

Yves Lauzon(XXX XXX XXX Private, Canadian Forces) *Appellant*,

v.

Her Majesty the Queen*Respondent*.

INDEXED AS: R. V. LAUZON

File No.: CMAC 415

Heard: Québec, Quebec, August 21, 1998

Judgment: Ottawa, Ontario, September 18, 1998

Present: Létourneau, Rousseau-Houle and Biron JJ.A

On appeal from the legality of any or all of the findings by a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Valcartier, Quebec, on April 8, 9, 10 and 11, and on August 26, 27 and 28, 1997.

Constitutional Law – Standing Court Martials – Not independent Tribunals within the meaning of section 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms

At the end of a trial by Standing Court Martial the appellant, a member of the regular force, was found guilty on four charges including sexual assault, disgraceful conduct, drunkenness and committing an indecent act.

The appellant appealed with respect to the verdict of guilt on these four counts, and challenged the constitutional validity of the Court which tried the case

Held Appeal allowed in part, appeal of the convictions dismissed

The appellant's arguments with respect to the verdict of guilt were without merit. More persuasive, however, was the appellant's argument that the Standing Court Martial is not an independent tribunal within the meaning of section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter)

Queens Regulations and Orders state that the officers who perform judicial duties are posted to Military Trial Judge positions within the office of the Judge Advocate General. The Judge Advocate General is the senior legal advisor to the Minister of National Defence. In effect, he or she is responsible to the executive branch of government for all legal matters pertaining to the Canadian Forces. The Judge Advocate General and the legal officers of his or her office argue cases regularly on behalf of the Executive before the military trial judges who themselves are part of his or her Office.

The defects in this organizational structure are magnified by the procedure for appointing, re-appointing and removing the members who

Yves Lauzon(XXX XXX XXX Soldat, Forces canadiennes) *Appellant*,

c.

Sa Majesté la Reine*Intimée*.

RÉPERTORIÉ : R. C. LAUZON

N° du greffe : CACM 415

Audience : Québec (Québec), le 21 août 1998

Jugement : Ottawa (Ontario), le 18 septembre 1998

Devant : les juges Létourneau, Rousseau-Houle et Biron, J.C.A.

En appel de la légalité d'un ou de plusieurs verdicts prononcés par une cour martiale permanente siégeant à la base des Forces canadiennes de Valcartier (Québec), les 8, 9, 10 et 11 avril et les 26, 27 et 28 août 1997.

Droit constitutionnel – Cours martiales permanentes – Tribunaux non indépendants au sens de l'alinéa 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés

Au terme d'un procès tenu devant une Cour martiale permanente, l'appelant, qui est membre de la Force régulière, a été trouvé coupable de quatre accusations, dont celles d'agression sexuelle, de comportement déshonorant, d'ivresse et d'action indécente.

L'appelant en a appelé du verdict de culpabilité sur ces quatre chefs et a attaqué la validité constitutionnelle de la Cour qui a instruit l'affaire.

Arrêt L'appel est accueilli en parties, l'appel est rejeté quant aux déclarations de culpabilité.

Les arguments de l'appelant concernant le verdict de culpabilité n'étaient pas fondés. Plus convaincant toutefois était l'argument de l'appelant selon lequel la Cour martiale permanente n'est pas un tribunal indépendant au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte).

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) stipulent que les officiers qui exercent des fonctions judiciaires sont affectés à des postes de juge militaire au sein même du Cabinet du juge-avocat général. Le juge-avocat général est le conseiller juridique principal du Ministre de la Défense nationale. Il est, de fait, responsable devant le pouvoir exécutif de toutes les affaires juridiques ayant trait aux Forces canadiennes. Lui-même et les avocats de son Cabinet plaident régulièrement au nom de l'Exécutif devant les juges militaires qui, eux aussi, font partie de son Cabinet.

Les vices de cette structure organisationnelle sont amplifiés par le processus de nomination, de renouvellement et de destitution des membres.

prestid over Standing Courts Martials. In this case, re-appointment is done simply at the Ministerial level by the Minister, who can decide not to renew the term of a military judge who has taken positions which are unpopular with the department or the executive. As the Presidents of Standing Courts Martial decide on military discipline cases where the interests of the Minister are directly an issue, the lack of standards for reappointment does not offer sufficient objective guarantees of independence.

In addition, the Minister also controls the process of removing military trial judges and the Chief Military Trial Judge, as well as for revoking the appointment of the President of a Standing Court Martial. An informed person can reasonably conclude that the office of military trial judge is not free from discretionary or arbitrary intervention by the Executive or by the authority responsible for appointments.

Thus the organizational and institutional relationship among the Minister, the Judge Advocate General and the members of his or her office who represent the Executive, and the Military Trial Judges who hear the department's cases, does not afford sufficient guarantees of institutional impartiality and independence.

Further, the salary structure of military trial judges does not offer the financial security that is required. Military trial judges have no independent, effective and objective mechanism for depoliticizing the process by which their compensation is determined and avoiding the possibility of political interference through economic manipulation.

For these reasons, the appeal was allowed in part and section 177 of the *National Defence Act* concerning the process of appointing the members of the Standing Court Martial, as well as articles 4 09(1), 4 09(5), 4 09(6), 101 14(2), 101 14(4), 101 16(10), 113 54(4) and 204 22 of the *QR&O* concerning the process of reappointing and removing military trial judges in the determination of their salaries, were declared to be invalid and of no force and effect.

The effect of this determination was that the whole Court was affected by this constitutional defect and there remained no independent Court and judges to ensure military discipline. Accordingly, the doctrine of necessity must apply. Absent a real and substantial injustice specific to this instant case, the effect of applying this doctrine was to validate the appellant's convictions entered by the President of the Standing Court Martial. Accordingly, the appeal of the convictions was dismissed.

Further, to allow the Government reasonable time to take appropriate remedial action, the declaration of invalidity above was suspended for one year from the date of this decision.

STATUTES AND REGULATION CITED:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 11(d), 11(f), 24.
Courts of Justice Act (Ontario), R.S.O. 1990, c. C-43, ss. 51.3, 51.4, 51.8.
Courts of Justice Act (Quebec), R.S.Q., c. T-16, ss. 95, 263 et seq., 277, 279.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 173(1)(a) (as am. by R.S.C. 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 7), 271

qui président les Cours martiales permanentes. Dans le cas présent, le renouvellement de l'affectation se fait au simple niveau ministériel par le Ministre lui-même qui peut décider de ne pas renouveler le mandat d'un juge militaire qui a pris des positions peu prisées par son ministère ou plus généralement par l'Exécutif. Comme les Présidents de la Cour martiale permanente statuent sur des causes de discipline militaire où les intérêts du Ministre sont directement en jeu, l'absence de normes pour le renouvellement des mandats n'offre pas de garanties objectives suffisantes d'indépendance.

De plus, le processus de destitution des juges militaires et du juge militaire en chef de même que celui de révocation du président d'une Cour martiale permanente relèvent également du Ministre. La personne bien informée peut raisonnablement penser que la charge de juge militaire n'est pas à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'Exécutif ou de l'autorité responsable des nominations.

Ainsi, la relation organisationnelle et institutionnelle entre le Ministre, le juge-avocat général et les membres de son Cabinet qui représentent l'Exécutif et les juges militaires qui entendent les causes du ministère n'offre pas de garanties suffisantes d'impartialité et d'indépendance institutionnelles.

De plus, cette structure salariale des juges militaires n'offre pas la sécurité financière requise. Les juges militaires ne disposent d'aucun mécanisme indépendant, efficace et objectif permettant de dépoliticiser le processus de détermination de leur rémunération et d'éviter la possibilité d'ingérence politique par le biais de la manipulation financière.

Pour ces motifs, il y a eu lieu d'accueillir l'appel en partie et de déclarer invalides et inopérants l'article 177 de la *Loi sur la défense nationale* relatif au processus de nomination des membres de la Cour martiale permanente ainsi que les articles 4 09(1), 4 09(5), 4 09(6), 101 14(2), 101 14(4), 101 16(10), 113 54(4) et 204 22 des *ORFC* qui ont trait au processus de renouvellement et de destitution des juges militaires ainsi qu'à la détermination de leurs traitements.

Cette conclusion a eu pour conséquence que toute la Cour a été affectée par cette lacune constitutionnelle et qu'il n'existait pas de tribunal et de juges indépendants pour assurer la discipline militaire. Par conséquent, il faut appliquer la doctrine de la nécessité. En l'absence d'une injustice réelle et substantielle particularisée au présent litige, l'application de cette doctrine a pour effet de valider les condamnations rendues par le président de la Cour martiale permanente. L'appel des condamnations a donc été rejeté.

En outre, afin d'octroyer au Gouvernement un délai raisonnable pour apporter les correctifs appropriés, la déclaration d'invalidité ci-dessus a été suspendue pour un an, à compter de la présente décision.

LOIS ET RÈGLEMENT CITÉS :

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, no 44], art. 11d), 11f), 24.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 173(1)a) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 19, art. 7), 271 (mod., *idem*, art. 10; L.C. 1994, ch. 44, art. 19).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 93, 97 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31,

(as am. *idem*, s. 10; S.C. 1994, c. 44, s. 19).
Judges Act, R.S.C. 1985, c. J-1, ss. 63 (as am. by S.C. 1992, c. 51, s. 27), 65 (as am. by R.S.C. 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 5).
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 93, 97 (as am. by R.S.C. 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60 (Sch. I, s. 35)), 130, 177.
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, ss. 4.08, 4.09, 4.09(1), 4.09(3), 4.09(5), 4.09(6), 26.10, 101.14, 101.14(2), 101.14(4), 101.16, 101.16(10), 113.54, 113.54(3), 113.54(4), 204.22, 204.22(1), 204.22(2).

CASES CITED:

2747-3174 *Québec Inc. v Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919
Beauregard v. Canada, [1986] 2 S.C.R. 56
R. v. Edwards (1995), 5 C.M.A.R. 347
R. v. Généreux, [1992] 1 S.C.R. 259
R. v. Lippé, [1991] 2 S.C.R. 114
R. v. M. (M.L.), [1994] 2 S.C.R. 3
R. v. Temela (1992), 71 C.C.C. (3d) 276 (N.W.T.C.A.)
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, [1997] 3 S.C.R. 3; [1998] 1 S.C.R. 3
Valente v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 673

COUNSEL:

Jean Asselin, for the appellant.
Major M.H. Coulombe, for the respondent.

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

[1] *The Court*: At the end of a trial by Standing Court Martial, the accused, who is a member of the regular force, was found guilty on the following four charges:

1st count: sexual assault, section 130 of the *National Defence Act*, contrary to section 271 of the *Criminal Code*;

2nd count: disgraceful conduct, section 93 of the *National Defence Act*, namely having ejaculated on a military coworker;

3rd count: drunkenness, section 97 of the *National Defence Act*;

4th count: indecent act, section 130 of the *National Defence Act*, contrary to paragraph 173(1)(a) of the *Criminal Code*,

art 60, ann. I, art. 35), 130, 177.
Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 63 (mod. par L.C. 1992, ch. 51, art. 27), 65 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 27, art. 5).
Loi sur les tribunaux judiciaires (de l'Ontario), R.S.O. 1990, ch. C-43, art. 51.3, 51.4, 51.8.
Loi sur les tribunaux judiciaires (du Québec), L.R.Q., ch. T-16, art. 95, 263 et ss., 277, 279.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes, art. 4.08, 4.09, 4.09(1), 4.09(3), 4.09(5), 4.09(6), 26.10, 101.14, 101.14(2), 101.14(4), 101.16, 101.16(10), 113.54, 113.54(3), 113.54(4), 204.22, 204.22(1), 204.22(2)

JURISPRUDENCE CITÉE :

2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919
Beauregard c. Canada, [1986] 2 R.C.S. 56
R. c. Edwards (1995), 5 C.A.C.M. 347
R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259
R. c. Lippé, [1991] 2 R.C.S. 114
R. c. M. (M.L.), [1994] 2 R.C.S. 3
R. v. Temela (1992), 71 C.C.C. (3d) 276 (C.A.T.N.O.)
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3, [1998] 1 R.C.S. 3
Valente c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 673

AVOCATS :

Me Jean Asselin, pour l'appelant.
Major M.H. Coulombe, pour l'intimé.

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

[1] LA COUR : Au terme d'un procès tenu devant une Cour martiale permanente, l'accusé, qui est membre de la Force régulière, a été trouvé coupable des quatre accusations suivantes:

1^e chef: agression sexuelle, article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, contrairement à l'article 271 du *Code criminel*;

2^e chef: comportement déshonorant, article 93 de la *Loi sur la défense nationale*, soit d'avoir éjaculé sur une collègue militaire;

3^e chef: ivresse, article 97 de la *Loi sur la défense nationale*;

4^e chef: action indécente, article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, contrairement à l'article 173(1)(a) du *Code*

namely having exposed his penis in a public place in the presence of one or more persons.

[2] The acts which he is alleged to have committed took place in Haiti during the peacekeeping mission in which he participated as a member of the Canadian Battalion (5 RALC) of the Canadian Contingent in Haiti. The victim was a coworker who was a member of the reserve force.

[3] The appeal now before us concerns the legality of the verdict of guilt on these four counts and, in support of his appeal, the appellant submits two arguments related to the verdict itself and another by which he is challenging the constitutional validity of the Court which tried the case and made the finding of guilt.

[4] Concerning the verdict, he criticizes the Trial Judge for ignoring relevant and important evidence as well as failing to apply the appropriate rules as to reasonable doubt when faced with contradictory accounts. In our view, these two criticisms are without merit.

[5] On the count of sexual assault, the victim stated at trial that while she was stretched out on her bed, the appellant approached her, sat down next to the bed and, while talking to her, touched her breasts, thighs and hair and then her breasts again despite her refusal and protests. According to her testimony, the appellant later masturbated in front of her and when he ejaculated, he held back her shoulder with his hand so that the semen fell on her face. In his extra-judicial statements to the military police which were admitted as evidence, the appellant, who did not testify at the trial, denied fondling the complainant. Furthermore, he claimed that the complainant consented to his masturbating in front of her as long as he did not ejaculate on her.

[6] The appellant complains that the Trial Judge did not give sufficient weight to the testimony of two other soldiers, which was that the victim did not seem to be in distress and that there was a good-humoured atmosphere in the tent in which the events, including the sexual assault, took place. According to the appellant, the atmosphere of camaraderie inside the tent is consistent with his claim that there was no sexual assault. The appellant also argues that the Trial Judge did not analyse the evidence as a whole and relied solely on the testimony of the victim and that of another female soldier who was present when the assault took place. He claims that he was not given the benefit of reasonable doubt to which he was entitled.

criminel, soit de s'être exposé le pénis dans un endroit public, en présence d'une ou de plusieurs personnes.

[2] Les actes qui lui furent reprochés furent commis en Haïti dans le cadre d'une mission de paix à laquelle il participait au sein du Bataillon Canadien (5 RALC) du Contingent canadien en Haïti. La victime était une collègue de travail membre des Forces de la réserve

[3] Il en appelle maintenant devant nous de la légalité du verdict de culpabilité sur ces quatre chefs et, au soutien de son appel, il soumet deux arguments se rapportant au verdict proprement dit et un autre en vertu duquel il attaque la validité constitutionnelle de la Cour qui a instruit l'affaire et prononcé le verdict de culpabilité.

[4] En ce qui a trait au verdict, il reproche au juge du procès d'avoir passé sous silence des éléments de preuve pertinents et importants ainsi que d'avoir omis, à l'égard de versions contradictoires, d'appliquer les directives appropriées quant au doute raisonnable. Ces deux reproches sont, à notre avis, sans mérite.

[5] Sur le chef d'agression sexuelle, la victime a affirmé au procès qu'alors qu'elle était étendue sur son lit, l'appelant s'est approché d'elle, s'est assis à côté du lit et, tout en lui parlant, lui a caressé les seins, les cuisses et les cheveux et puis les seins à nouveau malgré son refus et ses protestations. Par la suite, toujours selon son témoignage, l'appelant s'est masturbé devant elle et, au moment d'éjaculer, il lui a, de la main, retenu l'épaule de façon à ce qu'elle reçoive le sperme dans la figure. L'appelant, qui n'a pas témoigné au procès, a, dans ses déclarations extra-judiciaires faites à la police militaire et admises en preuve, nié avoir caressé la plaignante. Au surplus, il a prétendu que la plaignante était consentante à ce qu'il se masturbe devant elle pourvu qu'il n'éjacule pas sur elle.

[6] L'appelant se plaint que le juge du procès n'a pas accordé suffisamment de poids aux témoignages de deux autres soldats selon lesquels la victime ne semblait pas en détresse et l'atmosphère était à la bonne humeur dans la tente où se sont produits les événements, notamment l'agression sexuelle. Selon l'appelant, le climat de camaraderie qui existait à l'intérieur de la tente est compatible avec sa prétention qu'il n'y a pas eu d'agression sexuelle. Toujours selon l'appelant, le juge du procès n'a pas analysé l'ensemble de la preuve et s'est appuyé seulement sur le témoignage de la victime et celui d'une autre soldate qui était présente sur les lieux de l'agression. Il prétend qu'il n'a pas obtenu le bénéfice du doute raisonnable auquel il avait droit.

[7] It is clear from the decision of the judge that he considered the evidence as a whole, including the extra-judicial statements made by the accused and the little exculpatory evidence they contained, while keeping in mind that this self-serving exculpatory evidence was not given under oath. In fact, these statements were on the whole very incriminating. He admitted that he had consumed alcohol, that he was under the influence of the alcohol and that this was what prompted him to masturbate in front of the complainant. He admitted that he ejaculated and that drops of semen hit the complainant. These extra-judicial admissions by the accused made the testimony given under oath by the victim, who did not know the accused before the assault, very plausible and persuasive. In any event, it was the responsibility of the Trial Judge to assess the credibility of the witnesses and we cannot say that his conclusions about the appellant's guilt are not based on the evidence as a whole and are unreasonable or are due to any error in his understanding of the applicable principles in the case at bar.

[8] The inference drawn by the appellant from the atmosphere in the tent where the events took place and from the fact that the victim did not cry out is not sound. A victim is not required to offer some minimal word or gesture of objection and the lack of resistance is not equated with consent (*R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3). In the case at bar, the Trial Judge was satisfied that the victim indicated to the accused that she objected both to him touching her and to him masturbating in her presence. Once again, the evidence before him was entirely sufficient and credible for him to be satisfied beyond a reasonable doubt that the victim did not consent.

[9] More persuasive, however, is the appellant's argument that the Standing Court Martial is not an independent tribunal within the meaning of section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). Essentially, although the expressions he uses on occasion differ from those we are using to organize his arguments, the appellant submits that the Standing Court Martial is not an independent tribunal because of its organizational structure, the lack of a guarantee of the financial security of its members and the process of appointment, reappointment and removal of its members provided in section 177 of the *National Defence Act* and articles 4.09, 101.16, 113.54 and 204.22 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O)*. We believe he is right.

[7] Il ressort clairement de la décision du juge qu'il a considéré l'ensemble de la preuve, y compris les déclarations extrajudiciaires faites par l'accusé et les quelques éléments disculpatoires qu'elle contenait tout en gardant à l'esprit que ces éléments disculpatoires autogratiants n'ont pas été livrés sous serment. De fait, ces déclarations étaient dans l'ensemble fort incriminantes. Il a admis qu'il avait consommé des boissons alcooliques, qu'il était sous l'influence de ces boissons alcooliques et que c'est ce qui l'a poussé à se masturber devant la plaignante. Il a admis avoir éjaculé et que des gouttes de sperme ont atteint la plaignante. Ces admissions extra-judiciaires de l'accusé rendaient fort vraisemblable et probant le témoignage sous serment de la victime qui ne connaissait pas l'accusé préalablement à l'agression. À tout événement, il appartenait au juge du procès d'apprécier la crédibilité des témoins et nous ne pouvons dire que les conclusions auxquelles il en est venu quant à la culpabilité de l'appelant ne s'appuient pas sur l'ensemble de la preuve et sont déraisonnables ou résultent d'une quelconque erreur dans l'appréciation des principes applicables en l'espèce.

[8] Quant à l'inférence que l'appelant fait de l'atmosphère dans la tente où se sont déroulés les événements et de l'absence de cris de la part de la victime, celle-ci est mal fondée. Il n'est pas nécessaire qu'une victime oppose un minimum de résistance par des paroles ou des gestes et l'absence de résistance n'équivaut pas à consentement (*R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3). Dans le cas présent, le juge du procès était satisfait que la victime avait signifié à l'accusé son opposition aussi bien à ce qu'il la touche qu'à ce qu'il se masturbe en sa présence. Encore une fois, la preuve dont il disposait était amplement suffisante et crédible pour qu'il soit convaincu hors de tout doute raisonnable de l'absence de consentement de la victime.

[9] Plus convaincante, toutefois, est la prétention de l'appelant que la Cour martiale permanente n'est pas un tribunal indépendant au sens de l'article 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte). Dans son essence, même si les termes qu'il emploie sont parfois différents de ceux que nous utilisons pour regrouper ses arguments, l'appelant soutient que la Cour martiale permanente n'est pas un tribunal indépendant à cause de sa structure organisationnelle, de l'absence de garantie quant à la sécurité financière des membres qui la composent ainsi que du processus de nomination, de renouvellement et de destitution des ses membres prévu à l'article 177 de la *Loi sur la défense nationale* et aux articles 4.09, 101.16, 113.54 et 204.22 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC)*. Nous croyons qu'il a raison.

[10] A number of principles applicable to the instant case on the subject of judicial independence, which is protected by section 11(d), emerge from the following cases: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919 and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3. It is worthwhile to review them briefly.

[11] First, judicial independence is a concept which is distinct from but closely related to impartiality. Impartiality refers first and foremost to an absence of prejudice or bias, actual or perceived, on the part of a judge in a particular case, but like independence it includes an institutional aspect. If the system is structured in such a way as to create a reasonable apprehension of bias at the institutional level, the requirement of impartiality is not met. Independence is based on the existence of a set of objective conditions or guarantees which ensure judges have the complete freedom to try the cases before them. It is more concerned with the status of the Court in relation to the other branches of government and bodies which can exercise pressure on the judiciary through power conferred on them by the state.

[12] Second, there are two dimensions to judicial independence: the individual independence of a judge and the institutional or collective independence of the Court to which the judge belongs.

[13] Third, institutional independence must not be confused with administrative independence. The latter refers to the ability of the Court to make administrative decisions which bear directly and immediately on the exercise of the judicial function. On the other hand, institutional independence derives from the role of the courts as constitutional organs and protectors of the Constitution and of the fundamental values enshrined therein. It plays a role in the separation of powers and protects against abuses on the part of the Executive as well as, in a federal system, against interference by the legislative power. It also protects against interference by the parties to a case and by the public in general. In the Canadian system of military justice, it refers to the ability of the institution of military justice to make decisions free from any political pressure as well as the public's perception of that institution and of its ability to act free from such pressure.

[10] Des arrêts *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919 et *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, se dégage, en matière d'indépendance judiciaire protégée par l'article 11d) de la Charte, un certain nombre de principes applicables en l'espèce qu'il convient de rappeler brièvement.

[11] Tout d'abord, l'indépendance judiciaire est un concept distinct quoique très voisin de l'impartialité. L'impartialité réfère avant tout à l'absence de préjugé ou de parti pris, réel ou apparent chez un juge dans le cadre d'une instance donnée, mais tout comme l'indépendance, elle comporte un aspect institutionnel. Si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, on ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité. L'indépendance repose sur l'existence d'un ensemble de conditions ou garanties objectives qui assure la liberté complète des juges d'instruire les affaires qui leur sont soumises. Elle concerne davantage le statut de la Cour par rapport aux autres pouvoirs de l'État et aux organismes qui peuvent exercer des pressions sur les juges en raison de l'autorité qui leur est conférée par l'État.

[12] Deuxièmement, l'indépendance judiciaire possède deux dimensions: l'indépendance individuelle d'un juge et l'indépendance institutionnelle ou collective de la Cour à laquelle le juge appartient.

[13] Troisièmement, l'indépendance institutionnelle ne doit pas être confondue avec l'indépendance administrative. Cette dernière réfère à la capacité pour la Cour de prendre les décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires. Par contre, l'indépendance institutionnelle découle du rôle des tribunaux en tant qu'organes constitutionnels et protecteurs de la constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées. Elle participe de la séparation des pouvoirs et protège contre les abus de l'exécutif aussi bien que, dans un système fédéraliste, contre les ingérences du pouvoir législatif. Elle protège également contre les ingérences des parties à un litige et du public en général. Dans le système canadien de justice militaire, elle réfère à la capacité de l'institution judiciaire militaire de rendre des décisions libres de toutes pressions politiques ainsi qu'à la perception que le public a de cette institution et de sa capacité d'agir à l'abri de telles pressions.

[14] Fourth, the three core characteristics of judicial independence are security of tenure, financial security and administrative independence.

[15] Fifth, the core characteristics of judicial independence can have both an individual dimension and an institutional or collective dimension.

[16] Sixth, financial security is one of these characteristics which has both an individual dimension and an institutional dimension.

[17] Seventh, judicial independence serves important societal goals such as the maintenance of public confidence in the impartiality of the judiciary and the rule of law.

[18] Eighth, whether or not a court enjoys judicial independence is measured according to the perception of a reasonable and informed person. In other words, the Court must ask itself what such a person – viewing the matter realistically and practically – would conclude.

[19] Lastly, criminal prosecutions brought before a Court Martial attract the protection offered by section 11(d) of the Charter to any accused person. We hasten to add that in exercising this jurisdiction, Courts Martial apply the Charter rights and guarantees and use the powers granted under section 24 of that Charter. In other words, they play an important role in the application of the principles of the Constitution and the protection of the values included therein.

[20] On the basis of these principles, let us now review the situation as it relates to the Standing Court Martial which heard the instant case.

[21] At the organisational and structural level, paragraph 4.09(1) of the *QR&O* states that the officers who perform judicial duties are posted to military trial judge positions within the Office of the Judge Advocate General:

4.09(1) Every officer who performs any of the following judicial duties shall be posted to a military trial judge position established within the Office of the Judge Advocate General

- (a) judge advocate of a General Court Martial or a Disciplinary Court Martial,
- (b) president of a Standing Court Martial,
- (c) presiding judge of a Special General Court Martial

[14] Quatrièmement, les trois composantes principales de l'indépendance de la magistrature sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative.

[15] Cinquièmement, les composantes essentielles de l'indépendance de la magistrature peuvent avoir à la fois une dimension individuelle et une dimension institutionnelle ou collective.

[16] Sixièmement, la sécurité financière est une de ces composantes qui comporte à la fois une dimension individuelle et une dimension institutionnelle.

[17] Septièmement, l'indépendance judiciaire sert des objectifs sociétaux importants dont le maintien de la confiance du public dans l'impartialité de la magistrature et celui de la primauté du droit.

[18] Huitièmement, l'existence ou l'absence d'indépendance judiciaire d'une Cour se mesure à partir de la perception d'une personne raisonnable et bien renseignée. En d'autres termes, la Cour doit se demander à quelle conclusion en viendrait une telle personne après avoir étudié sérieusement la question, d'une façon réaliste et pratique.

[19] Enfin, la protection offerte par l'article 11(d) de la Charte à toute personne inculpée s'applique aux poursuites pénales intentées devant une Cour martiale. Nous nous empressons d'ajouter que, dans le cadre de l'exercice de cette compétence, les Cours martiales appliquent les droits et les garanties conférées par la Charte et utilisent les pouvoirs conférés par l'article 24 de ladite Charte. En d'autres termes, elles jouent un rôle important dans l'application des principes de la Constitution et la protection des valeurs qu'elle renferme.

[20] À partir de ces principes, révisons maintenant la situation au niveau de la Cour martiale permanente qui a entendu la présente affaire.

[21] Au plan organisationnel et structurel, l'article 4.09(1) des *ORFC* stipule que les officiers qui exercent des fonctions judiciaires sont affectés à des postes de juge militaire au sein même du Cabinet du juge-avocat général:

4.09(1) Tout officier qui accomplit l'une des fonctions judiciaires suivantes doit être affecté à un poste de juge militaire établi au tableau de l'effectif du Cabinet du juge-avocat général

- a) juge-avocat d'une cour martiale générale ou d'une cour martiale disciplinaire,
- b) président d'une cour martiale permanente,
- c) président d'une cour martiale générale spéciale

[22] The Judge Advocate General who has command of the Office of legal officers where military trial judges are located is the senior legal advisor to the Minister of National Defence (Minister). In effect, he or she is responsible to the executive branch of government, represented in this case by the Minister, for all legal matters pertaining to the Canadian Forces (see article 4.08 of the *QR&O*). That person and the legal officers of his or her Office argue cases regularly on behalf of the Executive before the military trial judges who themselves are also part of his or her Office.

[23] Furthermore, the defects in this organizational structure are magnified by the procedure for appointing, reappointing and removing the members who preside over the Standing Courts Martial.

[24] One surprising fact is that the members of the Court are appointed by the Minister himself or herself pursuant to section 177 of the *National Defence Act* to hear military discipline cases coming from the Minister's own department and argued by his or her legal staff.

[25] Pursuant to paragraphs 4.09(3) and (5) of the *QR&O*, the postings of members to military trial judge positions are for a fixed term of 2 to 4 years and these postings are renewable:

4.09(3) The fixed term under paragraph (2) shall normally be four years and shall not be less than two years

4.09(5) An officer is eligible to be posted again to a position referred to in paragraph (1) on the expiration of any first or subsequent fixed term

- a) in the case of the Chief Military Trial Judge upon the recommendation of the Judge Advocate General, and
- b) in any other case, on the recommendation of the Chief Military Trial Judge

[26] As this Court of Appeal decided in *R. v. Edwards* (1995), 5 C.M.A.R. 347, the posting of members to military trial judge positions for a fixed term, even if this term is not for life, guarantees institutional independence. The same is true for the process by which judges are now assigned to hear cases by the Chief Military Trial Judge and no longer by the convening authority who also appointed the prosecutor (*R. v. Edwards, supra*). However, these were the only questions before the Court. In the case at bar, the appellant is challenging not the term of the appointments to military trial judge positions as in *Edwards*, but the fact that these appointments are renewable. In other words, the appellant submits that the possibility of reappointment interferes with the principle of the security of tenure of military trial judges.

[22] Or, le juge-avocat général qui dirige le Cabinet des avocats militaires où l'on retrouve les juges militaires est le conseiller juridique principal du Ministre de la Défense nationale (Ministre). Il est, de fait, responsable devant le pouvoir exécutif, ici en l'occurrence représenté par le Ministre, de toutes les affaires juridiques ayant trait aux Forces canadiennes (voir l'article 4.08 des *ORFC*). Lui-même et les avocats de son Cabinet plaident régulièrement au nom de l'Exécutif devant les juges militaires qui, eux aussi, font partie de son Cabinet.

[23] Au surplus, les vices de cette structure organisationnelle sont amplifiés par le processus de nomination, de renouvellement et de destitution des membres qui président les Cours martiales permanentes

[24] Fait surprenant, les membres de la Cour sont nommés par le Ministre lui-même en vertu de l'article 177 de la *Loi sur la défense nationale* pour entendre les causes de discipline militaire émanant de son propre ministère et plaidées par son personnel juridique.

[25] En vertu des articles 4.09(3) et (5) des *ORFC*, les affectations des membres à un poste de juge militaire sont d'une durée de 2 à 4 ans et ces affectations sont renouvelables:

4.09(3) La durée fixe prévue à l'alinéa (2) doit être normalement de quatre ans et ne doit pas être moins de deux ans

4.09(5) Un officier peut être affecté de nouveau à l'un des postes mentionnés à l'alinéa (1) à l'expiration d'une durée fixe, soit initiale, soit subséquente

- a) sur recommandation du juge-avocat général dans le cas du juge militaire en chef,
- b) sur recommandation du juge militaire en chef dans les autres cas

[26] Comme notre Cour d'appel l'a décidé dans l'arrêt *R. c. Edwards* (1995), 5 C.A.C.M. 347, l'affectation des membres à un poste de juge militaire pour une durée fixe, même si cette période n'est pas à vie, garantit l'indépendance institutionnelle. Il en va de même du processus par lequel la désignation des juges pour les causes à être entendues se fait maintenant par le juge militaire en chef et non plus par l'autorité convocatrice qui désignait aussi les procureurs à charge (*R. c. Edwards, supra*). Mais il s'agissait là des seules questions soumises à la Cour. Ce à quoi l'appellant s'en prend dans la présente affaire, ce n'est pas, comme dans l'arrêt *Edwards*, la durée des affectations au poste de juge militaire, mais au fait que ces affectations puissent être renouvelées. En d'autres termes, l'appellant soutient que la possibilité de renouvellement des affectations porte atteinte au principe de l'immovibilité des juges militaires.

[27] In our view, the fact that the posting of an officer to a military trial judge position is renewable does not necessarily lead to the conclusion that institutional independence is lacking if the reposting process is accompanied by substantial and sufficient guarantees to ensure that the Court and the military trial judge in question are free from pressure on the part of the Executive that could influence the outcome of future decisions. Unfortunately in the case at bar, the reposting is done simply at the ministerial level by the Minister himself or herself, who can decide not to renew the term of a military trial judge who has taken positions which are unpopular with the Department or more generally with the Executive. While the recommendation to renew the term of a military trial judge comes from the Chief Military Trial Judge, the Chief Military Trial Judge's own posting is also done by the Minister. And that is not all. This reposting is done on the recommendation of the Judge Advocate General who, with his or her staff, regularly argues cases for the Minister before the military trial judges and the Chief Military Trial Judge. Furthermore, while the military trial judge may only be removed for cause, a refusal to repost is entirely within the discretion of the Minister, without any protective standard or guideline which, for all practical purposes, is equivalent to removal from the performance of duties without cause. With respect to the appointment and reappointment of the Presidents of the Standing Court Martial itself, article 113.54 of the *QR&O*, and more precisely paragraphs 3 and 4, is to the same effect as article 4.09 and consequently suffers the same shortcomings. As the Presidents decide on military discipline cases where the interests of the Minister are directly in issue, the lack of standards for reappointment does not offer sufficient objective guarantees of independence.

[28] Finally, the Minister also controls the process of removing military trial judges and the Chief Military Trial Judge as well as revoking the appointment of the President of a Standing Court Martial under paragraphs 4.09(6) and 101.16(10) of the *QR&O*:

4.09(6) The posting of an officer to a position referred to in paragraph (1) may only be terminated prior to the expiration of its fixed term upon

- (a) the written request of the officer,
- (b) the officer's acceptance of a promotion,
- (c) commencement of retirement leave prior to a release under Item 4 (Voluntary) or Item 5(a) (Service completed, Retirement Age) of the table to article 15 01 (Release of Officers and Non-commissioned Members), or
- (d) direction by the Minister, under paragraph (10) of article 101 16 (Conduct of Inquiry), that the officer be removed from the performance of judicial duties

101 16(10) The Minister may, upon the recommendation of the Inquiry Committee, direct that an officer to whom this section applies be removed from the performance of judicial duties and revoke

[27] À notre avis, le fait que l'affectation d'un officier à un poste de juge militaire soit renouvelable ne conduit pas nécessairement à une conclusion d'absence d'indépendance institutionnelle si ce processus de renouvellement est assorti de garanties importantes et suffisantes pour assurer que la Cour et le juge militaire en question soient à l'abri de pressions du pouvoir exécutif pouvant influencer sur le sort des décisions à venir. Or, malheureusement dans le cas présent, le renouvellement de l'affectation se fait au simple niveau ministériel par le Ministre lui-même qui peut décider de ne pas renouveler le mandat d'un juge militaire qui a pris des positions peu prisées par son ministère ou plus généralement par l'Exécutif. La recommandation de renouveler le mandat d'un juge militaire émane du juge militaire en chef, il est vrai. Mais la ré-affectation de ce même juge militaire en chef se fait elle aussi par le Ministre. Et il y a plus. Cette ré-affectation se fait sur recommandation du juge-avocat général qui, avec ses effectifs, plaide régulièrement pour le Ministre devant les juges militaires et le juge militaire en chef. Au surplus, alors que la destitution d'un juge militaire doit se faire pour cause, un refus de renouvellement de son affectation dépend de l'entière discrétion du Ministre, sans aucune norme ou balise protectrice, ce qui, à toute fin pratique, équivaut à mettre, sans cause, un terme à ses fonctions. En ce qui a trait aux nominations et au renouvellement des mandats des Présidents de la Cour martiale permanente proprement dite, l'article 113.54 des *ORFC*, plus précisément les paragraphes 3 et 4, est au même effet que l'article 4.09 et souffre en conséquence des mêmes lacunes. Comme ceux-ci statuent sur des causes de discipline militaire où les intérêts du Ministre sont directement en jeu, l'absence de normes pour le renouvellement des mandats n'offre pas de garanties objectives suffisantes d'indépendance.

[28] Enfin, le processus de destitution des juges militaires et du juge militaire en chef de même que celui de révocation du président d'une Cour martiale permanente relèvent également du Ministre en vertu des articles 4 09(6) et 101.16(10) des *ORFC*:

4.09(6) On met fin avant terme à l'affectation d'un officier qui occupe un poste mentionné à l'alinéa (1) uniquement dans l'un ou l'autre des cas suivants

- a) à la demande écrite de celui-ci,
- b) suite à une promotion acceptée par celui-ci,
- c) dès le début du congé de fin de service précédant une libération en vertu du numéro 4 (sur demande) ou du numéro 5a) (service terminé, âge de la retraite) du tableau ajouté à l'article 15 01 (*Libération des officiers et militaires du rang*),
- d) suite à l'ordre du ministre en vertu de l'alinéa (10) de l'article 101 16 (*Conduite de l'enquête*), révoquant l'officier de tout poste comportant des fonctions judiciaires

101 16(10) Le ministre peut, sur recommandation du comité d'enquête, révoquer l'officier en cause de ses fonctions judiciaires et ordonner la révocation de

- (a) the designation of the officer as a Special General Court Martial under article 113.05 (*Designation As Special General Court Martial*), and
 (b) the appointment of the officer as President of a Standing Court Martial under article 113.54 (*Appointment – Standing Courts Martial*)

- a) la désignation de l'officier à titre de cour martiale générale spéciale en vertu de l'article 113.05 (*Désignation comme cour martiale générale spéciale*);
 b) la nomination de l'officier à titre de président d'une cour martiale permanente en vertu de l'article 113.54 (*Nomination du président d'une cour martiale permanente*)

[29] Furthermore, the Minister exercises this power on the recommendation of an Inquiry Committee. The holding of an inquiry, during which the military trial judge in question has a full opportunity to be heard, may at first glance constitute a sufficient restriction on the power of termination for the purposes of section 11(d). However in the case at bar, not only is the majority of the Inquiry Committee, which consists of three members, composed of members of the Executive, but its Chairman is the Judge Advocate General who, in addition to appearing before the Standing Court Martial, is the principal advisor to the Executive in relation to the cases argued before that Court:

[29] En outre, le Ministre exerce ce pouvoir sur recommandation d'un comité d'enquête. La tenue d'une enquête, au cours de laquelle le juge militaire visé a pleinement l'occasion de se faire entendre, peut constituer à première vue une restriction suffisante du pouvoir de révocation pour les fins de l'article 11d). Mais, dans le cas présent, le comité d'enquête, qui est composé de trois membres, est non seulement majoritairement formé de membres de l'Exécutif, mais il est présidé par le juge-avocat général qui, en plus de comparaître devant la Cour martiale permanente, est le conseiller principal de l'Exécutif en rapport avec les causes plaidées devant ladite Cour:

101 14(2) Where an inquiry is in respect of an officer of the Regular Force, the Inquiry Committee shall consist of the Judge Advocate General, the Colonel Commandant of the Legal Branch of the Canadian Forces and the Chief Military Trial Judge

101 14(2) Lorsqu'une enquête se rapporte à un officier de la force régulière, le comité d'enquête est formé du juge-avocat général, du colonel commandant des services juridiques des Forces canadiennes et du juge militaire en chef

101 14(4) The Chairman of the Inquiry Committee shall be the Judge Advocate General

101 14(4) Le président du comité d'enquête est le juge-avocat général

An informed person can reasonably conclude that the office of military trial judge is not free from discretionary or arbitrary intervention by the Executive or by the authority responsible for appointments.

La personne bien informée peut raisonnablement penser que la charge de juge militaire n'est pas à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'Exécutif ou de l'autorité responsable des nominations.

[30] This process for removing military trial judges is in sharp contrast to the process for removing federally appointed judges where the power to order the holding of an inquiry or investigation lies with the Canadian Judicial Council which, pursuant to its by-laws, must exercise that power in full Council. The Council alone, the composition of which is not dominated by the Executive, may recommend to the Minister of Justice that a judge be removed from office, and the power to remove a judge lies with the Governor in Council, except if an address of the Senate or House of Commons or a joint address of both houses is required (*Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, ss. 63, 65 and 69; *Canadian Judicial Council By-Laws*).

[30] Ce processus de révocation d'un juge militaire contraste singulièrement avec celui des juges de nomination fédérale où le pouvoir d'ordonner la tenue d'une enquête appartient au Conseil canadien de la Magistrature qui, en vertu de ses règlements, doit l'exercer en séance plénière. Seul le Conseil, dont la composition n'est pas dominée par l'Exécutif, peut recommander la révocation d'un juge au Ministre de la Justice. Et le pouvoir de révocation appartient au Gouverneur général en conseil, sauf si la révocation nécessite une adresse du Sénat ou de la Chambre des communes ou une adresse conjointe des deux (*Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch J-1, art. 63, 65 et 69; *Règlement administratif du Conseil canadien de la Magistrature*).

[31] Similarly, the *Quebec Courts of Justice Act* (R.S.Q., c. T-16) provides substantial guarantees of independence concerning inquiries and removal for provincially appointed judges. The inquiry is conducted by the Conseil de la magistrature (sections 263 *et seq.*) which is independent of the Executive and it is the Conseil which submits the report of its inquiry to the Minister of Justice (section 277), who may file a motion with the Court of Appeal to remove a

[31] De même, la *Loi sur les tribunaux judiciaires* du Québec (L.R.Q., c. T-16) offre aux juges de nomination provinciale des garanties d'indépendance importantes en matière d'enquête et de révocation. L'enquête est menée par le Conseil de la magistrature (articles 263 et suivants) qui est indépendant de l'Exécutif et c'est lui qui transmet un rapport d'enquête au Ministre de la Justice (article 277), lequel peut saisir la Cour d'appel d'une demande de

judge (section 279). The Government may remove a judge only upon a report to this effect by the Court of Appeal (section 95) (See also the Ontario *Courts of Justice Act* (R.S.O. 1990, c. C-43) where the removal of a provincial judge is made by order of the Lieutenant Governor on the address of the Legislative Assembly. The investigation of the conduct of a judge is conducted by a subcommittee of the Judicial Council composed of a provincial judge and a person who is neither a judge nor a lawyer (sections 51.3, 51.4 and 51.8)). As professors Brun and Tremblay state in *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1997, page 791, [TRANSLATION] Awhen all is said and done, it is accordingly the judiciary itself which decides on the criteria and the standards of good conduct as well as, need we add, compliance with these standards. Furthermore, the Executive cannot appoint the majority of the members of a Judicial Council (*R. v. Temela* (1992), 71 C.C.C. (3d) 276 (N.W.T.C.A.)).

[32] In short, if one wanted to apply the existing principles for Courts martial to the judges of the civil jurisdictions, the judges of the Court of Quebec, for example, would have to be appointed by the Minister of Justice, the positions of these judges would have to be assigned to and located within the litigation section of the department, to hear the department's cases, argued by counsel for the department, on behalf of the Minister of Justice and the Executive, over and above the fact that the appointments of these judges would have to be for short terms only and that the power to re-appoint them would lie with the Minister of Justice, and that his or her Deputy Minister would have an influential role at certain crucial stages of the process. This is a completely unacceptable situation in the civil context. The acknowledged need for military discipline and for special courts to enforce it is not sufficient to justify such a significant and fundamental infringement of the principle of the separation of powers, especially because military personnel who face charges based on the *Criminal Code* have the right to essentially the same guarantees offered by criminal and constitutional law as ordinary citizens (except the right to a trial by jury, section 11(f) of the Charter).

[33] The organizational and institutional relationship among the Minister, the Judge Advocate General and the members of his or her Office who represent the Executive, and the military trial judges who hear the Department's cases does not, in our view, afford sufficient guarantees of institutional impartiality and independence. A reasonable person who became aware of the prevailing state of the law and the embarrassingly close relationship which exists between the Executive and the judiciary could only conclude, or at least would be justified in perceiving

destitution d'un juge (article 279). La destitution d'un juge ne peut alors être faite par le gouvernement que sur un rapport en ce sens de la Cour d'appel (article 95). (Voir aussi la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario (R.S.O. 1990, c. C-43) où la destitution d'un juge de nomination provinciale est faite par décret du Lieutenant-Gouverneur à la suite d'une demande de l'Assemblée législative. L'enquête sur la conduite d'un juge est menée par un sous-comité du Conseil de la Magistrature composé d'un juge provincial et d'une personne qui n'est ni juge ni avocat (articles 51.3, 51.4 et 51.8)). Comme le mentionnent les professeurs Brun et Tremblay, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1997, p. 791, «c'est donc en définitive le pouvoir judiciaire lui-même qui décide des critères et normes de bonne conduite» ainsi que, faut-il ajouter, du respect de ces normes. Au surplus, l'Exécutif ne peut nommer la majorité des membres d'un Conseil de la Magistrature (*R. v. Temela* (1992), 71 C.C.C. (3d) 276 (C.A. T.N.O.)).

[32] En somme, si l'on voulait appliquer aux juges des juridictions civiles les principes existants pour les Cours martiales, il faudrait que, par exemple, les juges de la Cour du Québec soient nommés par le Ministre de la Justice, que ces postes de juges soient affectés et se retrouvent au sein du contentieux juridique du ministère, pour entendre les causes du ministère, plaidées par les avocats du ministère, pour le Ministre de la Justice et l'Exécutif, sans compter que les affectations de ces juges seraient pour de courtes périodes seulement et que le pouvoir de renouvellement des juges appartiendrait au Ministre de la Justice et que son Sous-ministre bénéficierait d'un rôle influent à certaines étapes cruciales du processus. Il s'agit là d'une situation carrément inacceptable dans le contexte civil. Or, le besoin reconnu de discipline militaire, et de tribunaux d'exception pour l'appliquer, ne saurait justifier une atteinte aussi importante et fondamentale au principe de la séparation des pouvoirs, d'autant plus que le personnel militaire qui fait face à des accusations fondées sur le *Code criminel* a droit sensiblement aux mêmes garanties des droits criminel et constitutionnel qu'un citoyen ordinaire (sauf celles du procès par jury, article 11f) de la Charte).

[33] La relation organisationnelle et institutionnelle entre le Ministre, le juge-avocat général et les membres de son Cabinet qui représentent l'Exécutif et les juges militaires qui entendent les causes du ministère n'offre pas, à notre avis, de garanties suffisantes d'impartialité et d'indépendance institutionnelles. Une personne raisonnable prenant connaissance de l'état de droit prévalant et de la promiscuité gênante qui existe entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire ne pourrait que conclure, ou du moins serait justifiée de percevoir et de croire, que les

and believing, that the Presidents of the Standing Courts Martial are not free from pressure by the Executive at the institutional level. In other words, such a person could reasonably conclude that the military trial judges act through the Executive, with the Executive and for the Executive.

[34] In addition to this information, which already tells us much of significance, there is, more specifically, the question of the financial security of the persons thus appointed. Pursuant to article 204.22 of the *QR&O*, the pay of a legal officer performing judicial duties is equal to the maximum of the annual range prescribed for a legal officer of the same rank:

204 22(1) This article applies to a legal officer who holds a military trial judge position in accordance with article 4 09 (*Performance of Judicial Duties at Court Martial*).

204 22(2) The basic pay of a legal officer to whom this article applies shall be at an annual rate, payable on a monthly basis, that is equal to the maximum of the annual range prescribed in the table to article 204 218 (*Pay – Officers – Legal*) for a legal officer of the same rank

Under article 26.10 of the *QR&O*, legal officers cannot receive merit pay and performance evaluations when posted to a military trial judge position.

[35] The salary structure of military trial judges does not offer the financial security that has been required at the institutional level since the decision in the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, supra*. To reduce the salaries of military trial judges, all the government has to do is to reduce the salary ranges of the legal officers. Military trial judges have no independent, effective and objective mechanism for depoliticizing the process by which their compensation is determined and avoiding the possibility of political interference through economic manipulation.

[36] At page 99 of the *Reference, supra*, Lamer C.J. stated that if judges' salaries were set by the same process as the salaries of public sector employees, there might well be reason to be concerned about judicial independence. In our view, this is precisely what article 204.22 of the *QR&O* does. Furthermore, the mechanism selected for determining salaries equates military trial judges with the legal officers who argue cases before them. It is therefore almost inevitable that relations between the Executive and the judiciary will become confused, if we remember that military trial judges, like legal officers, also belong to the Office of the Judge Advocate General who argues cases before them. Once again, an informed observer would

présidents des Cours martiales permanentes ne sont pas, au plan institutionnel, à l'abri des pressions du pouvoir exécutif. En d'autres termes, une telle personne pourrait vraisemblablement conclure que les juges militaires agissent par l'Exécutif, avec l'Exécutif et pour l'Exécutif.

[34] À ces données déjà très révélatrices et significatives s'ajoute, de façon plus particulière, la question de la sécurité financière des personnes ainsi nommées. En effet, en vertu de l'article 204.22 des *ORFC*, le salaire des avocats militaires exerçant des fonctions judiciaires est égal au maximum de l'échelle annuelle prescrite pour un avocat militaire de même grade:

204 22(1) Cet article s'applique à un avocat militaire qui occupe un poste de juge militaire visé à l'article 4 09 (*Accomplissement des fonctions judiciaires aux cours martiales*)

204 22(2) La solde de base d'un avocat militaire auquel s'applique cet article est payable mensuellement à un taux annuel qui est égal au maximum de l'échelle annuelle prescrite au tableau ajouté à l'article 204 218 (*Solde – officiers – avocats*) pour un avocat militaire de même grade

Selon l'article 26 10 des *ORFC*, l'avocat militaire ne peut être rémunéré au mérite et avoir un rapport d'appréciation de rendement lorsqu'il est affecté à un poste de juge militaire.

[35] Cette structure salariale des juges militaires n'offre pas la sécurité financière requise au niveau institutionnel depuis le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, supra*. Il suffit au gouvernement, pour réduire le salaire des juges militaires, de baisser les échelles de traitement des avocats militaires. Les juges militaires ne disposent d'aucun mécanisme indépendant, efficace et objectif permettant de dépoliticiser le processus de détermination de leur rémunération et d'éviter la possibilité d'ingérence politique par le biais de la manipulation financière.

[36] Dans l'affaire du *Renvoi*, ci-haut précité, le juge en chef Lamer, à la page 99 de la décision, mentionne que «si les traitements des juges étaient fixés par le même mécanisme que les salaires des employés du secteur public, cela pourrait bien donner raison de s'inquiéter de l'indépendance de la magistrature». Selon nous, c'est précisément ce que fait l'article 204.22 des *ORFC*. Plus encore, le mécanisme choisi assimile, pour fin de traitements, les juges militaires aux avocats militaires qui plaident devant eux. La confusion des relations entre l'Exécutif et le judiciaire est alors presque inévitable si l'on se rappelle que les juges militaires font aussi partie, comme les avocats militaires, du Cabinet du juge-avocat général

be justified in believing that military trial judges who preside over Standing Courts Martial have no institutional independence in terms of financial security in their dealings with the Executive.

[37] For these reasons, the appeal should be allowed in part and section 177 of the *National Defence Act* concerning the process of appointing the members of the Standing Court Martial, as well as articles 4.09(1), 4.09(5), 4.09(6), 101.14(2), 101.14(4), 101.16(10), 113.54(4) and 204.22 of the *QR&O* concerning the process of reappointing and removing military trial judges and the determination of their salaries, declared to be invalid and of no force and effect. In his memorandum, the appellant did not specifically refer to articles 101.14, 101.16 and 204.22, but it is clear that his grounds for appeal, and the resulting decision, raise the issue of the constitutionality of these articles and they must accordingly be included in the declaration of invalidity.

[38] That said, what impact does this conclusion have on the verdict of guilt made by the Standing Court Martial in the case at bar? As the whole Court is affected by this constitutional defect and there are no independent court and judges at this level to replace the Court and ensure military discipline, we believe, as the Supreme Court stated in the second *Reference*, [1998] 1 S.C.R. 3, that the doctrine of necessity must apply. Absent a real and substantial injustice specific to the instant case, the effect of applying this doctrine is to validate the convictions entered by the President of the Standing Court Martial. In the case at bar, not only did the evidence not reveal any such injustice, but the appellant admitted that on the issue of impartiality, he had no objection to the President of the Court. The appeal of the convictions will accordingly be dismissed. It is clear from the relief sought by the appellant that this is the only valid solution possible in the circumstances. He is asking us to order that a new trial be held, but any such trial would have to be held by another Standing Court Martial which would also be tainted by the same constitutional defect at the institutional level, thereby giving rise to another challenge which would be identical to the one at issue in the present case.

qui plaide devant eux. Encore là, un observateur averti serait justifié de croire que les juges militaires qui président les Cours martiales permanentes n'ont pas d'indépendance institutionnelle au plan de la sécurité financière face au pouvoir exécutif.

[37] Pour ces motifs, il y a lieu d'accueillir l'appel en partie et de déclarer invalides et inopérants l'article 177 de la *Loi sur la défense nationale* relatif au processus de nomination des membres de la Cour martiale permanente ainsi que les articles 4.09(1), 4.09(5), 4.09(6), 101.14(2), 101.14(4), 101.16(10), 113.54(4) et 204.22 des *ORFC* qui ont trait au processus de renouvellement et de destitution des juges militaires ainsi qu'à la détermination de leurs traitements. L'appellant n'a pas expressément référé dans son mémoire d'appel aux articles 101.14, 101.16 et 204.22, mais il est évident que ses motifs d'appel, et la décision qui en découle, mettent en cause la constitutionnalité de ces articles et, en conséquence, qu'ils doivent être inclus dans la déclaration d'invalidité.

[38] Ceci dit, quel impact cette conclusion a-t-elle sur les condamnations prononcées dans la présente instance par la Cour martiale permanente? Comme toute la Cour est affectée par cette lacune constitutionnelle et qu'il n'existe pas de tribunal et de juges indépendants de ce niveau pour la remplacer et assurer la discipline militaire, nous croyons qu'il faut, à l'instar de ce que mentionne la Cour suprême dans la seconde affaire du *Remoi*, [1998] 1 R.C.S. 3, appliquer la doctrine de la nécessité. En l'absence d'une injustice réelle et substantielle particularisée au présent litige, l'application de cette doctrine a pour effet de valider les condamnations rendues par le président de la Cour martiale permanente. En l'espèce, non seulement la preuve n'a-t-elle pas fait ressortir pareille injustice, mais l'appellant a admis qu'il n'avait, au plan de l'impartialité, aucun reproche à faire au Président de la Cour. L'appel des condamnations sera donc rejeté. Qu'il s'agit là de la seule solution valable et possible dans les circonstances ressort clairement des conclusions recherchées par l'appellant. En effet, celui-ci nous demande d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Or, un tel procès devrait se tenir devant une autre Cour martiale permanente qui, elle aussi, serait au plan institutionnel affectée par le même vice constitutionnel, donnant alors ouverture à une nouvelle contestation qui serait identique à celle qui a présentement cours.

[39] Lastly, given that draft amendments to the organizational structure of the Courts Martial are presently before Parliament and that it is advisable to allow the Government reasonable time to take the appropriate remedial action, we order that the declaration of invalidity of section 177 of the *National Defence Act* and articles 4.09(1), 4.09(5), 4.09(6), 101.14(2), 101.14(4), 101.16(10), 113.54(4) and 204.22 of the *QR&O* be suspended for one year from the date of this decision.

[39] Enfin, compte tenu des projets de modifications de la structure organisationnelle des Cours martiales qui sont présentement devant le Parlement et de l'opportunité d'octroyer au Gouvernement un délai raisonnable pour apporter les correctifs appropriés, nous émettons une ordonnance suspendant pour un an, à compter de la présente décision, la déclaration d'invalidité des articles 177 de la *Loi sur la défense nationale* et 4.09(1), 4.09(5), 4.09(6), 101.14(2), 101.14(4), 101.16(10), 113 54(4) et 204.22 des *ORFC*.