

R. v. Leblanc, 2011 CMAC 2

CMAC 539

Corporal A. Leblanc

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

Heard: Quebec, Quebec, April 29, 2011.

Judgment: Ottawa, Ontario, June 2, 2011.

Present: Letourneau J.A., Deschênes J.A. and Cournoyer J.A.

On appeal from the legality of a conviction by Standing Court Martial held at 3 Wing Bagotville, Quebec on October 26, 2010.

Constitutional law — S. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Ss. 165.21(2) and 165.21(3) of the National Defence Act do not provide adequate institutional independence for military courts — Five year term limit for military judges is unconstitutional.

The appellant challenges the legality of his conviction on a charge of negligent performance of duty on the basis that subsections 165.21(2) and 165.21(3) of the *National Defence Act* do not provide adequate institutional independence for judges of military courts. The charge arises out of an incident in which the appellant was found to have not been vigilant while guarding a CF-18 aircraft on standby during an event in Quebec City. Should the impugned sections be declared unconstitutional, the Standing Court Martial which found the accused guilty was formed contrary to paragraph 11(d) of the Charter, and the conviction made without legal standing. A declaration of invalidity would render Articles 101.15, 101.16, and 101.17 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* without statutory basis, and thus they would also be of no force or effect.

Held: Appeal allowed in part, subsections 165.21(2), (3), and (4) of the *National Defence Act*, and Articles 101.15, 101.16, and 101.17 are invalid, declaration of invalidity suspended for 6 months, application for personal remedies dismissed.

R. c. Leblanc, 2011 CACM 2

CMAC 539

Caporal A. Leblanc

Appelant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

Audience : Québec (Québec), le 29 avril 2011.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 2 juin 2011.

Devant : Les juges Létourneau, Deschênes et Cournoyer, J.C.A.

Appel de la légalité d'une déclaration de culpabilité prononcée par la cour martiale permanente à la 3^e Escadre Bagotville (Québec), le 26 octobre 2010.

Droit constitutionnel — Art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés — Les art. 165.21(2) et 165.21(3) de la Loi sur la défense nationale ne prévoient pas suffisamment d'indépendance institutionnelle pour les cours militaires — La limite de cinq ans au mandat des juges militaires est inconstitutionnelle.

L'appelant conteste la légalité de sa déclaration de culpabilité à l'égard d'un chef d'accusation d'exécution négligente d'un devoir au motif que les paragraphes 165.21(2) et 165.21(3) de la *Loi sur la défense nationale* n'accordent pas suffisamment d'indépendance institutionnelle aux juges des cours militaires. Le chef d'accusation découle d'un incident au cours duquel l'appelant a été pris en défaut de vigilance alors qu'il gardait un aéronef CF-18 en attente durant un événement à Québec. Si les dispositions contestées sont déclarées inconstitutionnelles, alors la cour martiale permanente, qui a reconnu l'accusé coupable et qui a été constituée en contravention de l'alinéa 11d) de la Charte, aurait alors prononcé une déclaration de culpabilité sans avoir la compétence nécessaire. En outre, une telle déclaration d'invalidité viendrait retirer le fondement juridique des articles 101.15, 101.16 et 101.17 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*. Ils seraient alors également nuls et sans effet.

Arrêt : L'appel est accueilli en partie; les paragraphes 165.21(2), (3) et (4) de la *Loi sur la défense nationale*, et les articles 101.15, 101.16, et 101.17 sont invalidés; la déclaration d'invalidité est suspendue pendant six mois; la demande de réparation personnelle est rejetée.

Due to changes in the role military judges play in the Court Martial system, they must now be allocated commensurate security of tenure to their civilian counterparts. This is underscored by the fact an accused is never given the option of trial by jury, even for the most serious offences, and the panel of a General Court Martial is selected at random, without participation by the defence. As stated in previous jurisprudence, the five year term limit for military judges prescribed in the *National Defence Act* is unconstitutional. In the instant case, as the military judge had satisfied himself according to the case law that he possessed security of tenure, a stay of proceedings was thus not an appropriate remedy.

Le rôle que jouent les juges militaires dans le système de la cour martiale a changé. Ils doivent ainsi bénéficier de la même sécurité de mandat que leurs homologues civils. C'est particulièrement important, car l'accusé n'a jamais la possibilité d'être jugé devant un jury, même dans le cas des infractions les plus graves. De plus, la formation d'une cour martiale générale est toujours constituée au hasard, sans aucune participation de la défense. Comme le mentionne la jurisprudence antérieure, la limite de cinq ans sur le mandat des juges militaires prescrit dans la *Loi sur la défense nationale* est inconstitutionnelle. En l'espèce, le juge militaire était convaincu, selon la jurisprudence, qu'il possédait une sécurité de mandat; en conséquence, la suspension des procédures n'était pas une mesure appropriée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Bill C-7, *An Act to amend the National Defence Act*, 39th Parl., 1st Sess., 2006, s. 39.
 Bill C-45, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 39th Parl., 2nd Sess., 2008, s. 38.
 Bill C-60, *An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act*, 39th Parl., 2nd Sess., 2008.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(d), 11(f).
Constitution Act, 1867, s. 99.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C-43.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 280–283.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 70, 124, 130, 139, 140, 147, 165.19, 165.21, 166, 167, 173, 174, 175 192(2), 196, 280–283.
Provincial Court Act, RSA 2000, c. P-31, s. 9.22.
Provincial Court Act, RSBC 1996, c. 379, s. 17.
Provincial Court Act, RSNS 1989, c. 238, s. 6.
Quebec Courts of Justice Act, CQLR, c. T-16, ss. 92.1, 95.
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O, online: <https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/policies-standards/queens-regulations-orders.html>), arts. 15.17(3), 15.17(5), 101.15, 101.16, 101.17, 111.03(1).

CASES CITED

- Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. Nouveau-Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286; *R. v. Bergeron* (1999), 6 C.M.A.R. 104, 136 C.C.C. (3d) 327; *R. v. Brocklebank*, 5 C.M.A.R. 390,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11d), 11f).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 280–283.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 99.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 70, 124, 130, 139, 140, 147, 165.19, 165.21, 166, 167, 173, 174, 175, 192(2), 196, 280–283.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C-43.
Loi sur les tribunaux judiciaires, RLRQ, ch. T-16, art. 92.1, 95.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/ministere-defense-nationale/organisation/politiques-normes/ordonnances-reglements-royaux.html>), art. 15.17(3), 15.17(5), 101.15, 101.16, 101.17, 111.03(1).
 Projet de loi C-7, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale*, 39^e lég., 1^{re} sess., 2006, art. 39.
 Projet de loi C-45, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 39^e lég., 2^e sess., 2008, art. 38.
 Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence*, 39^e lég., 2^e sess., 2008.
Provincial Court Act, RSA 2000, c. P-31, art. 9.22.
Provincial Court Act, RSBC 1996, c. 379, art. 17.
Provincial Court Act, RSNS 1989, c. 238, art. 6.

JURISPRUDENCE CITÉE

- Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *R. c. Bergeron* (1999), 6 C.A.C.M. 104, 136 C.C.C. (3^d) 327; *R. c. Brocklebank*,

1996 CanLII 12045; *R. v. Brown*, 5 C.M.A.R. 280, 35 C.R. (4th) 318, [1995] C.M.A.J. No. 1 (QL); *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *R. v. Deneault* (1994), 5 C.M.A.R. 182, 167 N.R. 138; *R. v. Dunphy*, 2007 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 97; *R. v. Edwards*, 5 C.M.A.R. 347, [1995] C.M.A.J. No. 10 (QL); *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, 88 D.L.R. (4th) 110; *R. v. Hoddinott*, 2006 CM 24, 2006 CarswellNat 6448; *R. v. Joseph*, 2005 CM 41, 2006 CarswellNat 3031; *R. v. Laflamme*, 5 C.M.A.R. 145, [1993] C.M.A.J. no 4 (QL); *R. v. Lasalle*, 2005 CM 46, 2005 CarswellNat 5919; *R. v. Lauzon* (1998), 6 C.M.A.R. 19, 230 N.R. 272; *R. v. Middlemiss*, 2008 CM 1025, 2008 CarswellNat 5235; *R. v. Nguyen*, 2005 CM 57, 57 Admin. L.R. (4th) 205; *R. v. Parsons*, 2005 CM 16, 2006 CarswellNat 4711; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Semrau*, 2010 CM 1004, 87 W.C.B. (2d) 399; *R. v. Wilcox*, 2009 CM 2006, 83 W.C.B. (2d) 23.

AUTHORS CITED

Lamer, Right Honourable Antonio. “The First Independent Review of the provisions and operation of Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998, c. 35”. Submitted to the Minister of National Defence, September 3, 2003 (on-line: <http://mgerc-ceegm.gc.ca/documents/lamer-eng.pdf>).

COUNSEL

Major Éric Charland, Major Edmund Thomas, for the appellant.
Commander Martin Pelletier, for the respondent.

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

LÉTOURNEAU J.A.

I. Issues

[1] The appellant was charged and convicted, pursuant to section 124 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (Act), of having negligently performed a military duty imposed on him.

[2] He was convicted on February 5, 2010, by Judge Perron (judge), who was at that time President of the Standing Court Martial assigned to hear the case. That same day, the appellant was sentenced to pay a \$500 fine.

5 C.A.C.M. 390, 1996 CanLII 12045; *R. c. Brown*, 5 C.A.C.M. 280, 35 C.R. (4th) 318, [1995] A.C.A.C. n° 1 (QL); *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *R. c. Deneault* (1994), 5 C.A.C.M. 182, 167 N.R. 138; *R. c. Dunphy*, 2007 CACM 1, 7 C.A.C.M. 97; *R. c. Edwards*, 5 C.A.C.M. 347, [1995] A.C.A.C. n° 10 (QL); *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, 88 D.L.R. (4th) 110; *R. c. Hoddinott*, 2006 CM 24, 2006 CarswellNat 6448; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Joseph*, 2005 CM 41, 2006 CarswellNat 4798; *R. c. Laflamme*, 5 C.A.C.M. 145, [1993] A.C.A.C. n° 4 (QL); *R. c. Lasalle*, 2005 CM 46, 2005 CarswellNat 5920; *R. c. Lauzon* (1998), 6 C.A.C.M. 19, 230 N.R. 272; *R. c. Middlemiss*, 2008 CM 1025, 2008 CarswellNat 5564; *R. c. Nguyen*, 2005 CM 57, 57 Admin. L.R. (4th) 205; *R. c. Parsons*, 2005 CM 16, 2006 CarswellNat 6065; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Semrau*, 2010 CM 1004, 87 W.C.B. (2d) 399; *R. c. Wilcox*, 2009 CM 2006, 83 W.C.B. (2d) 23.

DOCTRINE CITÉE

Lamer, le très honorable Antonio. « Le premier examen indépendant des dispositions et de l'application du projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, conformément à l'article 96 des Lois du Canada 1998, ch. 35 ». Présenté au ministre de la Défense nationale, le 3 septembre 2003 (en ligne : <http://mgerc-ceegm.gc.ca/documents/lamer-fra.pdf>).

AVOCATS

Major Éric Charland et Major Edmund Thomas, pour l'appellant.
Commandant Martin Pelletier, pour l'intimée.

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.

I. Les questions en litige

[1] L'appellant fut accusé et trouvé coupable en vertu de l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (Loi) d'avoir exécuté négligemment une tâche militaire qui lui était confiée.

[2] Sa déclaration de culpabilité fut prononcée le 5 février 2010 par le juge Perron (juge), alors président de la cour martiale permanente saisie de la cause. Ce même jour, l'appellant fut condamné à payer une amende de 500 \$.

[3] He is appealing the legality of the guilty verdict as well as the judge's decision to dismiss his motion to have the Standing Court Martial declared unconstitutional as constituted under sections 173 and 174 of the Act. The unconstitutionality, it was alleged at the court martial, would arise from the fact that military judges are appointed for five-year, renewable terms and that the appointment process does not provide the institutional guarantees of independence mandated by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) in that it breaches paragraph 11(d) of the Charter, which gives an accused the right to a hearing by an independent and impartial tribunal.

[4] The appellant was seeking from the judge a declaration of constitutional invalidity for subsection 165.21(2) of the Act, and a declaration that subsection 165.21(3) of the Act is of no force or effect. As a corollary to this, he sought, on the ground that they have no statutory basis, to have articles 101.15, 101.16 and 101.17 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* [QR&O] as amended by Order in Council P.C. 2008-0548 dated March 11, 2008, declared invalid and of no force and effect.

[5] Lastly, he sought, as an individual remedy, a stay of the proceedings against him.

[6] For the reasons that follow, I would agree with his allegation that the process of appointing military judges for five-year, renewable terms breaches the guarantees provided under paragraph 11(d) of the Charter. However, I would dismiss his application for a stay of proceedings and his appeal of the guilty verdict. Before doing so, however, it is necessary to briefly review the facts and circumstances surrounding the offence as well as the constitutional facts giving rise to the dispute.

II. The facts and circumstances surrounding the commission of the offence and the constitutional facts giving rise to the dispute

A. *The facts and circumstances surrounding the commission of the offence*

[7] The offence imputed to the appellant was committed on October 19, 2008, at about 11 a.m. He, along with other

[3] Il interjette appel de la légalité du verdict de culpabilité ainsi que de la décision du juge rejetant sa requête pour faire déclarer inconstitutionnelle la cour martiale permanente telle que constituée en vertu des articles 173 et 174 de la Loi. L'inconstitutionnalité, fut-il allégué en cour martiale, proviendrait du fait que les juges militaires sont nommés pour un terme de cinq ans renouvelable et que ce processus de nomination n'offre pas les garanties institutionnelles d'indépendance mandatées par la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte) en ce qu'il viole l'alinéa 11d) de la Charte qui confère à un accusé le droit d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant.

[4] L'appelant sollicitait du juge une déclaration d'inconstitutionnalité du paragraphe 165.21(2) et d'inopérabilité du paragraphe 165.21(3) de la Loi. Comme corollaire, il réclamait, au motif qu'ils n'ont pas de fondement législatif, que soient déclarés invalides et inopérants les articles 101.15, 101.16 et 101.17 des *Ordonnances et Règlements Royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC) tels que modifiés par le décret P.C. 2008-0548 du 11 mars 2008.

[5] Enfin, il demandait comme remède individuel un arrêt des procédures prises contre lui.

[6] Pour les motifs qui suivent, je répondrais par l'affirmative à son allégation que le processus de nomination des juges militaires pour un mandat de cinq ans renouvelable viole les garanties de l'alinéa 11d) de la Charte. Cependant, je rejetterais sa demande d'arrêt des procédures et son appel à l'encontre du verdict de culpabilité. Mais auparavant s'impose un bref sommaire des faits et des circonstances entourant l'infraction ainsi que des faits constitutionnels à la source du litige.

II. Les faits et les circonstances entourant la commission de l'infraction et les faits constitutionnels à la source du litige

A. *Les faits et les circonstances entourant la commission de l'infraction*

[7] L'infraction reprochée à l'appelant fut commise le 19 octobre 2008, vers les 11 heures. Avec d'autres militaires,

members of the military, was tasked with guarding CF-18 aircraft at Canadian Forces Base Bagotville in Quebec. These aircraft were on standby for the Sommet de la Francophonie, which was being held in the city of Québec.

[8] Surveillance was carried out as follows. One group controlled access to the base and two teams guarded the aircraft on the tarmac. The appellant was part of one of these two teams.

[9] The appellant and Corporal Tremblay were on the lookout in a truck parked near Hangar 7. The appellant was in the passenger seat, and his partner was in the driver's seat. Each of them had a C-7 rifle in their possession and rounds of ammunition. The weapons were on the back seat of the truck.

[10] Corporal Tremblay got out of the truck and went to the washroom, which was inside the hangar. He was away for about five minutes. During that time, Sergeant Campbell, who was alone in his truck, drove up to the appellant's vehicle. He pulled up next to the appellant's side of the truck.

[11] Corporal Tremblay returned to his truck and opened the driver's door. He then told the appellant that Sergeant Campbell, who was beside him, wanted to speak to him.

[12] Sergeants Campbell and Langlois were called as witnesses for the prosecution. The appellant and his partner, Corporal Tremblay, testified for the defence. At the end of the hearing, the judge noted as evidence that the appellant "was reclining and had his eyes closed for at least 10 seconds": see Appeal Book, Vol. 1, at page 148. He found that the appellant "was not vigilant from the time when Sergeant Campbell stopped close to his vehicle to when Corporal Tremblay opened his door": see Appeal Book, Vol. 1, at page 148. The judge then ruled that the duty that had been assigned to the appellant was assigned in an operational context and, given the fact that he was alone in the vehicle at the time, his lack of vigilance constituted a marked departure from the standard of care expected of him in performing his duty to guard the aircraft: see Appeal Book, Vol. 1, at page 149. Hence the guilty verdict and sentence.

il avait la tâche d'assurer la protection des aéronefs CF-18 à la Base des Forces canadiennes de Bagotville au Québec. Ces appareils étaient en état d'alerte pour le Sommet de la Francophonie qui se tenait dans la ville de Québec.

[8] La surveillance s'effectuait de la façon suivante. Un groupe contrôlait l'accès à la base et deux équipes surveillaient les aéronefs qui étaient sur le tarmac. L'appelant faisait partie de l'une de ces deux équipes.

[9] L'appelant et le caporal Tremblay faisaient le guet à partir d'un camion stationné près du hangar numéro 7. L'appelant occupait le siège du passager, son compagnon celui du conducteur. Ils étaient chacun en possession d'une carabine C-7 avec munitions au soutien. Les armes se trouvaient sur la banquette arrière du camion.

[10] Le caporal Tremblay quitta le camion pour se rendre à la toilette sise dans le hangar. Son absence dura environ cinq minutes. Pendant ce temps, le sergent Campbell, qui était seul dans son camion, s'est approché de celui dans lequel se trouvait l'appelant. Il s'est arrêté en parallèle à la hauteur de ce dernier, du côté de l'appelant.

[11] À son retour à son camion, le caporal Tremblay a ouvert la porte du conducteur. Il a alors informé l'appelant que le sergent Campbell qui se trouvait à côté désirait lui parler.

[12] Les sergents Campbell et Langlois furent appelés comme témoins de la poursuite. L'appelant et son compagnon, le caporal Tremblay, ont témoigné en défense. Au terme de l'audition, le juge a retenu comme preuve que l'appelant « était assis dans une position inclinée et qu'il avait les yeux fermés pour une période d'au moins 10 secondes » : voir dossier d'appel, vol. 1, à la page 148. Il a conclu que l'appelant « n'était pas vigilant au moment où le sergent Campbell s'est arrêté près de son véhicule jusqu'au moment où le caporal Tremblay a ouvert sa portière » : voir dossier d'appel, vol. 1, à la page 148. Il a ensuite statué que la tâche confiée à l'appelant s'effectuait dans un contexte opérationnel et, du fait que ce dernier se trouvait seul dans le véhicule à ce moment-là, son manque de vigilance représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'on attendait de lui dans l'exécution de sa tâche de surveillance des aéronefs : voir dossier d'appel, vol. 1, à la page 149. De là le verdict de culpabilité et la sentence.

B. The constitutional facts giving rise to the dispute

[13] Section 165.21 of the Act provides that military judges are appointed for five-year terms, which are renewable on the recommendation of an Inquiry Committee established under regulations made by the Governor in Council. It reads as follows:

Military Judges

Appointment

165.21 (1) The Governor in Council may appoint officers who are barristers or advocates of at least ten years standing at the bar of a province to be military judges.

Tenure of office and removal

(2) A military judge holds office during good behaviour for a term of five years but may be removed by the Governor in Council for cause on the recommendation of an Inquiry Committee established under regulations made by the Governor in Council.

Powers of Inquiry Committee

(2.1) The Inquiry Committee is deemed to have the powers of a court martial.

Re-appointment

(3) A military judge is eligible to be re-appointed on the expiry of a first or subsequent term of office on the recommendation of a Renewal Committee established under regulations made by the Governor in Council.

Retirement age

(4) A military judge ceases to hold office on reaching the retirement age prescribed by the Governor in Council in regulations.

Military judges have security of tenure during their five-year term, but may be removed by the Governor in Council for cause.

[14] According to the appellant, the fact that the terms are for a short period and the fact that they are subject to renewal compromise the level of security of tenure required by the Charter in order for a military judge to be

B. Les faits constitutionnels à la source du litige

[13] L'article 165.21 de la Loi prévoit que les juges militaires sont nommés pour des mandats de cinq ans, renouvelable sur recommandation d'un comité d'enquête établi par règlement du gouverneur en conseil. Il se lit :

Juges militaires

Nomination

165.21 (1) Le gouverneur en conseil peut nommer juge militaire tout officier qui est avocat inscrit au barreau d'une province depuis au moins dix ans.

Durée du mandat et révocation

(2) Un juge militaire est nommé à titre inamovible pour un mandat de cinq ans, sous réserve de révocation motivée par le gouverneur en conseil sur recommandation d'un comité d'enquête établi par règlement du gouverneur en conseil.

Pouvoirs du comité d'enquête

(2.1) Le comité d'enquête est réputé avoir les pouvoirs d'une cour martiale.

Nouveau mandat

(3) Le mandat des juges militaires est renouvelable sur recommandation d'un comité d'examen établi par règlement du gouverneur en conseil.

Âge de la retraite

(4) Le juge militaire cesse d'occuper sa charge dès qu'il atteint l'âge fixé par règlement du gouverneur en conseil pour la retraite.

Durant leur terme de cinq ans, les juges sont inamovibles, sous réserve de révocation motivée par le gouverneur en conseil.

[14] Selon l'appellant, le fait que les mandats soient de courte durée ainsi que le fait qu'ils puissent être renouvelés compromettent le degré d'inamovibilité requis par la Charte pour qu'un juge militaire puisse

able to constitutionally preside at a standing court martial. The appellant argued that a person might reasonably believe that a military judge could be tempted to deliver decisions that would increase the chances that his or her term would be renewed or would not compromise those chances, or that might help them curry favour with the executive if his or her term was not renewed.

[15] I reproduce articles 101.15 to 101.17 of the QR&O, which set out the reappointment process and mechanism:

Section 3 — Reappointment of Military Judges

101.15 — ESTABLISHMENT OF RENEWAL COMMITTEE

For the purpose of subsection 165.21(3) of the National Defence Act there is hereby established a committee to be known as the Renewal Committee consisting of one person, being the Chief Justice of the Court Martial Appeal Court. (11 March 2008)

(G) (P.C. 2008-0548 of 11 March 2008)

101.16 — NOTIFICATION BY MILITARY JUDGE

A military judge seeking reappointment shall notify the Renewal Committee and the Minister not earlier than six months, and not later than two months, prior to the expiration of the military judge's appointment. (11 March 2008)

(G) (P.C. 2008-0548 of 11 March 2008)

101.17 — RECOMMENDATION BY RENEWAL COMMITTEE

(1) The Renewal Committee shall, upon receipt of notification under article 101.16 (Notification by Military Judge) and before the expiration of the appointment of the military judge concerned, make a recommendation to the Governor in Council concerning the renewal of the appointment of the military judge. (11 March 2008)

(2) In making its recommendation the Renewal Committee shall not consider the record of judicial decisions of the military judge concerned. (11 March 2008)

(G) (P.C. 2008-0548 of 11 March 2008)

constitutionnellement présider une cour martiale permanente. Une personne pourrait raisonnablement croire, dit-il, qu'un juge militaire puisse être amené à rendre des décisions qui augmentent les chances de renouvellement de son mandat ou ne les compromettent pas, ou qui peuvent lui attirer les bonnes grâces de l'exécutif si jamais son mandat n'était pas renouvelé.

[15] Je reproduis les articles 101.15 à 101.17 des ORFC qui décrivent le mécanisme et le processus de renouvellement des mandats :

Section 3 – Renouvellement du mandat des juges militaires

101.15 – COMITÉ D'EXAMEN

Est établi, pour l'application du paragraphe 165.21(3) de la Loi sur la défense nationale, un comité d'examen constitué d'un seul membre, soit le juge en chef de la Cour d'appel de la cour martiale. (11 mars 2008)

(G) (P.C. 2008-0548 du 11 mars 2008)

101.16 – AVIS DU JUGE MILITAIRE

Le juge militaire qui souhaite voir son mandat renouvelé en avise le comité d'examen et le ministre au plus tôt six mois et au plus tard deux mois avant la fin du mandat. (11 mars 2008)

(G) (P.C. 2008-0548 du 11 mars 2008)

101.17 – RECOMMANDATION DU COMITÉ D'EXAMEN

(1) Une fois avisé suivant l'article 101.16 (Avis du juge militaire), le comité d'examen présente au gouverneur en conseil, avant la fin du mandat du juge militaire en cause, sa recommandation quant au renouvellement du mandat en question. (11 mars 2008)

(2) Le comité d'examen ne tient pas compte dans sa recommandation des décisions rendues par le juge militaire en cause. (11 mars 2008)

(G) (P.C. 2008-0548 du 11 mars 2008)

III. History of litigation related to the constitutional validity of fixed renewable terms for military judges

[16] The issue underlying the constitutional question in this appeal is not new. It has been the subject of conflicting court martial decisions and debate before this Court.

[17] In *R. v. Edwards* (1995), 5 C.M.A.R. 347 and *R. v. Lauzon* (1998), 6 C.M.A.R. 19, this Court determined that fixed terms, when protected from interference by the executive for the period of the term, met the requirements of security of tenure, and that the principle that the terms of military judges were renewable did not infringe on the requirements of institutional independence 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”: *Lauzon*, above, at paragraph 27.

[18] The issue was once again the subject of a thorough analysis by Chief Military Judge Dutil in *R. v. Nguyen*, 2005 CM 57; *R. v. Lasalle*, 2005 CM 46; *R. v. Hoddinott*, 2006 CM 24; *R. v. Middlemiss*, 2008 CM 1025; and *R. v. Semrau*, 2010 CM 1004.

[19] Essentially, the Chief Military Judge asked himself whether the numerous amendments made to the Act since *Edwards* and *Lauzon*, above, and *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, all of which, in his view, have had a significant impact on the function of military judges, had not in fact undermined the security of tenure of military judges to such an extent that it no longer complied with the requirements of the Charter.

[20] After conducting a detailed review of the amendments to the Act and to the organization of military justice, he determined the following at paragraph 65 of *Nguyen*:

[65] The nature of the duties and the increased role of the military judge, as clearly indicated in the current statutory and regulatory provisions, ensure that a fixed

III. L’historique des litiges relatifs à la validité constitutionnelle des mandats à terme renouvelables des juges militaires

[16] La problématique qui sous-tend la question constitutionnelle dans le présent appel n’est pas nouvelle. Elle a fait l’objet de décisions contradictoires en cour martiale et de questionnement devant notre Cour.

[17] Dans les arrêts *R. c. Edwards* (1995), 5 C.A.C.M. 347 et *R. c. Lauzon* (1998), 6 C.A.C.M. 19, notre Cour a conclu que les mandats à terme, avec protection contre l’ingérence de l’exécutif pendant la période du terme, rencontraient les exigences de l’inamovibilité, et que le principe du renouvellement de ces mandats pour les juges militaires n’enfreignait pas les exigences de l’indépendance institutionnelle si « le processus de renouvellement était 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 influer sur le sort des décisions à venir » : *Lauzon*, précité, au paragraphe 27.

[18] La question fit à nouveau l’objet d’examen minutieux par le juge militaire en chef Dutil dans les arrêts *R. c. Nguyen*, 2005 CM 57; *R. c. Lasalle*, 2005 CM 46; *R. c. Joseph*, 2005 CM 41; *R. c. Hoddinott*, 2006 CM 24; *R. c. Middlemiss*, 2008 CM 1025; et *R. c. Semrau*, 2010 CM 1004.

[19] Essentiellement, le juge militaire en chef s’est demandé si les nombreux changements apportés à la Loi depuis les arrêts *Edwards* et *Lauzon*, précités, et *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, lesquels ont eu un impact important, dit-il, sur la fonction de juge militaire, n’avaient pas eu pour effet de miner les garanties d’inamovibilité des juges militaires au point de ne plus rencontrer les exigences de la Charte.

[20] Après avoir fait une revue détaillée des modifications apportées à la Loi et à l’organisation de la justice militaire, il conclut ainsi au paragraphe 65 de l’arrêt *Nguyen* :

[65] La nature des fonctions et le rôle accru du juge militaire tel qu’il ressort clairement des dispositions législatives et réglementaires en vigueur font en sorte

term no longer complies with the minimum requirements of section 11(d) of the *Charter*, in the context of military justice and the evolution of the law in matters of judicial independence. This Court is persuaded that a reasonable and sensible person, informed of the relevant statutory provisions, their history and the traditions surrounding them, after considering the issue in a realistic and practical way — and after examining it in depth — would conclude that a military judge appointed to hold office during good behaviour for a term of five years, and who is presiding at a standing court martial — or any other court martial — does not enjoy such security of tenure as to be able to try the cases that come before him on the merits without intervention by anyone from outside in the manner in which the judge conducts the case and delivers his decision. The Court concludes, on the basis of all the evidence filed in this Court, that this violation has not been justified within the framework of the section 1 *Charter* review.

[21] Further on, at paragraph 68, he states that the “appointment of a military judge for a fixed renewable term of office does not adequately reflect the increase in the status and powers conferred on military judges under the present legislation and in the context of a modern Canadian society”.

[22] In order to maintain the integrity of the military criminal justice system as well as an independent and impartial court martial, the Chief Military Judge used the severance method. He kept section 165.21 of the Act in force, but removed the words “for a term of five years” from subsection 165.21(2) of the Act. He declared subsection 165.21(3) of the Act, which allows for reappointments, inoperative, and made the necessary concordance amendments to the relevant articles of the QR&O to remedy their constitutional invalidity. These sections, it should be recalled, provide the scheme governing the said reappointment process.

[23] Judge Lamont, in *R. v. Parsons*, 2005 CM 16 and *R. v. Wilcox*, 2009 CM 2006, invoked the rule of *stare decisis*. He applied the findings and principles set out by our Court in *Lauzon*, above, which led him to find that five-year, renewable terms are constitutionally valid.

[24] Judge Lamont nonetheless found, in *Parsons*, that the reappointment process for military judges did not provide

qu’un mandat fixe ne respecte plus les exigences minimales de l’article 11d) de la Charte, dans le contexte de la justice militaire et de l’évolution du droit en matière d’indépendance judiciaire. Cette Cour est convaincue qu’une personne raisonnable et sensée, informée des dispositions législatives pertinentes, de leur historique et des traditions les entourant, après avoir envisagé la question de façon réaliste et pratique — et après l’avoir étudiée en profondeur —, conclurait qu’un juge militaire nommé à titre inamovible pour un mandat de cinq ans et qui préside une cour martiale permanente — ou toute autre cour martiale — ne jouit pas d’une inamovibilité suffisante à lui permettre de juger les affaires qui lui sont soumises sur le fond sans intervention d’aucune personne de l’extérieur dans la façon dont le juge mène l’affaire et rend sa décision. La Cour conclut sur la foi de l’ensemble de la preuve déposée devant cette cour que cette violation n’a pas été justifiée dans le cadre de l’examen fondé sur l’article premier de la Charte.

[21] Plus loin, au paragraphe 68, il dira que la « nomination d’un juge militaire pour un mandat d’une durée fixe renouvelable ne tient pas suffisamment compte de l’accroissement du statut et des pouvoirs conférés aux juges militaires sous la législation actuelle et dans le cadre d’une société canadienne moderne ».

[22] Afin de maintenir l’intégrité du système de justice pénale militaire ainsi qu’une cour martiale indépendante et impartiale, le juge militaire en chef a eu recours à la méthode de dissociation. Il a maintenu en force l’article 165.21, mais a retranché du paragraphe 165.21(2) de la Loi les mots « pour un mandat de cinq ans ». Il a déclaré inopérant le paragraphe 165.21(3) de la Loi, qui permet le renouvellement des mandats, et apporté les modifications de concordance nécessaires aux articles pertinents des ORFC pour remédier à leur inconstitutionnalité. Ces derniers, je le rappelle, prévoient le mécanisme dudit renouvellement.

[23] Le juge Lamont dans les arrêts *R. c. Parsons*, 2005 CM 16 et *R. c. Wilcox*, 2009 CM 2006 s’en est remis à la règle du *stare decisis*. Il a appliqué les conclusions et les principes énoncés par notre Cour dans l’affaire *Lauzon*, précitée, ce qui l’a amené à conclure à la constitutionnalité des mandats de cinq ans renouvelables.

[24] Le juge Lamont a cependant estimé dans l’affaire *Parsons* que le mécanisme de renouvellement des mandats

the important safeguards needed to meet the standard of judicial independence and security of tenure imposed by paragraph 11(d) of the Charter. He ruled that articles 101.15 and 101.17 of the QR&O violated paragraph 11(d). Consequently, he declared that articles 101.15(2), (3) and 101.17(2) of the QR&O, dealing with the structure of the Renewal Committee and the factors to be considered by the Committee when making a recommendation as to the reappointment of a military judge, were of no force and effect: see his decision at paragraphs 130 and 131.

[25] The decisions in *Parsons* and *Dunphy*, above, were appealed by the accused: see *R. v. Dunphy*, 2007 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 97. On cross-appeal, the prosecution challenged the declaration that there had been a breach of paragraph 11(d) of the Charter. Our Court concurred with the opinion of Judge Lamont that there had, in fact, been a breach of paragraph 11(d): see paragraph 1 of the decision.

[26] As for the declaration of invalidity of articles 101.15(2) and (3) and 101.17(2) of the QR&O, our Court offered a certain number of comments with regard to the question of fixed renewable terms and indicated that the time had come to reconsider *Lauzon*, which dated back to 1998. At paragraphs 14 to 23, the Court wrote:

[14] Assuming that the cross-appeal has not been rendered moot by our disposition of the appeals and is properly before us, we offer the following comments.

[15] In determining whether or not a military judge has security of tenure, the test to be applied is an objective one. Would a reasonable and right-minded person, informed of the relevant legislative provisions, their historical background and the traditions surrounding them, after viewing the matter realistically and practically -and having thought the matter through- conclude that a military judge presiding at a court martial is at liberty to decide the case that comes before him on its merits without interference by any outsider with the way in which he conducts his case and makes his decision. See *R. v. Valente*, [1985] 2 S.C.R. 673 at paragraphs 12, 13 and 22; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114 at paragraph 57.

[16] In *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259 at paragraph 86 Lamer C.J. said:

Officers who serve as military judges are members of the military establishment and will probably not wish

des juges militaires n'offrirait pas les garanties importantes et suffisantes pour répondre à la norme d'indépendance et d'inamovibilité imposée par l'alinéa 11d) de la Charte. Il a statué que les articles 101.15 et 101.17 des ORFC violaient l'alinéa 11d). Conséquemment, il a déclaré que les paragraphes 101.15(2), (3) et 101.17(2) des ORFC qui traitaient de la structure du comité d'examen et des facteurs sur lesquels le comité doit se fonder pour un renouvellement du mandat d'un juge militaire n'avaient pas force de loi : voir sa décision aux paragraphes 130 et 131.

[25] Les affaires *Parsons* et *Dunphy*, précitées, furent portées en appel par les accusés : voir *R. c. Dunphy*, 2007 CMAC 1, 7 C.A.C.M. 97. Dans un appel incident, la poursuite a contesté la déclaration selon laquelle il y avait eu violation de l'alinéa 11d) de la Charte. Notre Cour a souscrit à l'opinion du juge Lamont qu'il y avait, de fait, eu violation de l'alinéa 11d) : voir le paragraphe 1 de la décision.

[26] En ce qui a trait à la déclaration d'invalidité des paragraphes 101.15(2) et (3) et 101.17(2) des ORFC, notre Cour a offert un certain nombre d'observations sur la question des mandats à terme renouvelables et indiqué que le temps était venu de réexaminer l'arrêt *Lauzon* rendu en 1998. Aux paragraphes 14 à 23, elle écrit :

[14] À supposer que notre décision quant aux appels n'ait pas rendu théorique l'appel incident et que nous en soyons régulièrement saisis, nous offrons les observations suivantes.

[15] Le critère qu'il faut appliquer pour déterminer s'il y a inamovibilité d'un juge militaire est objectif. Une personne sensée et raisonnable, informée des dispositions légales pertinentes, de leur historique et des traditions les entourant, après avoir envisagé la question de façon réaliste et pratique — et après l'avoir étudiée en profondeur — conclurait-elle que le juge militaire qui préside une cour martiale est en mesure de statuer sur le fond de l'affaire qui lui est présentée sans interférence externe quant à la façon dont il mène l'affaire et rend sa décision? Voir *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673, aux paragraphes 12, 13 et 22; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, au paragraphe 57.

[16] Dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, au paragraphe 86, le juge en chef Lamer a déclaré :

Les officiers qui occupent la charge de juge militaire font partie des Forces armées et ne voudront probablement

to be cut off from promotional opportunities within that career system. It would therefore not seem reasonable to require a system in which military judges are appointed until the age of retirement.

[17] Subsequently, in *R. v. Lauzon* (1998), 6 C.M.A.R. 19, at paragraph 27, this Court held:

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 judge in question are free from pressure on the part of the Executive that could influence the outcome of future decisions.

[18] The time has come to reconsider this decision.

[19] The evidence filed before the military judge indicates that the rationale behind *Généreux*, above, and *Lauzon*, above, no longer exists. It is no longer true that a posting to a military judge's position is merely a step in a legal officer's career and that military judges would necessarily want to maintain their connections with the Canadian Forces to preserve their chances of promotion. A military judge doesn't receive a Performance Evaluation Report which is necessary for career advancement. Further the military judge could come back into the chain of command and find him/herself subject to a person he or she had tried. In addition, a return to regular military service would entail a significant financial loss.

[20] With the evolution of time court martial courts have become quite different from the way they were. At General Courts Martial the military judge is no longer an adviser but now performs a role akin to a judge in the civilian courts; that is even more so at Standing Courts Martial such as the ones from which these appeals are brought.

[21] Although the legislation sets out certain factors that the Renewal Committee must and must not consider, it is clear that the Committee's decision is not limited to those factors. Quite apart from the lack of transparency that results, the articles in question cannot act as a sufficient legislative restraint to remove concerns respecting security of tenure. As former Chief Justice Lamer observed in his last report, at p. 1406 of the Appeal book volume VII: "...institutional safeguards are currently not in place to protect a military judge from a reasonable apprehension

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.

[17] Par la suite, dans l'arrêt *R. c. Lauzon* (1998), 6 C.A.C.M. 19, au paragraphe 27, la Cour a conclu :

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.

[18] Il est temps de réexaminer cette décision.

[19] La preuve présentée au juge militaire démontre que la raison d'être des arrêts *Généreux*, précité, et *Lauzon*, précité, n'existe plus. Il n'est plus vrai qu'une affectation à un poste de juge militaire n'est qu'une simple étape dans la carrière d'un avocat militaire, ni que les juges militaires veulent nécessairement maintenir leurs liens avec les Forces canadiennes pour conserver leurs chances d'avancement. Un juge militaire ne reçoit pas de Rapport d'évaluation de rendement, qui est nécessaire pour l'avancement professionnel. De plus, un juge militaire pourrait retourner à la chaîne de commandement et se trouver sous les ordres d'une personne contre qui il a déjà rendu un jugement. Le retour au service militaire régulier entraînerait aussi une importante perte financière.

[20] Avec les années, la cour martiale, quelles que soient ses différentes appellations, a beaucoup changé. Pour la cour martiale générale, le juge militaire n'est plus un conseiller; il a maintenant un rôle semblable à celui d'un juge d'un tribunal civil; c'est encore plus le cas pour la cour martiale permanente comme celles qui ont rendu les décisions faisant l'objet du présent appel.

[21] Même si la législation prévoit certains facteurs dont le comité d'examen doit tenir compte, et d'autres qu'il doit écarter, il est clair que la décision du comité ne se limite pas à ces facteurs. Indépendamment du manque de transparence qui en découle, les articles en question ne constituent pas des contraintes réglementaires suffisantes qui puissent éliminer les préoccupations au sujet de l'inamovibilité. Comme l'ancien juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans son dernier rapport, à la page 1406 du dossier d'appel, vol. VII : « [...] il n'existe

of bias should it be determined that the military judge's term not be renewed."

[22] He concluded by recommending that military judges be awarded security of tenure until retirement subject only to removal for cause on the recommendation of an Inquiry Committee.

[23] We agree with his recommendation that military judges be awarded security of tenure until retirement subject to removal for cause. The deficiencies noted by the military judge in the judgments appealed from would cease to have any relevance if those recommendations were followed. We also note that the current provisions will become a dead letter if Bill C-7 (*An Act to amend the National Defence Act*, 39th Parl., 1st Sess., 2006) is passed. [Emphasis added.]

[27] We can now proceed with an analysis of the judge's decision and the parties' submissions.

IV. Analysis of the judge's decision and the parties' submissions

A. *The constitutional issue*

[28] In the case at bar, the judge affirmed the Chief Military Judge's position that the words "for a term of five years" had been removed from section 165.21 of the Act. He therefore concluded that, at the constitutional level, he had the necessary institutional independence and security of tenure to preside at the court martial and hear the appellant's case. In so doing, he did not issue the general declarations of constitutional invalidity sought by the appellant.

[29] Counsel for the respondent opposed the issuing of such declarations "tooth and nail", to use his expression. He claimed that while security of tenure for military judges, subject to removal for cause, may be desirable, it is not constitutionally required. At this point it might be timely to briefly examine the evolution of the status and functions of military judges as well as that of the concept of judicial independence.

[30] I have already cited the observations and findings made by our Court in *Dunphy*, above. They make

pas actuellement de garanties institutionnelles protégeant un juge militaire dont le mandat ne sera pas renouvelé contre une crainte raisonnable de partialité ».

[22] Il a conclu son rapport en recommandant que les juges militaires soient nommés à titre inamovible jusqu'à leur retraite des Forces canadiennes, sous réserve uniquement de révocation motivée sur recommandation d'un comité d'enquête.

[23] Nous souscrivons à sa recommandation que les juges militaires soient nommés à titre inamovible jusqu'à leur retraite, sous réserve uniquement de révocation motivée. Les lacunes que le juge militaire a dénoncées dans les jugements faisant l'objet du présent appel cesseraient de poser un problème si ces recommandations étaient suivies. Nous faisons aussi remarquer que les dispositions actuelles deviendront lettre morte si le projet de loi C-7 (*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale*, 39^e lég., 1^{re} sess., 2006) est adopté. [Je souligne.]

[27] La voie est maintenant pavée pour l'analyse de la décision du juge ainsi que des prétentions des parties.

IV. Analyse de la décision du juge et des prétentions des parties

A. *La question constitutionnelle*

[28] En l'espèce, le juge a entériné la position prise par le juge militaire en chef que les termes « pour un mandat de cinq ans » étaient retranchés du paragraphe 165.21. Il a donc conclu qu'il possédait au plan constitutionnel l'indépendance institutionnelle et l'inamovibilité nécessaires pour présider la cour martiale et entendre la cause de l'appelant. Ce faisant, il n'a pas émis les déclarations d'invalidité constitutionnelle générales recherchées par l'appellant.

[29] Le procureur de l'intimée s'oppose bec et ongles, pour utiliser son expression, à l'émission de telles déclarations. Il prétend que l'inamovibilité des juges militaires, sous réserve de révocation motivée, si elle est souhaitable, n'est pas constitutionnellement requise. Il est opportun à ce stade d'examiner brièvement l'évolution du statut et des fonctions des juges militaires ainsi que celle du concept d'indépendance judiciaire.

[30] J'ai déjà cité les observations faites et les conclusions prises par notre Cour dans l'arrêt *Dunphy*, précité.

reference to the end result of certain administrative and legislative changes in matters of military criminal justice.

[31] I have no intention of re-examining in detail each and every amendment to the Act and to the organization of military criminal justice that have led to an increase in the role of military judges and the importance of that role at the constitutional level since *Généreux* and *Lauzon*, above. This was done meticulously and judiciously by the Chief Military Judge in *Nguyen, Middlemiss* and *Semrau*, above. I refer to it approvingly. I would like to illustrate the extent of these changes by citing just a few examples that are not necessarily those noted by the Chief Military Judge.

[32] The reduction in the number of courts martial from four to two, coupled with the fact that some offences now fall under the exclusive jurisdiction of the General Court Martial and the fact that it is now the accused, and not the prosecution, who can choose the court martial where the trial will take place, mean that military judges are called upon to play an important role in trials before General Courts Martial where a five-member panel sits. In addition, there is the relatively new rule whereby a decision of the panel in respect of a finding of guilty or not guilty, of unfitness to stand trial or of not responsible on account of mental disorder is no longer determined by a simple majority, but by the unanimous vote of its members: see subsection 192(2) of the Act.

[33] The Standing Court Martial, which, prior to the recent reforms, had limited jurisdiction and sentencing powers, has seen these restrictions disappear. Now, its jurisdiction to try persons for service offences (*rationae materiae*), with regard to the place of the commission of the offence (*rationae loci*) and the person (*rationae personae*) is identical to that of the General Court Martial. Its jurisdiction is no longer limited to military personnel. It extends to any civilian who is liable to be charged, dealt with and tried on a charge of having committed a service offence, which was not the case before: see sections 166, 166.1, 173 and 175 of the Act. At this level of jurisdiction, only the fact that the Standing Court Martial is composed of a single military judge distinguishes it from the General Court Martial, which, as was previously

Elles évoquent la résultante de certains changements administratifs et législatifs en matière de justice pénale militaire.

[31] Je n'ai pas l'intention de reprendre en détail toute et chacune des modifications à la Loi et à l'organisation de la justice pénale militaire qui font que le rôle des juges militaires et l'importance de ce rôle au plan constitutionnel se sont accrues depuis les arrêts *Généreux* et *Lauzon*, précités. Le juge militaire en chef l'a fait abondamment et avec justesse dans les arrêts *Nguyen, Middlemiss* et *Semrau*, précités. J'y réfère avec approbation. Qu'il me soit permis d'illustrer l'ampleur de ces changements par seulement quelques exemples qui ne recourent pas nécessairement ceux soulignés par le juge militaire en chef.

[32] La réduction du nombre de cours martiales de quatre à deux, ajoutée au fait que certaines infractions sont maintenant de la compétence exclusive de la Cour martiale générale et au fait que c'est maintenant l'accusé, et non la poursuite, qui peut choisir la cour martiale où se déroulera le procès, font en sorte que les juges militaires sont appelés à jouer un rôle important au niveau des procès devant les Cours martiales générales où siège un comité de cinq membres. À cela s'ajoute la règle relativement nouvelle que la décision des membres en ce qui a trait à la culpabilité de l'accusé, à son inaptitude à subir un procès et à sa non-responsabilité pour cause de troubles mentaux ne se prend plus à la simple majorité, mais plutôt à l'unanimité : voir le paragraphe 192(2) de la Loi.

[33] La Cour martiale permanente qui, avant les récentes réformes, jouissait d'une compétence limitée et de pouvoirs de sentence restreints a vu ces restrictions disparaître. Maintenant sa compétence en matière d'infractions d'ordre militaire (*rationae materiae*), quant au lieu de commission de l'infraction (*rationae loci*) et sur la personne (*rationae personae*) est identique à celle de la Cour martiale générale. Elle n'est plus limitée aux seuls militaires. Elle s'étend aux personnes civiles qui sont justiciables du *Code de discipline militaire*, ce qui n'était pas le cas auparavant : voir les articles 166, 166.1, 173 et 175 de la Loi. À ce niveau de la compétence, seul le fait que la Cour martiale permanente soit constitué par un seul juge militaire la différencie de la Cour martiale générale qui elle, tel que déjà mentionné, se compose

mentioned, is composed of a military judge and a panel of five members: see sections 167 and 174 of the Act.

[34] Like their counterparts at superior courts or provincial courts of criminal jurisdiction, military judges have the power:

- a) to issue orders prohibiting a person from possessing a firearm (section 147.1), to order the surrender (section 147.2) or forfeiture of any firearms (section 147.3);
- b) notwithstanding any requirement in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to increase the portion of the sentence that must be served before the offender may be released on parole (sections 140.3 and 140.4); and
- c) to issue warrants authorizing the taking, for the purpose of forensic DNA analysis, of samples of bodily substances (section 196.12), of additional samples (section 196.24) and to make an order prohibiting access to information relating to these warrants (section 196.25).

He or she may impose a whole array of sentences up to imprisonment for life and dismissal with disgrace from Her Majesty's service, which has serious consequences for the accused: see section 139 of the Act. Prior to amendments to the Act in 1998, military judges could issue death sentences.

[35] In short, we are at a point where, pursuant to section 130 of the Act, which incorporates into the *Code of Service Discipline* all offences under the *Criminal Code* or any other Act of Parliament, military judges exercise the full powers of superior and provincial courts of criminal jurisdiction, with the exception of the power to try a person charged with the offence of murder or manslaughter, but only when committed in Canada, and child abduction under sections 280 to 283 of the *Criminal Code*: see section 70 of the Act.

[36] They are called upon to try the most serious offences in our criminal law or to preside at General Courts Martial that, with a five-member panel that the military

d'un juge militaire et d'un comité de cinq membres : voir les articles 167 et 174 de la Loi.

[34] Comme son homologue des cours supérieures et des cours provinciales de juridiction criminelle, le juge militaire possède le pouvoir :

- a) d'émettre des ordonnances d'interdiction de possession d'une arme à feu (article 147.1), d'ordonner la remise (article 147.2) ou la confiscation de ces armes (article 147.3);
- b) par dérogation au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, d'augmenter la période de temps d'emprisonnement qu'une personne doit purger avant qu'elle ne puisse être admissible à la libération conditionnelle (articles 140.3 et 140.4); et
- c) d'émettre des mandats autorisant le prélèvement, pour analyse génétique, d'échantillons de substances corporelles (article 196.12), d'échantillons supplémentaires (article 196.24) et d'assurer par ordonnance d'interdiction l'accès à l'information relative à ces mandats (article 196.25).

Il peut imposer toute une panoplie de sentences allant jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité et une destitution ignominieuse du service de Sa Majesté, lourde de conséquences pour l'accusé : voir l'article 139 de la Loi. Jusqu'aux modifications apportées à la Loi en 1998, il pouvait prononcer une sentence de peine capitale.

[35] En définitive, nous en sommes au stade où, par le truchement de l'article 130 de la Loi, lequel incorpore au *Code de discipline militaire* toutes les infractions du *Code criminel* et des lois statutaires fédérales, les juges militaires exercent la pleine compétence des cours supérieures et provinciales de juridiction criminelle, à l'exception de celle sur le meurtre et l'homicide involontaire coupable, mais seulement lorsqu'ils sont commis au Canada, et sur l'enlèvement des enfants prévu aux articles 280 à 283 du *Code criminel* : voir l'article 70 de la Loi.

[36] Ils sont appelés à juger des infractions les plus sérieuses de notre droit criminel ou à présider des Cours martiales générales qui, avec un comité de cinq membres

judge must direct in law, have jurisdiction to try these offences. They include murder and manslaughter committed outside Canada: see for example *R. v. Deneault* (1994), 5 C.M.A.R. 182 (murder committed in Germany); *R. v. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280 (manslaughter and torture in Somalia); *R. v. Laflamme* (1993), 5 C.M.A.R. 145 (manslaughter in Germany); *R. v. Brocklebank*, 5 C.M.A.R. 390, 1996 CanLII 12045 (charged with complicity in an act of torture associated with the death of the victim in Somalia); and *R. v. Semrau*, 2010 CM 4010 (charged with second degree murder and attempted murder in Afghanistan).

[37] I agree with the Chief Military Judge that the numerous amendments to the Act have caused the roles and functions of military judges to become intrinsically comparable to those of civilian judges in criminal matters, and enhanced fairness in the military justice system for military personnel facing criminal charges: see *Nguyen*, above, at paragraph 43, and *Middlemiss*, above, at paragraph 19.

[38] Judges of superior courts of criminal jurisdiction enjoy a constitutional guarantee of security of tenure. They are appointed and hold office during good behaviour and must vacate their offices at the age of 75: see section 99 of the *Constitution Act, 1867*. Provincial court judges acquire their security of tenure through their governing statutes along with a fixed retirement age: see for example Quebec's *Courts of Justice Act*, CQLR, c. T-16 at sections 92.1 and 95, where judges hold office during good behaviour until they reach the age of 70, Ontario's *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C-43, at section 47, where the retirement age is set at 65, the *Provincial Court Act*, RSBC 1996, c. 379 of British Columbia at section 17, the *Provincial Court Act*, RSNS 1989, c. 238 of Nova Scotia at section 6, where judges hold office during good behaviour until they reach the age of 75, while in Alberta the security of tenure is the same, except that the retirement age is set at 70, *Provincial Court Act*, RSA 2000, c. P-31, section 9.22.

[39] Security of tenure for judges is, along with administrative independence and financial security, a component

que le juge militaire doit instruire en droit, ont charge de les entendre. Ces infractions incluent le meurtre et l'homicide involontaire lorsque perpétrées à l'extérieur du Canada : voir par exemple *R. c. Deneault* (1994), 5 C.A.C.M. 182 (meurtre commis en Allemagne); *R. c. Brown* (1995) 5 C.A.C.M. 280 (homicide involontaire coupable et torture en Somalie); *R. c. Laflamme* (1993) 5 C.A.C.M. 145 (homicide involontaire coupable en Allemagne); *R. c. Brocklebank*, 5 C.A.C.M. 390, 1996 CanLII 12045 (accusé de complicité dans un acte de torture associé au décès de la victime en Somalie); et *R. c. Semrau*, 2010 CM 4010 (accusation de meurtre au 2^e degré et tentative de meurtre en Afghanistan).

[37] Je suis d'accord avec le juge militaire en chef que les nombreuses modifications à la Loi ont, d'une part, opéré un rapprochement considérable entre les juges civils et les juges militaires en matière criminelle, et, d'autre part, ont accru pour le militaire mis en accusation l'équité du système de justice militaire : voir l'arrêt *Nguyen*, précité, au paragraphe 43 et l'arrêt *Middlemiss*, précité au paragraphe 19.

[38] Les juges des cours supérieures de juridiction criminelle jouissent d'une inamovibilité garantie par la Constitution. Ils sont nommés et restent en fonction durant bonne conduite et ils doivent cesser d'occuper leur charge à l'âge de 75 ans : voir l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les juges des cours provinciales tiennent leur inamovibilité de leurs lois constitutives avec un âge de retraite stipulé : voir par exemple au Québec la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, ch. T-16 aux articles 92.1 et 95 où les juges demeurent en fonction durant bonne conduite jusqu'à l'âge de la retraite fixé à 70 ans, la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C-43 de l'Ontario, à l'article 47 où l'âge de la retraite est fixé à 65 ans, la *Provincial Court Act*, RSBC 1996, c. 379 de la Colombie Britannique à l'article 17, la *Provincial Court Act*, RSNS 1989, c. 238 de la Nouvelle-Écosse à l'article 6 où les juges exercent leurs fonctions durant bonne conduite jusqu'à l'âge de 75 ans, alors qu'en Alberta l'inamovibilité est la même, sauf que l'âge de la retraite est fixé à 70 ans, *Provincial Court Act*, RSA 2000, c. P-31, article 9.22.

[39] L'inamovibilité des juges est, avec l'indépendance administrative et la sécurité financière, une composante

of judicial independence: see *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286, at paragraph 7.

[40] As the Supreme Court stated at paragraph 4 of the decision, “[t]he basis for the principle of judicial independence can be found in both our common law and the Canadian Constitution”. The Supreme Court added the following:

Judicial independence has been called “the lifeblood of constitutionalism in democratic societies” (*Beauregard*, at p. 70), and has been said to exist “for the benefit of the judged, not the judges” (*Ell*, at para. 29). Independence is necessary because of the judiciary’s role as protector of the Constitution and the fundamental values embodied in it, including the rule of law, fundamental justice, equality and preservation of the democratic process; *Beauregard*, at p. 70. [Emphasis added.]

Paragraph 11(d) of the Charter “[applies] to courts and tribunals that determine the guilt of those charged with criminal offences”: see *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, at paragraph 18.

[41] The concept of judicial independence has evolved over the last few years. At paragraphs 2 and 3 of *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick*, above, the Supreme Court wrote:

2 The concept of judicial independence has evolved over time. Indeed, “[c]onceptions have changed over the years as to what ideally may be required in the way of substance and procedure for securing judicial independence Opinions differ on what is necessary or desirable, or feasible”: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 692, per Le Dain J.

3 This evolution is evident in the context of judicial remuneration. In *Valente*, at p. 706, Le Dain J. held that what was essential was not that judges’ remuneration be established by an independent committee, but that a provincial court judge’s right to a salary be established by law. By 1997 this statement had proved to be incomplete

de l’indépendance de la magistrature : voir *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l’Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 286, au paragraphe 7.

[40] Comme le dit la Cour suprême dans cet arrêt au paragraphe 4, « le principe de l’indépendance de la magistrature tire ses origines à la fois de la *common law* et de la Constitution canadienne ». Elle ajoute :

On a qualifié l’indépendance de la magistrature d’« élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques » (*Beauregard*, page 70) qui « existe au profit de la personne jugée et non des juges » (*Ell*, paragraphe 29). L’indépendance est essentielle en raison du rôle des juges en tant que protecteurs de la Constitution et des valeurs fondamentales qui s’y trouvent, notamment la primauté du droit, la justice fondamentale, l’égalité et la préservation du processus démocratique (*Beauregard*, page 70). [Je souligne.]

L’alinéa 11d) de la Charte « s’applique aux tribunaux qui se prononcent sur la culpabilité de personnes accusées d’une infraction criminelle » : voir *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, au paragraphe 18.

[41] La notion d’indépendance de la magistrature a évolué au cours des dernières années. Aux paragraphes 2 et 3 de l’arrêt *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick*, précité, la Cour suprême écrit :

2 La notion d’indépendance de la magistrature a évolué avec le temps. En effet, « [l]es idées ont évolué au cours des années sur ce qui idéalement peut être requis, sur le plan du fond comme sur celui de la procédure, pour assurer une indépendance judiciaire [...] Les opinions diffèrent sur ce qui est nécessaire ou souhaitable, ou encore réalisable » (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 692, le juge Le Dain).

3 Cette évolution est manifeste dans le contexte de la rémunération des juges. Dans *Valente*, p. 706, le juge Le Dain a précisé que l’essentiel était non pas que la rémunération des juges soit fixée par un comité indépendant, mais que la loi prévoie le droit du juge de cour provinciale à un traitement. En 1997, il est devenu clair

and inadequate. In *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Reference*”), this Court held that independent commissions were required to improve the process designed [page 301] to ensure judicial independence but that the commissions’ recommendations need not be binding. These commissions were intended to remove the amount of judges’ remuneration from the political sphere and to avoid confrontation between governments and the judiciary. The *Reference* has not provided the anticipated solution, and more is needed.

[42] Courts martial have not escaped this evolution, and this is due to the crucial and fundamental role assigned to them under the Act in matters of criminal justice and military discipline. Thus, the salaries of military judges are revised and set after a review by the *Military Judges Compensation Committee* whose mandate is to examine the adequacy of military judges’ pay, taking into account various factors including the role of financial security in maintaining judicial independence. This committee is similar to the *Judicial Compensation and Benefits Commission* established for civilian judges and shares the same objectives.

[43] The question of security of tenure of military judges was neither forgotten nor abandoned. The *Généreux* and *Lauzon* decisions, above, and *R. v. Bergeron* (1999), 6 C.M.A.R. 104, 136 C.C.C. (3d) 327, to name only a few, invalidated certain provisions of the Act that might have either undermined judicial independence, or given a reasonable person cause to believe or to fear that such may be the case. Thus, it was found that the institutional and organisational links between the Minister of Defence, the Judge Advocate General and the members of the Office of the Judge Advocate General who represented the Executive and the military judges did not provide a sufficient guarantee of impartiality and institutional independence with regard to, among other things, security of tenure of military judges due to their appointment and removal process.

[44] The question of security of tenure has led to military judges being granted greater constitutional guarantees of institutional independence. I believe we have now reached a new crossroads regarding this question

qu’il ne suffisait plus de laisser au corps législatif le soin de fixer le salaire des juges. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi* »), la Cour a statué qu’il fallait recourir à des commissions indépendantes pour améliorer le mécanisme permettant [page 301] de garantir l’indépendance de la magistrature, mais qu’il n’était pas nécessaire de donner un caractère obligatoire à leurs recommandations. La création de ces commissions avait pour but de dépolitiser le mécanisme d’examen de la rémunération et d’éviter un affrontement entre les gouvernements et la magistrature. Le *Renvoi* n’a toutefois pas apporté la solution espérée et il faut maintenant aller plus loin.

[42] Les cours martiales n’ont pas échappé à cette évolution, et ce à cause du rôle crucial et fondamental que leur reconnaît la Loi en matière de justice criminelle et disciplinaire militaire. Ainsi, le salaire des juges militaires est révisé et fixé suite à un examen par le *Comité de la rémunération des juges militaires* dont le mandat est d’examiner l’adéquation de la rémunération des juges militaires en tenant compte de divers facteurs dont le rôle de leur sécurité financière dans la préservation de l’indépendance judiciaire. Ce Comité s’apparente à la *Commission d’examen de la rémunération des juges civils* et partage les mêmes objectifs.

[43] La question de l’immovibilité des juges militaires n’est demeurée ni en reste, ni en plan. Les arrêts *Généreux* et *Lauzon*, précités, et *R. c. Bergeron* (1999), 6 CMAC 104, pour n’en nommer que quelques-uns, ont invalidé certaines dispositions de la Loi qui soit pouvaient compromettre l’indépendance judiciaire, soit justifier une personne raisonnable de croire ou de craindre que ce ne soit le cas. Ainsi, il fut jugé que la relation institutionnelle et organisationnelle entre le ministre de la Défense, le juge avocat général et les membres de son Cabinet qui représentent l’Exécutif et les juges militaires n’offrait pas de garanties suffisantes d’impartialité et d’indépendance institutionnelles, entre autres, au chapitre de l’immovibilité des juges militaires à cause de leur processus de nomination et de destitution.

[44] La question de l’immovibilité a donc cheminé vers l’octroi de meilleures garanties constitutionnelles d’indépendance institutionnelle aux juges militaires. Elle se retrouve maintenant à un nouveau carrefour où, je

and that the only viable way forward is that which leads to the legislative provisions under review being declared unconstitutional.

[45] I will begin by returning to one of the observations made by our Court in *Dunphy*, above. It is found at paragraph 19 of the decision, which I reproduced above. I completely agree with observations made by our Court to the effect that the function of a military judge has taken on a stature of its own. For a judge it is no longer, as it was at the time of *Généreux* and *Lauzon*, above, a simple transition stage in his or her military career, a springboard to another promotion, or a feather in his or her cap. It has become a career for jurists who seek to apply their knowledge for the benefit of and in the service of the needs of military criminal justice.

[46] The conditions under which military judges exercise their functions are such that the position is now considered to be the crowning achievement of a lawyer or jurist's career. In this respect, their situation is similar to that of judges in civilian courts.

[47] For civil and criminal courts and the judges who sit on them, it was decided that the three components of judicial independence, including, particularly with regard to security of tenure, the requirement of the granting of an office during good behaviour, are constitutionally required in order to comply with the right to a hearing by an independent and impartial tribunal. It seems inconceivable to me, and I say this with all due respect for the contrary view, that military judges, who exercise the same functions and have essentially the same powers as superior and provincial courts of criminal jurisdiction, should be subject to the whims, the unknowns, the uncertainty and anxiety of having their positions come up for renewal every five years. In fact, they are the only judges with such jurisdiction to be subject to short, renewable terms of employment.

[48] Military judges also preside at General Courts Martial. These function, with some minor differences, like civil trials by jury. The five members of the panel determine the guilt or innocence of an accused for the most serious offences in criminal law and for those

crois, la seule route viable pour elle est celle qui conduit à l'inconstitutionnalité des dispositions législatives sous étude.

[45] Je débiterai par un retour à une des observations de notre Cour dans l'affaire *Dunphy*, précitée. Elle se retrouve au paragraphe 19 de cet arrêt, lequel j'ai reproduit ci-auparavant. Je suis tout à fait d'accord avec les observations de notre Cour qui révèlent que la fonction de juge militaire a pris vie par elle-même. Elle n'est plus pour le juge, comme c'était le cas au temps des arrêts *Généreux* et *Lauzon*, précités, une simple étape de transition dans sa carrière militaire, un tremplin vers une autre promotion, une nouvelle plume à son chapeau ou à son képi. Elle se veut et est maintenant une carrière pour des juristes soucieux de mettre leurs connaissances au soutien et au profit des besoins de la justice pénale militaire.

[46] Les conditions d'exercice de la fonction judiciaire militaire sont telles que cette dernière constitue maintenant le couronnement d'une carrière pour un avocat ou juriste. En cela, la situation n'est pas différente de celle qui prévaut dans la vie civile pour les juges des tribunaux civils.

[47] Pour les tribunaux civils et criminels et les juges qui en font partie, il fut décidé que les trois composantes de l'indépendance de la magistrature dont, particulièrement au titre de l'inamovibilité, l'exigence d'une nomination durant bonne conduite, sont constitutionnellement requises pour satisfaire au droit à une audition par un tribunal indépendant et impartial. Il m'apparaît inconcevable, et je le dis avec respect pour l'opinion contraire, que les juges militaires, qui exercent les mêmes fonctions et, en plénitude, la même compétence que les cours supérieures et provinciales de juridiction criminelle, soient soumis aux aléas, aux impondérables, à l'incertitude et à l'angoisse d'un renouvellement quinquennal de leur statut. En fait, ils sont les seuls juges avec une telle compétence à être soumis à des courts termes de fonction renouvelables.

[48] Les juges militaires président également les Cours martiales générales. Celles-ci fonctionnent à quelques différences près comme un procès civil par jury. Les cinq membres du comité décident de la culpabilité ou de la non-culpabilité d'un accusé pour les infractions les plus

offences for which the accused chooses to be tried by the panel.

[49] But there is an important difference in the composition of the jury in a civil trial and that of the members of a panel of a General Court Martial. This difference, in my view, has an impact on the question of the independence of military judges presiding at General Courts Martial in that it highlights the need for better guarantees of independence.

[50] In a civil trial, the jury is made up of 12 people who generally do not know each other and are chosen by the prosecution and the defence from a list of individuals who qualify for jury duty.

[51] There are only five members of a panel of a General Court Martial but they are all part of the chain of command. They are not chosen by the prosecution or by the accused. They are appointed by the Court Martial Administrator using random methodology: see section 165.19 of the Act and paragraph 111.03(1) of the QR&O. The composition of the panel varies according to the rank of the accused: see section 167 of the Act. However, except for a few rare exceptions, the panel members know each other, especially at the officer level, as they have been in contact with each other or have either been under the command of or in command of a fellow panel member. The Military Judge presiding at these General Courts Martial is often of lower rank than the members of the panel.

[52] Judicial independence is “for the benefit of the judged”: see *Provincial Court Judges’ Assn. of New Brunswick*, above, at paragraph 4. It is important for the accused person that the judge not be, and not appear to be, beholden to these five members of the chain of command, that his or her security of tenure not be subject to reappointment and that his or her institutional independence provide the accused with the assurance of a fair and equitable trial. The late Chief Justice Lamer recognized this in “The First Independent Review of the provisions and operation of Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998, c. 35”, presented to the Minister of National Defence on September 3, 2003. Having further

sérieuses du droit criminel et celles qui lui sont dévolues par choix de l’accusé.

[49] Mais il existe une différence importante au niveau de la composition du jury d’un procès civil et de celle du comité des membres de la Cour martiale générale. Cette différence, à mon avis, influe sur la question de l’indépendance des juges militaires qui président les Cours martiales générales en ce qu’elle commande de meilleures garanties de celle-ci.

[50] Dans un procès civil, le jury est composé de 12 personnes qui, généralement, ne se connaissent pas, choisis par la poursuite et la défense à partir d’une liste confectionnée de personnes aptes à siéger à ce titre.

[51] Les membres du comité d’une Cour martiale générale ne sont qu’au nombre de cinq, mais ils font tous partie de la chaîne de commandement. Ils ne sont pas choisis par la poursuite et l’accusé. Ils sont nommés par l’administrateur de la Cour martiale selon une méthode qui repose sur le hasard : voir l’article 165.19 de la Loi et le paragraphe 111.03(1) des ORFC. Selon le grade de l’accusé, la composition du comité variera : voir l’article 167 de la Loi. Mais, sauf de rares exceptions, ils se connaissent, surtout au niveau des officiers, pour avoir été en contact ou sous les ordres ou en charge de l’un ou de l’autre. Le juge militaire qui préside ces cours martiales générales possèdera souvent un grade inférieur aux membres du comité.

[52] L’indépendance judiciaire « existe au profit de la personne jugée » : voir *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick*, précité, au paragraphe 4. Il est important pour cette personne accusée que le juge ne soit pas, et apparaisse ne pas être, soumis à ces cinq membres de la chaîne de commandement, que son inamovibilité ne soit pas sujette à des renouvellements de mandat et que son indépendance institutionnelle soit gage pour elle d’un procès juste et équitable. Le défunt juge en chef Lamer l’a reconnu dans « Le premier examen indépendant des dispositions et de l’application du projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d’autres lois en conséquence*, conformément à l’article 96 des Lois du Canada 1998, ch. 35 », présenté au ministre de la Défense nationale le 3 septembre 2003.

reflected on the matter since the position he had taken in *Généreux*, above, he recommended that military judges be appointed to hold office during good behaviour to provide them with guarantees of institutional independence against a reasonable apprehension of bias: see page 21.

[53] I would add the following: An accused person who is tried before a military tribunal, even for an offence as serious as murder, does not have the right to a trial by jury. This possibility is denied under paragraph 11(f) of the Charter in the case of an offence where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or more or a more severe punishment.

[54] In such a context, the accused person's right to a hearing by an independent and impartial tribunal, guaranteed under paragraph 11(d) of the Charter, takes on its full significance and becomes of paramount importance. Before a General Court Martial composed of a panel of members of the chain of command, the accused, who will be led from the hearing room in handcuffs to serve a life sentence without the possibility of parole for 20 or 25 years, must have the assurance, indeed the firm conviction, that the presiding military judge enjoyed the security of tenure necessary to ensure the fairness of the proceedings he or she has been subject to. The accused person must also be able to be confident that the sentence he or she received was imposed by a military judge who enjoys the constitutional protection required to ensure the legitimacy of the sentence. I do not believe that five-year renewable terms for military judges provide the necessary constitutional protection, especially if you consider the added fact that it was considered necessary to give such protection to civilian judges exercising the same functions.

[55] The government has shown that it is sensitive to the need to provide better guarantees of security of tenure for military judges. Unfortunately, all of the three bills tabled by the government died on the order paper in the House of Commons: see Bill C-7, *An Act to amend the National Defence Act* (39th Parl., 1st Sess., 2006), April 27, 2006, section 39, Bill C-45, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts* (39th Parl., 2nd Sess.,

Ayant évolué depuis la position qu'il avait prise dans l'affaire *Généreux*, précitée, il a recommandé que les juges militaires soient nommés à titre inamovibles afin de leur donner des garanties institutionnelles d'indépendance contre une crainte raisonnable de partialité : voir à la page 21.

[53] J'ajouterais ceci. L'accusé qui subit son procès devant un tribunal militaire, même pour une infraction aussi grave que le meurtre, n'a pas droit à un procès par jury. Une telle possibilité lui est niée par l'alinéa 11f) de la Charte pour toute infraction punissable par une peine maximale d'emprisonnement de cinq ans ou plus ou une peine plus grave.

[54] Dans un tel contexte, le droit d'un accusé à une audition par un tribunal impartial et indépendant, garanti par l'alinéa 11d) de la Charte, prend tout son sens et revêt une importance capitale. Face à une Cour martiale générale formée d'un comité composé de membres de la chaîne de commandement, l'accusé qui, menottes aux mains sortira de la salle d'audience pour se diriger vers une réclusion à vie, sans possibilité de libération conditionnelle avant une période de 20 ou 25 ans, doit avoir l'assurance, voire la ferme conviction, que le juge militaire qui la présidait jouissait de l'inamovibilité nécessaire pour assurer et permettre l'équité des procédures auxquelles il était soumis. Il doit aussi pouvoir être confiant que la sentence qu'il a reçue lui fut imposée par un juge militaire qui jouit de la protection constitutionnelle requise pour assurer la légitimité de cette sentence. Je ne crois pas que des mandats de cinq ans renouvelables pour les juges militaires offrent cette protection constitutionnelle requise, surtout si l'on ajoute à toutes ces données le fait qu'on a ressenti le besoin d'accorder une telle protection aux juges civils qui exercent les mêmes fonctions.

[55] Le gouvernement s'est montré sensible à la nécessité d'octroyer de meilleures garanties d'inamovibilité aux juges militaires. Malheureusement, à trois reprises les projets de loi qu'il a déposés sont morts au feuillet de la Chambre : voir le projet de loi C-7, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale* (39^e lég., 1^{re} sess., 2006), 27 avril 2006, article 39, le projet de loi C-45, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence* (39^e lég., 2^e sess., 2008), 3 mars 2008,

2008), March 3, 2008, section 38, and Bill C-60, *An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act* (39th Parl., 2nd Sess., 2008), June 18, 2008.

[56] Like its predecessors, Bill C-60 proposed that military judges be appointed and hold office until they reach retirement age. This proposal, however, raises certain difficulties due to the fact the retirement age for military judges varies according to their rank and their date of enlistment in the Armed Forces: see article 15.17 of the QR&O, *Release of officers — Age and length of service*.

[57] Consequently, military judges currently holding office, who enlisted in the Canadian Forces prior to 2004, will retire at different ages. I agree with the Chief Military Judge that, in the interests of treating judges equally, the age of retirement should be the same for all military judges, regardless of their rank. As he stated at paragraph 14 of *Hoddinott*, above, [TRANSLATION] “[f]or that matter, it should be noted that the rank of a military judge is irrelevant to the appointment, the remuneration and the powers of a judge under the *National Defence Act* or the *Queen’s Regulations and Orders for the Canadian Forces*”.

[58] But there is more. The retirement age may be extended under paragraphs 15.17(3) and (5) of the QR&O, which read as follows:

15.17

...

(3) Subject to paragraph (5), an officer of the Regular Force shall be released

(a) upon reaching the appropriate age prescribed under subparagraph (1)(a); or

(b) except in the case of a military judge, after the completion of 30 years of full-time paid service, including service as a non-commissioned member, in any of Her Majesty’s Forces, if the Chief of the Defence Staff so recommends.

...

article 38, et le projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et une autre loi en conséquence* (39^e lég., 2^e sess., 2008), 16 juin 2010.

[56] Comme pour ses prédécesseurs, le projet de loi C-60 proposait que les juges militaires soient nommés et exercent leurs fonctions jusqu’à l’âge de la retraite. Cette proposition soulève toutefois certaines difficultés du fait que l’âge de la retraite des juges militaires varie en fonction de leur grade et du moment de leur enrôlement dans les Forces armées : voir l’article 15.17 des ORFC, *Libération des officiers – Âge et temps de service*.

[57] Conséquemment, les juges militaires présentement en poste, lesquels ont joint les Forces canadiennes avant 2004, prendraient leur retraite à des âges différents. Je suis d’accord avec le juge militaire en chef que, pour des fins d’égalité entre les juges, l’âge de la retraite devrait être le même pour tous les juges militaires, peu importe leur grade. Comme il dit au paragraphe 14 de l’arrêt *Hoddinott*, précité, « d’ailleurs le rang des juges militaires n’est pas un facteur pertinent dont il est tenu compte pour leur nomination, leur rémunération ou leurs pouvoirs en vertu de la *Loi sur la défense nationale* ou les *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* ».

[58] Mais il y a plus. Il existe une possibilité de report de l’âge de la retraite en vertu des paragraphes 15.17(3) et (5) des ORFC, lesquels se lisent :

15.17

[...]

(3) Sous réserve de l’alinéa (5), tout officier de la force régulière est libéré :

a) lorsqu’il atteint l’âge approprié prévu au sous-alinéa (1)a);

b) sauf dans le cas d’un juge militaire, s’il a terminé 30 années de service à plein temps et rémunéré dans l’une des forces de Sa Majesté, y compris en qualité de militaire du rang, et que le chef d’état-major de la défense le recommande.

[...]

(5) The retention of an officer of the Regular Force beyond the release age prescribed in subparagraph (1)(a) or the retention of an officer of the Reserve Force beyond the release age determined under paragraph (4) may be authorized:

(a) by the Minister; or

(b) by the Chief of the Defence Staff if:

(i) the period is less than 365 days, or

(ii) the officer is of or below the rank of colonel. [Emphasis added.]

[59] In the case of a military judge, the extension of the retirement age cannot be recommended by the Chief of the Defence Staff (see subparagraph 15.17(3)(a)), but may be authorized by the Minister, at his or her discretion (see subparagraph 15.17(5)(a)). In my view, such ministerial discretion, interfering with the retirement age of judges, needlessly raises an issue which can only be detrimental to the organization and administration of military criminal justice and, above all, to the independence of the military judiciary.

B. *The remedy to the constitutional issue*

[60] It should be recalled that, as of 2005, the Chief Military Judge removed the five-year limit for terms of appointment for military judges from subsection 165.21(2) of the Act. In so doing, he conferred a security of tenure upon courts martial judges until the age of retirement as a result of subsection 165.21(4) of the Act, which provides for this. As with the proposed measures in the defunct bills, the position taken by the Chief Military Judge has the merit of granting security of tenure, but it does not resolve the problem posed by subsection 165.21(4) of the Act. It is obvious that he could only do so much and that legislative intervention is needed.

[61] Such intervention is required at the constitutional level not only to provide a solid legislative underpinning for the security of tenure of military judges with the safety valve of removal for cause, but also to prevent interference from the Executive with regard to the retirement age, which, through a discretionary extension at the

(5) Le maintien en service d'un officier de la force régulière au-delà de l'âge de retraite prévu en vertu du sous-alinéa (1)a) ou le maintien en service d'un officier de la force de réserve au-delà de l'âge de retraite déterminé aux termes de l'alinéa (4) peut être autorisé :

a) soit par le ministre;

b) soit par le chef d'état-major de la défense, si selon le cas :

(i) la période est de moins de 365 jours,

(ii) l'officier détient le grade effectif de colonel ou un grade moins élevé. [Je souligne.]

[59] Dans le cas des juges militaires, le report ne peut être recommandé par le chef d'état-major de la défense (voir l'alinéa 15.17(3)a)), mais il peut être octroyé par le ministre, à sa discrétion (voir l'alinéa 15.17(5)a)). À mon avis, une telle discrétion ministérielle, interférant avec l'âge de retraite des juges, soulève inutilement une problématique qui ne peut que nuire à l'organisation et à l'administration de la justice pénale militaire et surtout à l'indépendance de la magistrature militaire.

B. *Le remède à la question constitutionnelle*

[60] On se rappellera que, dès 2005, le juge militaire en chef a retranché du paragraphe 165.21(2) de la Loi la limite de cinq ans fixée à la durée du mandat des juges militaires. Ce faisant, il a conféré l'inamovibilité aux juges des cours martiales jusqu'à l'âge de leur retraite à cause du paragraphe 165.21(4) de la Loi qui le stipule. Tout comme les mesures proposées par les défunts projets de loi, la position prise par le juge militaire en chef, bien qu'elle ait le mérite d'octroyer l'inamovibilité, ne règle pas le problème que pose le paragraphe 165.21(4) de la Loi. Il est évident qu'il ne pouvait faire plus et qu'une intervention législative est nécessaire.

[61] Une telle intervention est requise au plan constitutionnel non seulement pour asseoir sur une base législative sûre l'inamovibilité des juges militaires avec la soupape de la révocation motivée, mais aussi pour empêcher une interférence de l'exécutif au niveau de l'âge de la retraite, laquelle par un report discrétionnaire

whim of the Executive, would allow a judge to continue to hold office past the age of retirement.

[62] When added together, subsection 165.21(4) of the Act and paragraphs 15.17(3) and (5) of the QR&O have the potential to undermine both the individual and institutional independence of the military judiciary or, almost assuredly, raise a reasonable apprehension in a reasonable and right-minded person that this independence may be undermined by external interference, in this case, that of the Minister. The individual and institutional dimensions of judicial independence include the need to ensure that a “judge is free to decide upon a case without influence from others” and the need to “maintain the independence of a court or tribunal as a whole from the executive and legislative branches of government”: *Ell v. Alberta*, above, at paragraphs 21 and 22.

[63] In addition, the Supreme Court added the following at paragraph 23 of that decision:

Accordingly, the judiciary’s role as arbiter of disputes and guardian of the Constitution require that it be independent from all other bodies. A separate, but related, basis for independence is the need to uphold public confidence in the administration of justice. Confidence in our system of justice requires a healthy perception of judicial independence to be maintained amongst the citizenry. Without the perception of independence, the judiciary is unable to “claim any legitimacy or command the respect and acceptance that are essential to it”: see *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at para. 38, *per* Gonthier J. The principle requires the judiciary to be independent both in fact and perception. [Emphasis added.]

[64] Given the fact that the issue of security of tenure for military judges has been the subject of contradictory decisions that have generated concern and uncertainty since 2005, that the Government has continued to reappoint military judges as if the declarations of unconstitutionality of five-year terms had never existed (see: the reappointment of judges Dutil and Lamont), and that no legislation has been enacted to correct this situation, I have no other choice but to declare invalid and of no force and effect subsections 165.21(2), (2.1), (3) and (4) of the Act as well as articles 101.15, 101.16 and 101.17

du terme de la retraite permettrait à un juge, au bon plaisir de l’exécutif, de demeurer plus longtemps en fonction.

[62] Le cumul du paragraphe 165.21(4) de la Loi et des paragraphes 15.17(3) et (5) des ORFC recèle le potentiel de compromettre aussi bien l’indépendance individuelle qu’institutionnelle de la magistrature militaire ou, presque assurément, de fonder chez une personne sensée et raisonnable une crainte raisonnable que cette indépendance soit compromise par une interférence externe, en l’occurrence celle du ministre. L’aspect individuel et institutionnel de l’indépendance judiciaire exige qu’un « juge soit libre de trancher une affaire sans influence extérieure » et de « maintenir l’indépendance d’un tribunal judiciaire ou administratif dans son ensemble vis-à-vis des organes exécutif et législatif du gouvernement » : *Ell c. Alberta*, précité, aux paragraphes 21 et 22.

[63] Au surplus, la Cour suprême ajoute ceci au paragraphe 23 de cet arrêt :

Par conséquent, en raison de son rôle d’arbitre des différends et de gardien de la Constitution, le pouvoir judiciaire doit être complètement indépendant. Un motif séparé, mais connexe, justifiant l’indépendance judiciaire est la nécessité de maintenir la confiance du public dans l’administration de la justice. Pour que règne la confiance dans notre système de justice, il faut s’assurer que les citoyens aient toujours une saine perception d’indépendance judiciaire. Sans cette perception d’indépendance, le pouvoir judiciaire ne peut pas « prétendre à la légitimité, ni commander le respect et l’acceptation qui lui sont essentiels » : voir *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 38, le juge Gonthier. Le principe exige que le pouvoir judiciaire soit non seulement effectivement indépendant, mais encore perçu comme étant indépendant. [Je souligne.]

[64] Compte tenu du fait que la question de l’inamovibilité des juges militaires a fait l’objet de décisions contradictoires génératrices d’inquiétude et d’incertitude depuis 2005, que le Gouvernement a continué à renouveler les mandats des juges militaires comme si les déclarations d’inconstitutionnalité des mandats de cinq ans n’existaient pas (voir les renouvellements des juges Dutil et Lamont) et qu’aucune législation n’a été adoptée pour corriger la situation, je n’ai d’autre choix que de déclarer invalides et inopérants les paragraphes 165.21(2), (2.1), (3) et (4) de la Loi ainsi que les articles 101.15,

of the QR&O as amended by Order in Council P.C. 2008-0548 dated March 11, 2008. However, I would suspend the declaration of invalidity and its coming into force for a period of six months from the date of this judgment.

V. The legality of the guilty verdict against the appellant

[65] Relying on the security of tenure declared in *Nguyen* and in subsequent decisions, above, the judge proceeded to hear the witnesses and weigh the evidence. The appellant alleged that the judge erred in law when he determined that the appellant's conduct constituted a marked departure from the standard of care expected of him in performing his duty.

[66] The appellant also submits that the judge did not assign enough weight to the entire security apparatus that was in place for the occasion, in particular, that they were not in a situation of apprehended danger on the base, that a second team was guarding the aircraft and that both the main entrance to the base as well as the gate near the tarmac were being guarded.

[67] With respect, I do not believe that the allegation against the judge is founded. The appellant was part of an elaborate and integrated security apparatus that was deemed to be necessary in the circumstances. If I may use a metaphor, I would say that the appellant was a link in the security chain that was put in place. And, as everybody knows, a chain is only as strong as its weakest link.

[68] Each link in the chain had a role to play. The appellant and Corporal Tremblay had been assigned to guard a specific sector, and it was their duty to guard it at all times. The fact that other links in the chain were also on guard duty could not, and did not, absolve him of the guard duty that was imposed on him and which he was expected to perform. I agree with counsel for the respondent that the absence of his partner [TRANSLATION] "logically required complete vigilance on his part": see paragraph 61 of the respondent's Memorandum of Fact and Law. If Sergeant Campbell was able to openly drive his truck right up to the appellant without him noticing, one can only imagine what could have happened if

101.16 et 101.17 des ORFC tels que modifiés par le décret P.C. 2008-0548 du 11 mars 2008. Je suspendrais toutefois la déclaration d'invalidité et sa prise d'effet pour une période de six mois à compter de la date du présent jugement.

V. La légalité du verdict de culpabilité de l'appellant

[65] Se prévalant de l'inamovibilité décrétée dans les arrêts *Nguyen* et suivants, précités, le juge a procédé à l'audition des témoins et soupesé la preuve. L'appellant lui reproche d'avoir erré en droit lorsqu'il a conclu que le comportement de l'appellant constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence associée à l'exécution de sa tâche.

[66] Toujours selon l'appellant, le juge n'aurait pas accordé suffisamment de poids au système complet de sécurité mis en place pour l'occasion, notamment qu'il n'y avait aucune situation de danger appréhendé sur la base, qu'une deuxième équipe surveillait les aéronefs et que l'entrée principale de la base ainsi que la barrière près du tarmac étaient contrôlées.

[67] Avec respect, je ne crois pas que le reproche fait au juge soit fondé. L'appellant faisait partie d'un système élaboré et intégré de sécurité jugé nécessaire dans les circonstances. Si je peux me permettre la métaphore, je dirais que l'appellant constituait un maillon de la chaîne de sécurité mise en place. Et on le sait, une chaîne n'est jamais plus forte que son maillon le plus faible.

[68] Chaque maillon de la chaîne avait un rôle à jouer. L'appellant et le caporal Tremblay s'étaient vus assigner un secteur défini de surveillance, une surveillance qu'il devait exercer d'une manière constante. Le fait que d'autres maillons de la chaîne exerçaient aussi de la surveillance ne pouvait le relever, et ne le relevait pas, de l'obligation de surveillance qui lui avait été imposée et qui lui incombait. Je suis d'accord avec le procureur de l'intimée que l'absence de son partenaire « nécessitait logiquement une pleine vigilance de sa part » : voir le paragraphe 61 du mémoire des faits et du droit de l'intimée. Si le sergent Campbell a pu ouvertement s'approcher avec son camion et se positionner près de

someone with malicious intentions had surreptitiously approached the appellant.

[69] In light of the circumstances relevant to the appellant's duty to remain vigilant, especially when his partner was absent, the judge determined that there had been a marked departure from the standard of care expected of the appellant. I cannot say that this finding was either erroneous or unreasonable in the circumstances.

VI. Did the judge err by not ordering a stay of the proceedings against the appellant?

[70] Having satisfied himself that he enjoyed security of tenure until the age of retirement, the judge had no reason to order a stay of proceedings, given the very narrow manner in which this concept is applied and the very limited possibility of associating it with the declaration of invalidity made under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*: see *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; and *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297.

VII. Conclusion

[71] For these reasons, I would allow the appeal for the sole purpose of declaring invalid and of no force or effect subsections 165.21(2), (3) and (4) of the Act and articles 101.15, 101.16 and 101.17 of the QR&O, but I would suspend the declaration of invalidity and its coming into force for a period of six months from the date of this judgment in order to allow Parliament to make the necessary legislative corrections.

[72] In all other respects, I would dismiss the appeal.

[73] In conclusion, I would remind the parties that, by Notice dated June 12, 2002, given to the parties and counsel by the Chief Justice, they must identify (by underlining or marking the margins) the passages of decisions from the case law on which they intend to rely. This identification by each party allows the opposing party and members of the panel to better prepare for the hearing. It results in better exchanges during

l'appelant sans qu'il n'en ait eu connaissance, on peut s'imaginer dans les circonstances ce qu'aurait été une approche subreptice à des fins malicieuses.

[69] En tenant compte des circonstances pertinentes à l'obligation de surveillance qui incombait à l'appelant, surtout en l'absence de son partenaire, le juge a conclu à un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'on attendait de l'appelant. Je ne saurais dire que cette conclusion est soit erronée, soit déraisonnable dans les circonstances.

VI. Le juge a-t-il commis une erreur en n'ordonnant pas l'arrêt des procédures contre l'appelant?

[70] S'étant satisfait qu'il jouissait de l'inamovibilité jusqu'à l'âge de la retraite, le juge ne disposait d'aucun motif pour ordonner un arrêt des procédures, compte tenu de l'application très restrictive qui est faite de ce concept et de la possibilité très limitée de l'associer à une déclaration d'invalidité prononcée en application du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* : voir *R. c. Ferguson*, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489; et *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297.

VII. Conclusion

[71] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel à la seule fin de déclarer invalides et inopérants les paragraphes 165.21(2), (3) et (4) de la Loi et les articles 101.15, 101.16 et 101.17 des ORFC, mais je suspendrais la déclaration d'invalidité et sa prise d'effet pour une période de six mois à compter de la date du jugement afin de permettre au législateur d'apporter les correctifs législatifs requis.

[72] À tous autres égards, je rejetterais l'appel.

[73] En terminant, je rappelle aux parties que, par Avis du 12 juin 2002 donné aux parties et aux avocats par le Juge en chef, elles doivent identifier (par souligné ou une marque apposée latéralement) les passages des arrêts jurisprudentiels sur lesquels elles comptent s'appuyer. Cette identification par chaque partie permet à la partie adverse et aux membres de la formation de bien se préparer pour l'audition. Il en résulte de meilleurs échanges

oral argument and saves time and energy for everyone involved.

ALEXANDRE DESCHÊNES J.A.: I agree.

GUY COURNOYER J.A.: I agree.

lors des plaidoiries ainsi qu'une économie de temps et d'énergie pour tous ceux impliqués.

ALEXANDRE DESCHÊNES, J.C.A. : Je suis d'accord.

GUY COURNOYER, J.C.A. : Je suis d'accord.