du pouvoir judiciaire, dans le sens d'une absence totale de rapports avec les autres organes du gouvernement, mais une séparation de ses pouvoirs et fonctions. Il est impossible de concevoir un pouvoir judiciaire dénué de tout rapport avec les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement. Les lois régissent la nomination et la mise à la retraite des juges; elles dictent les modalités de l'exercice de leurs fonctions et de leur rémunération. Le Parlement détient le pouvoir de destituer pour un motif déterminé les juges nommés par le fédéral, et des textes de loi comme la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, traitent de matières telles que le nombre de juges requis pour qu'il y ait quorum. Des relations de ce genre sont inévitables et nécessaires entre les organes judiciaire et législatif du gouvernement. [Souligné dans l'original.]

^f ^g ^h Le juge en chef Lamer exprime des sentiments semblables dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114. Évaluant la constitutionnalité d'une loi québécoise qui permettait à des juges à temps partiel de la Cour municipale de continuer à pratiquer le droit, il souligne, à la p. 142:

J'admet que le système qui permet d'avoir des juges à temps partiel n'est pas le système idéal. Toutefois, la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale». Le système idéal pourrait peut-être consister en une formation de trois ou cinq juges qui entendraient chaque affaire; c'est peut-être là l'idéal, mais on ne peut certainement pas dire que la Constitution le garantit. [Souligné dans l'original.]

Compte tenu de ces remarques, il me semble qu'il ne faut pas s'attendre à la séparation absolue d'un tribunal donné d'avec l'exécutif. La question est alors la suivante: quel lien la *Charte* autorise-t-elle entre l'exécutif et ceux qui jouent un rôle judiciaire?

It is at this point that the context in which this appeal arises becomes extremely significant. One must not lose sight of the fact that the judicial role being exercised in the case at bar is being exercised under the purview of the Canadian Armed Forces and at issue is the independence of a military tribunal. This means, as I have established earlier in these reasons, that it is essential both that discipline be maintained and that alleged instances of non-adherence to rules be tried by other members of the military. Section 11(d) might not condone a civilian system of justice where the same body which appointed the prosecutor also appoints the triers of fact, or where the executive and the presiding judge maintain close ties. However, in the context of the Armed Forces, these characteristics may well be a necessary part of the chain of command which, when followed link by link, ultimately leads to the same destination no matter where one begins. Hence, in my opinion, the *Charter* permits a sufficient degree of connection between the executive and the participants of a General Court Martial such that the third criterion of institutional independence was satisfied at the time of the appellant's trial.

By way of addendum, I wish to respond to the reasons of Stevenson J. which I have lately had the opportunity to read. I understand his position to be more functional in approach, demanding, in the framework of the criterion of institutional independence, that anyone with an interest in seeing the prosecution fail or succeed not be in a position to influence the proceedings. Consequently, in his view, the appointment of the prosecutor by the convening authority resulted in a violation of the appellant's rights under s. 11(d) of the *Charter*. In the framework of the criterion of financial security his view is that persons with an interest in the outcome of a particular case may have been in a position to reward or punish decisions favourable or unfavourable to them. Presumably this also amounted to a *Charter* violation. I respectfully disagree with his reasoning on both these points.

With respect to financial security, I am of the view that, as was the case with the deficiencies perceived by the Chief Justice, the difficulties

C'est ici que devient extrêmement important le contexte du présent pourvoi. Il ne faut pas perdre de vue le fait que le rôle judiciaire est joué en l'espèce dans le cadre des Forces armées canadiennes et que c'est la question de l'indépendance d'un tribunal militaire qui est soulevée. Cela signifie, comme je l'ai déjà dit, qu'il est essentiel que ce soient d'autres membres des Forces armées qui veillent au maintien de la discipline et qui jugent les allégations de non-respect des règles. Il se pourrait que l'al. 11d) ne tolère pas un système de justice civil où le même organisme qui a nommé le procureur à charge nomme également le juge des faits, ou dans lequel l'exécutif et le juge qui préside entretiendraient des liens étroits. Toutefois, dans le contexte des Forces armées, ces caractéristiques peuvent très bien constituer une partie nécessaire de la chaîne de commandement qui, lorsqu'elle est suivie maillon par maillon, conduit finalement à la même destination peu importe où l'on commence. Donc, à mon avis, la *Charte* autorise un lien suffisant entre l'exécutif et les participants à une cour martiale générale pour que le troisième critère de l'indépendance institutionnelle ait été respecté à l'époque du procès de l'appelant.

J'aimerais ajouter quelques remarques en réponse aux motifs du juge Stevenson que j'ai eu l'occasion de lire dernièrement. Si je comprends bien, sa position est plus fonctionnelle; elle exige, dans le cadre du critère de l'indépendance institutionnelle, que celui qui a intérêt à ce que la poursuite échoue ou réussisse ne soit pas en mesure d'influencer les procédures. Par conséquent, à son avis, la nomination du procureur à charge par l'autorité convocatrice a violé les droits que l'al. 11d) de la *Charte* garantit à l'appelant. Dans le cadre du critère de la sécurité financière, selon lui, ceux qui avaient un intérêt dans l'issue d'une affaire donnée auraient pu être en mesure de récompenser ou de punir pour des décisions qui leur étaient favorables ou défavorables, selon le cas, ce qui équivaudrait aussi à une violation de la *Charte*. Avec respect, je ne partage pas son raisonnement sur ces deux points.

Quant à la sécurité financière, je suis d'avis que, comme c'est le cas pour les lacunes décelées par le Juge en chef, les préoccupations du juge Stevenson

expressed by Stevenson J. were contemplated and dismissed by Le Dain J. in *Valente*. I have already quoted an extract from that case to the effect that while ideally no elements of judicial remuneration would ever be in the hands of another party, such discretion is not necessarily sufficient to constitute a violation of s. 11(d). There is no need for me to recite that passage again here. Suffice it to say that I am of the view that it is also applicable to the concerns expressed by Stevenson J.

Turning then to institutional independence, I would reiterate my view relating to the importance of context. It must be remembered that the appellant's trial was taking place within the military and that the problems identified by my colleague are, to my mind, part and parcel of that context. While I might entertain doubts as to the constitutionality of a civilian system of justice where the entity who convenes the court also appoints the prosecutor, I feel that the constitutional standard applicable in the civilian world is wholly inapplicable to measuring a trial by General Court Martial. In short, I remain unpersuaded that the rights of the appellant were violated by the scheme under which he was tried.

Conclusion

On the basis of the preceding analysis, I am of the view that there was no violation of the appellant's rights as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. With respect to the alternative arguments advanced by the appellant, I agree with the Chief Justice that in these circumstances the guarantees offered by s. 7 of the *Charter* cannot be of more assistance to him than those contained in the more specific s. 11(d). I am also of the view, again for the reasons expressed by Lamer C.J., that the appellant is unable to avail himself of s. 15 of the *Charter* and that the evidence obtained was properly admitted at trial and ought not to have been excluded pursuant to s. 24(2). It is not necessary for me to consider s. 1 of the *Charter*.

I would accordingly dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

ont été envisagées et écartées par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*. J'ai déjà cité un extrait de cet arrêt suivant lequel, bien qu'idéalement aucun élément de la rémunération judiciaire ne devrait être entre les mains d'une autre partie, l'existence de pareil pouvoir discrétionnaire n'est pas nécessairement suffisante pour qu'il y ait violation de l'al. 11d) et il n'y a pas lieu de citer de nouveau ce passage. Qu'il suffise de dire que je suis d'avis qu'il est également applicable aux préoccupations exprimées par le juge Stevenson.

Pour ce qui est de l'indépendance institutionnelle, je me reporte de nouveau à l'importance du contexte. Il faut se rappeler que le procès de l'appelant s'est déroulé à l'intérieur des Forces armées et que les problèmes identifiés par mon collègue font, à mon sens, partie intégrante de ce contexte. Bien que je puisse avoir des doutes quant à la constitutionnalité d'un système civil de justice où l'entité qui convoque la cour nomme également le procureur à charge, j'estime que la norme constitutionnelle applicable dans le monde civil est tout à fait inapplicable pour évaluer un procès devant une cour martiale générale. Bref, je ne puis me convaincre que le régime en vertu duquel l'appelant a subi son procès a violé ses droits.

Conclusion

Compte tenu de l'analyse qui précède, je suis d'avis qu'il n'y a eu aucune violation des droits que l'al. 11d) de la *Charte* garantit à l'appelant. En ce qui a trait aux arguments subsidiaires avancés par l'appelant, je souscris à l'opinion du Juge en chef que, dans ces circonstances, les garanties conférées par l'art. 7 de la *Charte* ne peuvent l'aider plus que celles contenues dans l'al. 11d) qui est plus précis. Je suis également d'avis, encore une fois pour les raisons exposées par le juge en chef Lamer, que l'appelant ne peut invoquer l'art. 15 de la *Charte* et que la preuve obtenue a été admise à bon droit au procès et ne devait pas être écartée en vertu du par. 24(2). Il ne m'est pas nécessaire d'examiner l'article premier de la *Charte*.

Par conséquent je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Do ss. 166 to 170 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, and the Queen's Regulations and Orders, inasmuch as they allow an accused to be tried by General Court Martial, restrict the accused's right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is yes, are they reasonable limits in a free and democratic society and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

I need not answer this question.

3. Does s. 130 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, restrict the right to equality protected by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that it confers jurisdiction over a person subject to the *National Defence Act* for offences pursuant to the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, as amended, thereby depriving the accused of the procedure normally applicable to such offences?

Answer: No.

4. If the answer to question 3 is yes, is it a reasonable limit in a free and democratic society and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

I need not answer this question.

Appeal allowed and new trial ordered, h
L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fortin, Le Bouthillier, Québec; Poupart & Cournoyer, Montréal.

Solicitors for the respondent: Jean-Marc Aubry, Richard Morneau and Bernard Laprade, Ottawa.

1. Les articles 166 à 170 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, et les Ordonnances et Règlements royaux, en ce qu'ils permettent le procès d'un accusé par une cour martiale générale, restreignent-ils le droit de l'accusé à un procès public et équitable par un tribunal indépendant et impartial, garanti par l'art. 7 et par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, sont-ils des limites raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il ne m'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Est-ce que l'art. 130 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, restreint le droit à l'égalité protégé par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qu'il confère une juridiction sur une personne assujettie à la *Loi sur la défense nationale* au sujet d'infractions à la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 et modifications, privant ainsi l'accusé de la procédure normalement applicable pour de telles infractions?

Réponse: Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, est-il une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il ne m'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelant: Fortin, Le Bouthillier, Québec; Poupart & Cournoyer, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Jean-Marc Aubry, Richard Morneau et Bernard Laprade, Ottawa.