

R. v. Gagnon, 2015 CMAC 2

CMAC 577

**Her Majesty the Queen**

*Appellant,*

v.

**Warrant Officer J.G.A. Gagnon**

*Respondent.*

CMAC 581

**Her Majesty the Queen**

*Appellant,*

v.

**Corporal A.J.R. Thibault**

*Respondent.*

Heard: Ottawa, Ontario, June 12, 2015.

Judgment: Ottawa, Ontario, December 21, 2015.

Present: Bell C.J., Deschênes and Cournoyer JJ.A.

On appeal from a decision by a General Court Martial held on August 11, 2014 at Saint-Malo Armoury, Quebec acquitting the respondent Gagnon on a charge of sexual assault, and from the decision by a Standing Court Martial (2015 CM 1001) held on January 13, 2015 at 2nd Division Support Base Valcartier, Courcelette, Quebec, finding that it had had no jurisdiction over the charge of sexual assault against the respondent Thibault.

*Constitutional Law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Fundamental Freedoms — National Defence Act, s. 230.1 (Appeal by Minister) — Both respondents charged with sexual assault contrary to National Defence Act, s. 130, Criminal Code — Respondent Gagnon acquitted of charge while trial of respondent Thibault never occurring since Standing Court Martial finding not having jurisdiction over charge given lack of sufficient military nexus — Minister of National Defence (Minister) appealing both decisions — Respondents bringing motions seeking to have Minister’s appeals quashed, dismissed since right to appeal must be attributed to independent prosecutor whereas arguing Minister not independent prosecutor — Whether right to independent prosecutor principle of fundamental justice; if so, whether power to commence appeal conferred on Minister contrary to principle of fundamental*

R. c. Gagnon, 2015 CACM 2

CMAC 577

**Sa Majesté la Reine**

*Appelante,*

c.

**Adjudant J.G.A. Gagnon**

*Intimé.*

CMAC 581

**Sa Majesté la Reine**

*Appelante,*

c.

**Caporal A.J.R. Thibault**

*Intimé.*

Audience : Ottawa (Ontario), le 12 juin 2015.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 21 décembre 2015.

Devant : Le juge en chef Bell et les juges Deschênes et Cournoyer, J.C.A.

Appel de la décision d’une cour martiale générale tenue le 11 août 2014 au Manège militaire Saint-Malo (Québec), acquittant l’intimé Gagnon d’une accusation d’agression sexuelle, et de la décision d’une cour martiale permanente (2015 CM 1001) tenue le 13 janvier 2015 à la Base de soutien de la 2<sup>e</sup> division Valcartier, à Courcelette (Québec), selon laquelle elle n’avait pas compétence à l’égard de l’accusation d’agression sexuelle contre l’intimé Thibault.

*Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Libertés fondamentales — Loi sur la défense nationale, art. 230.1 (appel interjeté par le ministre) — Les deux intimés ont été accusés d’agression sexuelle, en violation de l’art. 130 de la Loi sur la défense nationale et du Code criminel — L’intimé Gagnon a été acquitté des accusations, tandis que le procès de l’intimé Thibault n’a jamais eu lieu puisque la cour martiale permanente a conclu qu’elle n’avait pas compétence à l’égard des chefs d’accusation étant donné l’absence de lien de connexité suffisant avec le service militaire — Le ministre de la Défense nationale fait appel des deux décisions — Les intimés ont présenté des requêtes pour l’annulation et le rejet des appels présentés par le ministre, car ils estiment que le droit d’interjeter appel doit être attribué à un poursuivant indépendant et que le ministre n’est pas*

*justice, violating Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Whether violation of Charter, s. 7 saved under s. 1 — Whether declaration of invalidity with respect to s. 230.1 of the Act (conferring Crown's right to appeal on Minister) leading to dismissal of Minister's appeals — Per Cournoyer J.A. (Deschênes J.A. concurring): Prosecutorial independence principle of fundamental justice, applying to Canadian military justice system — Prosecution must objectively be able to act independently of any influence, political or otherwise — Control, administration of Canadian forces by Minister incompatible with decision making regarding nature, extent of prosecutions in military justice system — Incompatibility also existing with granting prosecutorial discretion, such as power to appeal, to Minister — Military justice system must be independent of chain of command — Conclusion in Mackay v. The Queen that Minister standing in place of Attorney General not surviving R. v. Généreux — Minister not having required objective institutional independence — Minister not independent prosecutor — Act, s. 230.1 not reasonable limit demonstrably justified in free, democratic society — Declaration of s. 230.1's invalidity to be suspended — Respondents not having right to any particular defence or to specific result but rather to additional remedy considered effective, fair, reasonable, which in present circumstances precluding dismissal of appeals — Solution herein to adjourn hearing of appeals on merits until after end of period of suspended invalidity for Act, s. 230.1 — Motions dismissed; National Defence Act, s. 230.1 invalidated — Per Bell C.J. (partially concurring) — R. v. Généreux not eliminating role of Minister similar to that of Attorney General — That role remaining the same although limited by constitutional principles.*

Both respondents were charged with sexual assault contrary to section 130 of the *National Defence Act* and the *Criminal Code*. The respondent Gagnon was acquitted of the charge and the Minister of National Defence (Minister) commenced an appeal seeking a new trial on the ground that the Military Judge erred by putting to the five-member panel of the General Court Martial the defence of honest but mistaken belief in consent. In the case of the respondent Thibault, the Standing Court Martial found that it had no jurisdiction over the charge of sexual assault because of a lack of sufficient military nexus.

*un poursuivant indépendant — Le droit à un poursuivant indépendant constitue-t-il un principe de justice fondamentale? Dans l'affirmative, le pouvoir conféré au ministre d'interjeter appel est-il contraire à ce principe de justice fondamentale, et constitue-t-il une violation de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — La violation de l'art. 7 de la Charte est-elle justifiée sous l'art. premier de la Charte? — La déclaration d'invalidité de l'art. 230.1 de la Loi (conférant au ministre le droit du poursuivant de faire appel des décisions) entraîne-t-elle le rejet des appels du ministre? — Motifs rendus par le juge Cournoyer (le juge Deschênes, motifs concordants) : l'indépendance du poursuivant est un principe de justice fondamentale s'appliquant au système de justice militaire canadien — La poursuite doit objectivement être en mesure d'agir d'une manière indépendante à l'abri de toute influence, politique ou autre — La maîtrise et la gestion des Forces canadiennes par le ministre sont incompatibles avec la prise de décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites au sein du système de justice militaire — Cette incompatibilité est également présente quand on confère un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, comme le pouvoir d'interjeter appel, au ministre — Le système de justice militaire doit être indépendant de la chaîne de commandement — La conclusion présentée dans l'arrêt Mackay c. La Reine, selon laquelle le ministre joue le rôle du procureur général, n'a pas survécu à l'arrêt R. c. Généreux — Le ministre ne dispose pas de l'indépendance institutionnelle objective requise — Le ministre n'est pas un poursuivant indépendant — L'art. 230.1 de la Loi sur la défense nationale n'est pas une limite raisonnable qui se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique — La déclaration d'invalidité de l'art. 230.1 doit être suspendue — Les intimés n'ont pas droit à une défense donnée ou à un résultat précis, mais plutôt à une réparation additionnelle efficace, juste et raisonnable qui, dans les circonstances, exclut le rejet des appels — La solution réside dans l'ajournement de l'audition des appels au fond après la fin de la période de suspension de la déclaration d'invalidité de l'art. 230.1 — Requêtes rejetées; art. 230.1 de la Loi sur la défense nationale invalidé — Motifs rendus par le juge en chef Bell (en partie concordants) — L'arrêt R. c. Généreux n'a pas eu pour effet d'anéantir le rôle que joue le ministre de la Défense nationale, similaire à celui du procureur général — Ce rôle demeure le même, quoique limité par les principes constitutionnels.*

Les deux intimés ont été accusés d'agression sexuelle, en contravention de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* et du *Code criminel*. L'intimé Gagnon a été acquitté de l'accusation et le ministre de la Défense nationale (le ministre) a interjeté appel et a demandé la tenue d'un nouveau procès, car il estime que le juge militaire a erré en soumettant au comité de cinq membres de la cour martiale générale la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Dans le cas de l'intimé Thibault, la cour martiale permanente a conclu qu'elle n'avait pas compétence à l'égard de

The Minister appealed this decision as well. The respondents sought to have the Minister's appeals in their case quashed and dismissed because they were of the view that the right to appeal must be attributed to an independent prosecutor and that it is contrary to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to confer it on the Minister who, according to them, is not an independent prosecutor. As well, they submitted that the report by the Special Advisory Group on Military Justice and Military Investigation Services entitled *Report on Quasi-Judicial Role of the Minister of National Defence* (second Dickson report) supports the finding that the Minister must play no quasi-judicial role in the Canadian military justice system, including commencing an appeal.

The issues were whether the right to an independent prosecutor is a principle of fundamental justice; if so, whether the power to commence an appeal conferred on the Minister is contrary to that principle of fundamental justice and whether it violates section 7 of the *Canadian Charter of Right and Freedoms*; if yes, whether it is a reasonable limit that is justifiable in a free and democratic society; and if not, whether a declaration of invalidity with respect to section 230.1 of the Act (conferring the Crown's right to appeal on the Minister) would lead to the dismissal of the Minister's appeals.

*Held*: Motions dismissed; *National Defence Act*, section 230.1 invalidated.

*Per* Cournoyer J.A. (Deschênes J.A. concurring): The respondents' right to life, liberty and security of the person was at issue in this case since the availability of imprisonment is sufficient to trigger section 7 of the Charter. Such availability exists according to section 139 of the Act. The Supreme Court has established in cases such as *Hinse v. Canada (Attorney General)* and *R. v. Anderson* that prosecutorial independence is a principle of fundamental justice. The independence of the prosecutor is in fact a legal principle about which there is a significant societal consensus that it is fundamental to the way in which the criminal justice system ought fairly to operate. It is also essential that the prosecutor can be reasonably perceived as being independent. Prosecutorial independence would be a meaningless principle of fundamental justice if it did not also have to be assessed from the objective standpoint of a reasonable person fully apprised of the relevant circumstances.

An assessment of independence requires an analysis of whether the duties of the prosecutor allow him to act independently. Independence in the exercise of prosecutorial discretion is a principle of fundamental justice under section 7 of the Charter. The prosecution must objectively be able to act independently of any influence, political or otherwise. As

l'accusation d'agression sexuelle en raison de l'absence d'un lien de connexité militaire suffisant. Le ministre a également interjeté appel de cette décision. Les intimés ont demandé l'annulation et le rejet des appels du ministre, car ils estiment que le droit d'interjeter appel doit être attribué à un poursuivant indépendant et qu'il est contraire à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de le confier au ministre qui, selon eux, n'est pas un poursuivant indépendant. De plus, ils estiment que le rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et les services d'enquête de la police militaire intitulé *Le rapport sur le rôle quasi-judiciaire du ministre de la défense nationale* (deuxième rapport Dickson) appuie la conclusion que le ministre ne doit jouer aucun rôle quasi-judiciaire dans le système de justice militaire canadien, y compris celui d'interjeter appel.

Les questions en litige étaient les suivantes : est-ce que le droit à un poursuivant indépendant est un principe de justice fondamentale?; dans l'affirmative, est-ce que le pouvoir conféré au ministre d'interjeter appel est contraire à ce principe de justice fondamentale et constitue une violation de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?; dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable qui se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique?; si non, est-ce que la déclaration d'invalidité de l'article 230.1 de la Loi (conférant au ministre le droit du poursuivant de faire appel) entraînerait le rejet des appels du ministre?

*Jugement* : Requêtes rejetées; article 230.1 de la *Loi sur la défense nationale* invalidé.

Motifs rendus par le juge Cournoyer (le juge Deschênes y ayant souscrit) : le droit à la liberté, à la sécurité et à la vie des intimés était en cause en l'espèce, puisque la possibilité d'emprisonnement suffit pour justifier un examen fondé sur l'article 7 de la Charte. Une telle possibilité existe selon l'article 139 de la Loi. La Cour suprême du Canada a établi dans une série de décisions, comme l'arrêt *Hinse c. Canada (Procureur général)* et l'arrêt *R. c. Anderson*, que l'indépendance du poursuivant est un principe de justice fondamentale. Il s'agit en effet d'un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société : ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice pénale. Il est aussi essentiel que le poursuivant puisse être raisonnablement perçu comme indépendant. L'indépendance du poursuivant serait un principe de justice fondamentale vide de sens s'il ne devait pas, lui aussi, être évalué selon le point de vue objectif d'une personne raisonnable et bien informée de l'ensemble des circonstances.

L'évaluation de l'indépendance du poursuivant requiert une analyse de sa fonction, qui doit lui permettre d'agir en toute indépendance. L'indépendance dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la Charte. La poursuite doit objectivement être en mesure d'agir d'une manière

well, prosecutorial independence is a principle of fundamental justice that applies to the Canadian military justice system. This principle has largely been recognized and respected in the Act since the position of Director of Military Prosecutions (DMP) was created in 1999.

The Minister is at the apex of the chain of command in the Canadian Forces. The control and administration of the Canadian Forces is incompatible with decision making regarding the nature and extent of prosecutions in the military justice system that may lead to the imprisonment of an employee of the Minister. There is also incompatibility with granting prosecutorial discretion, such as the power to appeal, to the Minister. The military justice system must be independent of the chain of command. The Minister's argument that he is bound by the principle of prosecutorial independence when deciding whether to bring an appeal was rejected. He relied on the Supreme Court of Canada's decision in *MacKay v. The Queen* where it was said that the Minister stands in the place of the Attorney General regarding charges brought before a military court but that conclusion no longer applies since it did not survive the Supreme Court's decision in *R. v. Généreux* (a decision involving the constitutionality of general court martial proceedings) and the reforms made since that decision. While the issue in *Généreux* concerned the process of constituting the General Court Martial, the general observations made by Chief Justice Lamer therein regarding the role of the executive and the military hierarchy in the military justice system are still just as relevant. The wisdom behind his conclusions applies to the power to appeal. The principle of independence regarding decisions to prosecute requires that such decisions also be protected as much as possible from interference by members of the military hierarchy. When a member of the military hierarchy, like the Minister, is entrusted with decisions of this sort, the problems are substantial. Since the DMP's discretion must be exercised autonomously and independently and must be free of any interference from the chain of command, this principle cannot be respected if the exercise of a discretionary prosecutorial power, such as the power to appeal, is granted to someone like the Minister. The Minister quite simply does not have the objective institutional independence required to exercise, with complete independence, a function that may lead to the imprisonment or even dismissal of a member of the Minister's personnel. The Minister cannot be regarded as an independent prosecutor. Accordingly, section 230.1 infringes section 7 of the Charter.

The test established in *R. v. Oakes* was applied to determine whether section 230.1 of the Act was a reasonable limit that could be demonstrably justified in a free and democratic society. The intention in enacting section 230.1 in 1991 was

indépendante à l'abri de toute influence, politique ou autre. De plus, l'indépendance du poursuivant est un principe de justice fondamentale qui s'applique au système de justice militaire canadien. Ce principe est largement reconnu et respecté dans la Loi depuis la création du poste de Directeur des poursuites militaires (DPM), en 1999.

Le ministre est au sommet de la chaîne de commandement des Forces canadiennes. La direction et la gestion des Forces canadiennes sont incompatibles avec la prise de décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites au sein du système de justice militaire, un processus judiciaire qui peut conduire à l'emprisonnement d'un employé du ministre. Cette incompatibilité est également présente quand on confère un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, comme le pouvoir d'interjeter appel, au ministre. Le système de justice militaire doit être indépendant de la chaîne de commandement. L'argument du ministre selon lequel il est lié par le principe de l'indépendance du poursuivant lorsqu'il décide d'interjeter appel a été rejeté. Il s'appuyait sur la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mackay c. La Reine*, où elle a établi, au sujet des accusations portées devant un tribunal militaire, que le ministre de la Défense nationale joue le rôle du procureur général, mais cette conclusion n'est plus applicable puisqu'elle n'a pas survécu à la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Généreux* (décision portant sur la constitutionnalité des procédures d'une cour martiale générale) [59] et aux réformes mises en œuvre depuis cette décision. Bien que la question examinée dans l'arrêt *Généreux* concernait le processus de constitution de la cour martiale générale, les observations générales du juge en chef Lamer au sujet du rôle de l'exécutif et de la hiérarchie militaire dans le système de justice militaire sont toujours aussi pertinentes. La sagesse de ses conclusions s'applique au pouvoir d'interjeter appel. Le principe de l'indépendance à l'égard des décisions en matière de poursuite exige que celles-ci soient aussi le plus possible à l'abri de l'ingérence des membres de la hiérarchie militaire. Lorsque ce type de décisions est confié à un membre de la hiérarchie militaire, comme le ministre, le problème est complet et entier. Puisque la discrétion du DPM doit s'exercer de manière autonome et indépendante et à l'abri de toute intervention de la chaîne de commandement, ce principe ne peut être respecté si un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, comme le pouvoir d'interjeter d'appel, est confié à un titulaire comme le ministre. Le ministre ne dispose tout simplement pas de l'indépendance institutionnelle objective requise pour exercer en toute indépendance une fonction qui peut conduire à l'emprisonnement d'un de ses employés, voire son congédiement. Le ministre ne peut être perçu comme un poursuivant indépendant. En conséquence, l'article 230.1 enfreint l'article 7 de la Charte.

Les critères formulés par l'arrêt *R. c. Oakes* ont été appliqués pour décider si l'article 230.1 de la Loi est une limite raisonnable qui se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'adoption de l'article 230.1, en 1991, visait la

to create a right of appeal for the prosecution and to keep this power to appeal at the apex of the chain of command. This power was thus granted to the Minister in light of the multiple quasi-judicial powers that the Minister exercised in the military justice system at that time. Since no pressing and substantial objective could be identified, granting the Minister the power to appeal did not meet an identifiable objective that was pressing and substantial. As well, the means by which the goal was furthered was not proportionate. This was not the least intrusive means available. Parliament could grant the power to appeal to the DPM, the Director of Public Prosecutions of Canada or the Attorney General. The Minister did not discharge his burden of proving that granting him the power to appeal was a reasonable limit that could be demonstrably justified in a free and democratic society. He simply stated that this was a choice that was available to Parliament—this was clearly not enough to justify violating a principle of fundamental justice.

As to the outcome of the Minister's appeals if section 230.1 of the Act were declared invalid, it was clear that the declaration of section 230.1's invalidity had to be suspended because not suspending it would have consequences on the exercise of all rights of appeal under the Act. The obstacles created by not suspending the effect of the declaration of invalidity were likely to compromise access to the courts, which is a pillar of the rule of law. The concerns raised were enough to conclude that an order suspending the declaration of invalidity was needed.

Regarding whether the respondents should benefit from the invalidity of section 230.1 of the Act, the right at issue in this case was the right to an independent prosecutor in the context of the exercise of a right to appeal against the acquittal of the respondent Gagnon and of the conclusion that the Court Martial did not have jurisdiction in the case of the respondent Thibault. The respondents did not necessarily have a right to any particular defence or to a specific result but rather to an additional remedy that was effective, fair and reasonable, which in the circumstances did not include the dismissal of the appeals. There was no link between the dismissal of the appeals and the right to an independent prosecutor who makes the decision to appeal and acts in that appeal. Dismissing the Minister's appeals would amount to an exemption from the period of suspended invalidity. Such a remedy is prohibited by case law and would be disproportionate to the societal interest in having the merits of the appeals considered by the Court. The lack of an immediate remedy is not an injustice if it is possible to devise another remedy that is less drastic than a dismissal of the appeals. The solution was instead to adjourn the hearing of the appeals on the merits until after the end of the period of suspended invalidity for section 230.1 of the Act. Adjournment was a remedy that was suited to the specific context of the present case. It was

création d'un droit d'interjeter appel pour le poursuivant et le maintien du pouvoir d'interjeter appel au sommet de la chaîne de commandement. Ce pouvoir a ainsi été conféré au ministre, compte tenu des multiples pouvoirs quasi-judiciaires qu'il exerçait dans le cadre du système de justice militaire alors en place. Puisque l'identification de l'objectif urgent et réel poursuivi n'était pas possible, confier l'exercice du pouvoir d'interjeter appel au ministre ne répondait pas à un objectif urgent et réel identifiable. De plus, le moyen choisi n'était pas proportionnel. Il ne s'agissait pas du moyen le moins attentatoire. Le législateur pouvait confier le pouvoir d'interjeter appel au DPM, au Directeur des poursuites pénales du Canada ou au procureur général du Canada. Le ministre n'a pas satisfait à son fardeau de faire la démonstration que de lui confier le pouvoir d'interjeter appel est une limite raisonnable qui se justifie dans une société libre et démocratique. Il s'en est plutôt tenu à l'affirmation qu'il s'agit d'un choix que le législateur pouvait faire. Cela est nettement insuffisant pour justifier la violation d'un principe de justice fondamentale.

Quant au sort des appels si l'article 230.1 de la Loi devait être déclaré invalide, il est évident que l'effet de la déclaration d'invalidité de l'article 230.1 devait être suspendu, car l'absence d'une suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité aurait des conséquences sur l'exercice de tous les droits d'appel prévus à la Loi. Les obstacles posés par l'absence d'une suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité étaient susceptibles de compromettre l'accès aux tribunaux, essentiel à la primauté du droit. Les préoccupations soulevées suffisaient à conclure à la nécessité de rendre une ordonnance suspendant l'effet de la déclaration d'invalidité.

En ce qui concerne la question de savoir si les intimés devaient bénéficier de la déclaration d'invalidité de l'article 230.1 de la Loi, le droit en cause dans la présente affaire était le droit à un poursuivant indépendant dans le cadre de l'exercice d'un droit appel à l'encontre de l'acquiescement de l'intimé Gagnon et de la conclusion que la cour martiale n'avait pas compétence dans le dossier Thibault. Les intimés n'avaient pas nécessairement un droit à une défense donnée ou à un résultat précis, mais plutôt à une réparation additionnelle efficace, juste et raisonnable, ce que n'était pas, dans les circonstances, le rejet des appels. Le rejet des appels n'avait aucun lien avec le droit à un poursuivant indépendant qui prend la décision d'interjeter appel et qui agit dans le cadre de cet appel. Accorder le rejet des appels du ministre équivaudrait à une exemption de la période de suspension de la déclaration d'invalidité. Cette réparation est interdite par la jurisprudence et serait disproportionnée à l'intérêt qu'a la société à ce que le bien-fondé des appels soit évalué par notre Cour. L'absence d'une réparation immédiate n'est pas une source d'injustice s'il est possible de façonner une autre réparation moins draconienne que le rejet des appels. La solution résidait plutôt dans l'ajournement de l'audition des appels au fond après la fin de la période de suspension de la déclaration d'invalidité de l'article 230.1 de la Loi. L'ajournement

reasonable to believe that Parliament would act to find a solution and designate an independent prosecutor to exercise the prosecution's right of appeal under the Act. When considering the nature of the claimed constitutional right, namely, the right to have an independent prosecutor exercise the right to appeal, dismissing the appeals would be disproportionate to the societal interest in having appeals heard and judged on the merits. An assessment of the fairness of the appeal process is made not only from the point of view of the accused but also from the point of view of society and complainants.

The respondent's motions were dismissed and section 230.1 of the Act was invalidated. The declaration of invalidity was suspended for a period of six months from the date of the judgment and the hearing of the appeals on the merits was therefore adjourned.

*Per Bell J.A. (partially concurring):* There was agreement with Cournoyer J.A.'s finding that the concept of the prosecutor's independence, by his or her prosecutorial discretion, constitutes a principle of fundamental justice. However, reservations were expressed about Cournoyer J.A.'s decision that the finding in *MacKay* did not survive *R. v. Généreux*. Although *Généreux* determined institutional independence regarding the judicial function of military tribunals, the role of the Minister of National Defence (Minister), similar to that of the Attorney General, remains the same although limited by constitutional principles. Today, while the Attorney General, for constitutional reasons, is limited regarding his or her intervention in prosecutions, the Attorney General still retains his or her supervisory power over criminal prosecutions. Therefore, the Minister, like the Attorney General, must maintain that same role in criminal prosecutions in the military justice system. The role of the Minister is unique because the military justice process can lead to the imprisonment of his or her personnel. Since the Canadian military justice system co-exists with the civilian justice system, the Minister consequently has some prosecutorial authority that other departments cannot have. *Généreux* did not eliminate the role of the Minister similar to that of the Attorney General. Instead, it was the advent of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that led to the delineation of the Minister's jurisdiction. Because society's interest in appeals being heard and assessed on their merits prevails over the right of the appellants to an independent prosecutor on appeal, it was agreed with Cournoyer J.A.'s finding that the striking down of section 230.1 of the Act should have a suspensive effect and not an immediate effect and that the respondents' motions to quash and dismiss the appeals should be dismissed.

Finally, as stated by Cournoyer J.A., the possibility of conferring on the Director of Military Prosecutions the authority to commence appeals should be considered. However, this idea

était une réparation appropriée dans le contexte particulier de la présente affaire. Il était raisonnable de croire que le législateur agirait pour trouver une solution et désigner un poursuivant indépendant pour l'exercice du droit d'appel de la poursuite dans le cadre de la Loi. Si l'on considère la nature du droit constitutionnel revendiqué, c'est-à-dire, le droit à un poursuivant indépendant lors de l'exercice du droit d'appel, le rejet des appels serait disproportionné à l'intérêt de la société à ce que les appels soient entendus et évalués sur le fond. Un processus d'appel équitable s'évalue aussi tant du point de vue de l'accusé que celui de la société et des plaignants.

Les requêtes présentées par les intimés ont été rejetées et l'article 230.1 de la Loi a été invalidé. La déclaration d'invalidité a été suspendue pour un délai de six mois à compter du jugement et l'audition des appels au fond a donc été ajournée.

Motifs rendus par le juge Bell (concordants en partie) : Il est d'accord avec la conclusion du juge Cournoyer selon laquelle la notion d'indépendance du poursuivant, par son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite, constitue un principe de justice fondamentale. Toutefois, il a exprimé des réserves avec la décision du juge Cournoyer, selon laquelle la conclusion dans l'arrêt *MacKay* n'avait pas survécu à l'arrêt *Généreux*. Bien que l'arrêt *Généreux* se soit prononcé sur l'indépendance institutionnelle concernant la fonction judiciaire des tribunaux militaires, le rôle du ministre, similaire à celui du procureur général, reste le même, quoique limité par les principes constitutionnels. Aujourd'hui, bien que le procureur général, pour des raisons constitutionnelles, soit limité dans ses interventions au niveau des poursuites, il conserve tout de même son pouvoir de supervision des poursuites pénales. Par conséquent, le ministre, tout comme le procureur général, doit conserver ce même rôle au sein des poursuites pénales dans le système de justice militaire. Le rôle du ministre est particulier puisque le processus judiciaire militaire peut mener à l'emprisonnement de membres de son personnel. Puisque le système de justice militaire canadien existe en parallèle au système de justice civile, le ministre a par conséquent un certain pouvoir de poursuite que d'autres ministères ne peuvent avoir. L'arrêt *Généreux* n'a pas eu pour effet d'anéantir le rôle que joue le ministre de la Défense nationale, similaire à celui du procureur général. C'est plutôt l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui a entraîné la délimitation des compétences du ministre. Puisque l'intérêt de la société à ce que les appels soient entendus et évalués sur le fond l'emporte sur le droit des appelants à un poursuivant indépendant en matière de droit d'appel, il a adhéré à la conclusion du juge Cournoyer pour que l'invalidation de l'article 230.1 ait un effet suspensif plutôt qu'immédiat, et que les requêtes présentées par les intimés pour l'annulation et le rejet des appels soient rejetées.

Enfin, comme l'a exprimé le juge Cournoyer, la possibilité de confier au Directeur des poursuites militaires les pouvoirs d'interjeter appel devrait être envisagée. Toutefois, il faudrait

should be taken even further in that giving such authority to the Director of Military Prosecutions seems to be the only solution available in the circumstances to ensure that section 230.1 of the Act satisfies the constitutional requirement of prosecutorial independence as well as the Supreme Court decisions acknowledging the legitimacy of the Canadian military justice system.

aller plus loin en affirmant que cette attribution au Directeur des poursuites militaires semble être la seule solution envisageable dans les circonstances pour que l'article 230.1 de la Loi respecte l'exigence constitutionnelle d'indépendance du poursuivant ainsi que les arrêts de la Cour suprême quant à la reconnaissance de la légitimité du système de justice militaire canadien.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Act respecting the Director of Criminal and Penal Prosecutions*, CQLR, c. D-9.1.1, s. 4.
- Amendments to the *National Defence Act*, Schedule 1 of *An Act to amend certain Acts having regard to the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, R.S.C. 1985 (1st Supp.), c. 31.
- Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 36th Parl., 1st Sess., 1998, c. 35.
- Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 148.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d), (f), (h), 24.
- Constitution Act, 1867*, s. 91(7).
- Constitution Act, 1982*, s. 52(1).
- Court Martial Appeal Court Rules*, SOR/86-959, r. 11.1, 19.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.33, 672.54, 672.81(1).
- Department of Justice Act*, R.S.C. 1985, c. J-2, ss. 4(b), 5(b).
- Director of Public Prosecutions Act*, S.C. 2006, c. 9, s. 121, ss. 5, 10, 14, 121.
- Federal Accountability Act*, S.C. 2006, c. 9.
- National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 4, 9.1, 9.2, 18, 130, 139, 165.1(2), 165.11, 165.12, 230.1, 245(2).
- Order Fixing September 1, 1999 as the Date of the Coming into Force of Certain Sections of the Act*, SI/99-75, (1999) 133 C. Gaz. II, 1960.
- 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>), art. 112.24(1)(a),(e).

#### CASES CITED

- Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11(d), (f), (h), 24.
- Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2, art. 148.
- Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.33, 672.54, 672.81(1).
- Décret fixant au 1<sup>er</sup> septembre 1999 la date d'entrée en vigueur de certains articles de la Loi*, TR/99-75, (1999) 133 Gaz. C. II, 1960.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(7).
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).
- Loi fédérale sur la responsabilité*, L.C. 2006, ch. 9.
- Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 4, 9.1, 9.2, 18, 130, 139, 165.1(2), 165.11, 165.12, 230.1, 245(2).
- Loi sur le directeur des poursuites criminelles et pénales*, RLRQ, ch. D-9.1.1, art. 4.
- Loi sur le directeur des poursuites pénales*, L.C. 2006, ch. 9, art. 121, art. 5, 10, 14, 121.
- Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. 1985, ch. J-2, art. 4b), 5b).
- Modifications à la *Loi sur la défense nationale*, Annexe 1 de la *Loi modifiant certaines lois eu égard à la Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. 1985 (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31.
- 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. 112.24(1)a), e).
- Projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 36<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 1998, ch. 35.
- Règles de la Cour d'appel de la cour martiale*, DORS/86-959, r. 11.1, 19.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

- Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Carter*

5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, 40 O.R. (3d) 160; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, 114 D.L.R. (3d) 393; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, 98 N.R. 321; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, 141 N.S.R. (2d) 1; *Quebec North Shore & Labrador Railway Co. v. Canada (Minister of Labour)*, 199 N.R. 161, [1996] F.C.J. No. 545 (QL) (FCA); *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, 87 D.L.R. (4th) 449; *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387, 55 D.L.R. (4th) 481; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113, 146 D.L.R. (4th) 437; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, 191 N.R. 327; *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. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472; *R. v. Irwin*, 107 O.A.C. 102, 1998 CanLII 2957; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, 20 D.L.R. (4th) 651; *R. v. Larouche*, 2014 CMAC 6, 7 C.M.A.R. 852; *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. McHale*, 2010 ONCA 361, 256 C.C.C. (3d) 26 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 33796); *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, 244 A.R. 201; *R. v. Morgentaler*, 52 O.R. (2d) 353, 1985 CanLII 116 (ONCA); *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, 44 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, 53 O.R. (2d) 71; *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. T. (V)*, [1992] 1 S.C.R. 749, 134 N.R. 289; *R. c. Tshiamala*, 2011 QCCA 439, 299 C.C.C. (3d) 345; *R. v. Tupper*, 2009 CMAC 5, 7 C.M.A.R. 357; *R. v. Wehmeier*, 2014 CMAC 5, 7 C.M.A.R. 828 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 35933); *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*,

*c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, 114 D.L.R. (3d) 393; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, 98 N.R. 321; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, 141 N.S.R. (2d) 1; *Quebec North Shore & Labrador Railway Co. c. Canada (Ministre du Travail)*, 199 N.R. 161, [1996] A.C.F. n° 545 (QL) (CAF); *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, 87 D.L.R. (4th) 449; *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387, 55 D.L.R. (4th) 481; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, 146 D.L.R. (4th) 437; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, 191 N.R. 327; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, 88 D.L.R. (4th) 110; *R. v. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472; *R. v. Irwin*, 107 O.A.C. 102, 1998 CanLII 2957; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, 20 D.L.R. (4th) 651; *R. c. Larouche*, 2014 CACM 6, 7 C.A.C.M. 852; *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. v. McHale*, 2010 ONCA 361, 256 C.C.C. (3d) 26 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la Cour : 33796); *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, 244 A.R. 201; *R. v. Morgentaler*, 52 O.R. (2d) 353, 1985 CanLII 116 (ONCA); *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4th) 385; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 53 O.R. (2d) 71; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. T. (V)*, [1992] 1 R.C.S. 749, 134 N.R. 289; *R. c. Tshiamala*, 2011 QCCA 439, 299 C.C.C. (3d) 345; *R. c. Tupper*, 2009 CACM 5, 7 C.A.C.M. 357; *R. c. Wehmeier*, 2014 CACM 5, 7 C.M.A.C. 828 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la Cour : 35933); *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l'indépendance*



[1998] 1 S.C.R. 3, 161 Nfld. & P.E.I.R. 124; *Resolution to amend the Constitution (Re)*, [1981] 1 S.C.R. 753, 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, 93 D.L.R. (4th) 1; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, 224 N.R. 1; *Wood v. Schaeffer*, 2013 SCC 71, [2013] 3 S.C.R. 1053.

## AUTHORS CITED

- Brun, Henri et al. *Droit constitutionnel*, 6th ed. Cowansville, Qc: Éditions Yvon Blais, 2014.
- Canada. Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia. *Independence in the Prosecution of Offences in the Canadian Forces: Military Policing and Prosecutorial Discretion*, by James W. O'Reilly, and Patrick Healy. Ottawa, 1997.
- Canada. Department of National Defence. *Minister's Monitoring Committee on Change in the Department of National Defence and the Canadian Forces: Final Report*. Ottawa, 1999.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 62. *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor*. Ottawa, 1990.
- Canada. Library of Parliament. *Bill C-2: The Federal Accountability Act*, Legislative Summary LS-522E. Ottawa, 21 April 2006, revised 18 December 2006.
- Canada. Library of Parliament. *Legislative Summary of Bill C-15: An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, Legislative Summary 41-1-C15-E by Erin Shaw and Dominique Valiquet. Ottawa, 24 April 2012, revised 2 May 2013.
- Canada. Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services. *Report on Quasi-Judicial Role of the Minister of National Defence*. Ottawa, 25 July 1997.
- Conway, Michael D. "Thirty-Ninth Kenneth J. Hodson Lecture in Criminal Law" (2012), 213 *Mil. L. Rev.* 212.
- Fay, James B. "Canadian Military Law: An Examination of Military Justice" (1975), 23 *Chitty's L.J.* 228.
- Fidell, Eugene R. and Dwight H. Sullivan. *Evolving Military Justice*. Annapolis: Naval Institute Press, 2002.
- Frater, Robert J. *Prosecutorial Misconduct*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009.
- Halsbury's Laws of Canada – Military*, 1st ed., by Natalie Venslovaitis and Catherine Morin, eds., with the collaboration of the Office of the Judge Advocate General for

et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1998] 1 R.C.S. 3, 161 Nfld. & P.E.I.R. 124; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 93 D.L.R. (4th) 1; *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, 40 O.R. (3<sup>d</sup>) 160; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, 224 N.R. 1; *Wood c. Schaeffer*, 2013 CSC 71, [2013] 3 R.C.S. 1053.

## DOCTRINE CITÉE

- Brun, Henri et al. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2014.
- Canada. Bibliothèque du Parlement. *Projet de loi C-2 : Loi fédérale sur la responsabilité*, Résumé législatif 39-1-LS-522F. Ottawa, 21 avril 2006, révisé le 18 décembre 2006.
- Canada. Bibliothèque du Parlement, *Résumé législatif du projet de loi C-15 : Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, Résumé législatif 41-1-C15-F par Erin Shaw et Dominique Valiquet. Ottawa, 24 avril 2012, révisé le 2 mai 2013.
- Canada. Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie. *L'indépendance des poursuites engagées relativement à des infractions commises dans les Forces canadiennes : la police militaire et le pouvoir discrétionnaire de poursuivre*, par James W. O'Reilly et Patrick Healy. Ottawa, 1997.
- Canada, Commission de réforme du droit. Document de travail 62. *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*. Ottawa, 1990.
- Canada. Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et les services d'enquête de la police militaire. *Rapport sur le rôle quasi-judiciaire du ministre de la Défense nationale*. Ottawa, 25 juillet 1997.
- Canada. Ministère de la Défense nationale. *Rapport du Comité de surveillance des changements au sein du ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes*. Ottawa, 1999.
- Conway, Michael D. « Thirty-Ninth Kenneth J. Hodson Lecture in Criminal Law » (2012), 213 *Mil. L. Rev.* 212.
- Fay, James B. « Canadian Military Law: An Examination of Military Justice » (1975), 23 *Chitty's L.J.* 228.
- Fidell, Eugene R. et Dwight H. Sullivan. *Evolving Military Justice*. Annapolis (Md.), Naval Institute Press, 2002.
- Frater, Robert J. *Prosecutorial Misconduct*. Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2009.
- Halsbury's Laws of Canada – Military*, 1<sup>re</sup> éd., par Natalie Venslovaitis et Catherine Morin, dir., avec la collaboration du Cabinet du Juge-avocat général des Forces armées

- the Canadian Armed Forces. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2011, updated December 15, 2013.
- Hansen, Victor. "The impact of Military Justice Reforms on the Law of Armed Conflict: How to Avoid Unintended Consequences" (2013), 21 *Mich. St. Int'l L. Rev.* 230.
- Heard, Andrew D. "Military Law and the *Charter of Rights*" (1987-88), 11 *Dal. L.J.* 514.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., Vol. 1, loose-leaf. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.
- 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 (online: <http://mgerc-ceedm.gc.ca/documents/lamer-eng.pdf>).
- Lawson, W.J. "Canadian Military Law" (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 241.
- Madsen, Chris. *Military Law and Operations*, Vol. 1, loose-leaf, updated July 2015. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2015.
- McDonald, R. Arthur. *Canada's Military Lawyers*. Ottawa: Office of the Judge Advocate General, 2002.
- McNairn, David. "A Military Justice Primer" (2002), 7 *Can. Crim. L. Rev.* 299.
- Oliver, H.G. "Canadian Military Law" (1975), 23 *Chitty's L.J.* 109.
- Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
- Pitzul, Jerry S.T. and John C. Maguire. "A Perspective on Canada's Code of Service Discipline", in E.R. Fidell and D.H. Sullivan, eds., *Evolving Military Justice*. Annapolis, Md.: Naval Institute Press, 2002. Also available in 52 *A.F.L. Rev.* 1.
- Raaflaub, Wade Riordan. *The Possible Establishment of a Federal Director of Public Prosecutions*, PRB 05-67E. Ottawa: Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament, 2 March 2006.
- Roach, Kent. "Enforcement of the Charter — Subsection 24(1) and 52(1)", in Errol Mendes and Stéphane Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2013.
- Roach, Kent. "Not Just the Government's Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law" (2006), 31 *Queen's L.J.* 598.
- Rosenberg, Marc. "The Attorney General and the Administration of Criminal Justice" (2008-2009), 34 *Queen's L.J.* 813.
- Schlueter, David A. "The Military Justice Conundrum: Justice or Discipline?" (2013), 215 *Mil. L. Rev.* 1.
- Sharpe, Robert J. and Kent Roach. *Brian Dickson: A Judge's Journey*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.
- canadiennes. Markham (Ont.), LexisNexis Canada, 2011, à jour au 15 décembre 2013.
- Hansen, Victor. « The impact of Military Justice Reforms on the Law of Armed Conflict: How to Avoid Unintended Consequences » (2013), 21 *Mich. St. Int'l L. Rev.* 230.
- Heard, Andrew D. « Military Law and the *Charter of Rights* » (1987-88), 11 *Dal. L.J.* 514.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd., vol. 1, feuilles mobiles. Toronto, Thomson/Carswell, 2007.
- 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-ceedm.gc.ca/documents/lamer-fra.pdf>).
- Lawson, W.J. « Canadian Military Law » (1951), 29 *R. du B. can.* 241.
- Madsen, Chris. *Military Law and Operations*, vol. 1, feuilles mobiles, mise à jour Juillet 2015. Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2015.
- McDonald, R. Arthur. *Les avocats militaires du Canada*. Ottawa, Cabinet du Juge-avocat général, 2002.
- McNairn, David. « Introduction au système de justice militaire » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 299.
- Oliver, H.G. « Canadian Military Law » (1975), 23 *Chitty's L.J.* 109.
- Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli et James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*. Markham (Ont.), LexisNexis, 2011.
- Pitzul, Jerry S.T. et John C. Maguire. « A Perspective on Canada's Code of Service Discipline », dans E. R. Fidell et D.H. Sullivan, dir., *Evolving Military Justice*. Annapolis (Md.), Naval Institute Press, 2002. Aussi disponible dans 52 *A.F.L. Rev.* 1.
- Raaflaub, Wade Riordan. *Création possible d'un poste de directeur fédéral des poursuites publiques au Canada*, B 05-67F. Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 2 mars 2006.
- Roach, Kent. « Enforcement of the Charter — Subsection 24(1) and 52(1) », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 5<sup>e</sup> éd. Markham (Ont.), LexisNexis Canada, 2013.
- Roach, Kent. « Not Just the Government's Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law » (2006), 31 *Queen's L.J.* 598.
- Rosenberg, Marc. « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2008-2009), 34 *Queen's L.J.* 813.
- Royaume-Uni. Attorney General's Office. *The Governance of Britain: A Consultation on the Role of the Attorney General*. 26 juillet 2007 (en ligne : [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/243193/7192.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/243193/7192.pdf)).

Stewart Hamish. *Fundamental Justice: section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2012.

Strickey, Stephen S. “Anglo-American’ Military Justice Systems and the Wave of Civilization: Will Discipline Survive?” (2013), 2 *CJICL* 763.

Sylvestre, Marie-Ève et Manon Lapointe. “Introduction à la preuve et à la procédure pénales”, in *JurisClasseur Québec*, Coll. “Droit pénal”, “*Preuve et procédures pénales*”, Fasc. 1, loose-leaf. updated October 1, 2014. Montréal: LexisNexis Canada, 2014.

United Kingdom. Attorney General’s Office. *The Governance of Britain: A Consultation on the Role of the Attorney General*. July 26, 2007 (online: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/243193/7192.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/243193/7192.pdf)).

Schlueter, David A. « The Military Justice Conundrum: Justice or Discipline? » (2013), 215 *Mil. L. Rev.* 1.

Sharpe, Robert J. et Kent Roach. *Brian Dickson: A Judge’s Journey*, Toronto, University of Toronto Press, 2003.

Stewart Hamish. *Fundamental Justice: section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto, Irwin Law, 2012.

Strickey, Stephen S. « ’Anglo-American’ Military Justice Systems and the Wave of Civilization: Will Discipline Survive? » (2013), 2 *CJICL* 763.

Sylvestre, Marie-Ève et Manon Lapointe. « Introduction à la preuve et à la procédure pénales », dans *JurisClasseur Québec*, Coll. « Droit pénal », *Preuve et procédure pénales*, Fasc. 1, feuilles mobiles, à jour au 1<sup>er</sup> octobre 2014. Montréal, LexisNexis Canada, 2014.

#### COUNSEL

*Major Prem Rawal and Lieutenant-Colonel David Antonyshyn, for the appellant.*

*Lieutenant-Commander Mark Létourneau and Lieutenant-Colonel Jean-Bruno Cloutier, for the respondents Warrant Officer J.G.A. Gagnon and Corporal A.J.R. Thibault*

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

[1] BELL C.J. (partially concurring reasons): I have read the reasons for judgment prepared by Justice Cournoyer. Although I agree with his finding with respect to the dismissal of the respondents’ motions to quash and dismiss the appeals as well as the declaration of invalidity of section 230.1 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (NDA), I do not share his reasoning and I am of the view that I have to express my separate opinion on the interpretation of the case law regarding the military justice system in Canada and the impact of that jurisprudence on the amendments that will have to be made to the NDA for section 230.1 to satisfy the constitutional requirement of prosecutorial independence.

#### I. Military justice system in Canada

[2] I believe that it is important to first understand the legal and constitutional basis of the Canadian military justice system.

#### AVOCATS

*Major Prem Rawal et Lieutenant-colonel David Antonyshyn, pour l’appelante.*

*Capitaine de corvette Mark Létourneau et Lieutenant-colonel Jean-Bruno Cloutier, pour les intimés l’adjutant J.G.A. Gagnon et le caporal A.J.R. Thibault.*

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

[1] LE JUGE EN CHEF BELL (motifs concordants en partie) : J’ai lu les motifs de jugement rédigés par le juge Cournoyer. Bien que je souscrive à sa conclusion quant au rejet des requêtes pour l’annulation et le rejet des appels présentées par les intimées ainsi qu’à la déclaration d’invalidité de l’article 230.1 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (LDN), je ne partage pas son raisonnement et je crois devoir exposer mon opinion distincte portant sur l’interprétation de la jurisprudence relative au système de justice militaire au Canada et aux impacts de cette jurisprudence sur les modifications qui devront être effectuées à la LDN afin que l’article 230.1 respecte l’exigence constitutionnelle d’indépendance du poursuivant.

#### I. Système de justice militaire du Canada

[2] Je crois qu’il est important de d’abord comprendre les fondements juridiques et constitutionnels du système de justice militaire du Canada.

[3] Subsection 91(7) of the *Constitution Act, 1867* gives the Parliament of Canada the exclusive right to make laws with respect to “Militia, Military and Naval Service, and Defence”. That exclusive power includes the right to legislate in relation to military justice. The following was confirmed in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370 (*MacKay*), at page 397:

The power to allow prosecutions by military authorities is a necessary aspect of dealing with service offences, which have always been considered part of military law.

[4] Under this exclusive power, the NDA was enacted, which created a military justice system. For several years now, the legal legitimacy of that system has no longer been in issue. The system was first recognized by the Supreme Court in *MacKay* and *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259 (*Généreux*).

[5] To that effect, I believe it is important to reproduce a passage from the Supreme Court’s decision in *Généreux*, at page 261:

... A parallel system of military tribunals, staffed by members of the military who are aware of and sensitive to military concerns, is not, by its very nature, inconsistent with s. 11(d). The existence of such a system, for the purpose of enforcing discipline in the military, is deeply entrenched in our history and is supported by compelling principles. The accused’s right to be tried by an independent and impartial tribunal must thus be interpreted in this context and in the context of s. 11(f) of the Charter, which contemplates the existence of a system of military tribunals with jurisdiction over cases governed by military law.

[6] Furthermore, the Supreme Court recently upheld in *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485 (*Moriarity*) that the provisions of the Code of Service Discipline (CSD), entrenched in the NDA, were enacted by Parliament with the objective of providing processes that would ensure the maintenance of discipline, efficiency and morale of the military. The Supreme Court stated that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) allows for the existence of a parallel justice system such as the one established under the NDA, that system being justified.

[3] Le paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde au Parlement du Canada le droit exclusif de légiférer relativement à « la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays ». Ce pouvoir exclusif comprend le droit de légiférer en matière de justice militaire. Tel que confirmé dans l’arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370 (*MacKay*), à la page 397 :

Le pouvoir de permettre aux autorités militaires d’intenter des poursuites est un aspect nécessaire de la répression des infractions militaires que l’on a toujours considérées comme faisant partie du droit militaire.

[4] En vertu de ce pouvoir exclusif, la LDN a été adoptée, laquelle crée un système de justice militaire. La légitimité juridique de ce système n’est plus en cause et ce, depuis plusieurs années. Ce système a d’abord été reconnu par la Cour suprême dans l’arrêt *MacKay* et l’arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 (*Généreux*).

[5] À cet effet, je crois important de reproduire ici un passage de la décision de la Cour suprême dans l’affaire *Généreux*, à la page 261 :

[...] Un système parallèle de tribunaux militaires, composés de militaires qui sont conscients des préoccupations des Forces armées et qui y sont sensibles, n’est pas intrinsèquement incompatible avec l’al. 11d). L’existence d’un tel système, pour le maintien de la discipline dans les Forces armées, est profondément enracinée dans notre histoire et est justifiée par des principes impérieux. Le droit de l’accusé d’être jugé par un tribunal indépendant et impartial doit être interprété dans ce contexte et dans celui de l’al. 11f) de la *Charte*, qui prévoit l’existence d’un système de tribunaux militaires ayant compétence sur les affaires régies par le droit militaire.

[6] De plus, la Cour suprême a récemment confirmé dans l’arrêt *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485 (*Moriarity*) que les dispositions du Code de discipline militaire (CDM), enchâssées dans la LDN, ont été adoptées par le législateur avec l’objectif d’établir un processus visant à assurer le maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes. La Cour suprême a affirmé que la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) permet l’existence d’un système parallèle de justice tel que celui qui est établi en vertu du régime de la LDN, ce système étant justifié.

[7] The Canadian military justice system also plays a public role because the provisions of the CSD not only deal with the maintenance of discipline but also seek to punish any conduct that would threaten public order and public interest. The principle is defined at pages 281 and 282 of *Généreux*, already cited by my colleague, but helpful to reproduce here:

It is clear to me that the proceedings of the General Court Martial in this case attract the application of s. 11 of the *Charter* for both reasons suggested by Wilson J. in *Wigglesworth*. Although the Code of Service Discipline is primarily concerned with maintaining discipline and integrity in the Canadian Armed Forces, it does not serve merely to regulate conduct that undermines such discipline and integrity. The Code serves a public function as well by punishing specific conduct which threatens public order and welfare. Many of the offences with which an accused may be charged under the Code of Service Discipline, which is comprised of Parts IV to IX of the *National Defence Act*, relate to matters which are of a public nature. For example, any act or omission that is punishable under the *Criminal Code* or any other Act of Parliament is also an offence under the Code of Service Discipline. Indeed, three of the charges laid against the appellant in this case related to conduct proscribed by the *Narcotic Control Act*. Service tribunals thus serve the purpose of the ordinary criminal courts, that is, punishing wrongful conduct, in circumstances where the offence is committed by a member of the military or other person subject to the Code of Service Discipline. Indeed, an accused who is tried by a service tribunal cannot also be tried by an ordinary criminal court (ss. 66 and 71 of the *National Defence Act*). For these reasons, I find that the appellant, who is charged with offences under the Code of Service Discipline and subject to the jurisdiction of a General Court Martial, may invoke the protection of s. 11 of the *Charter*.

[8] Military justice is therefore subject to the Charter principles for the entire judicial process. Those principles include the section 7 legal rights.

## II. Constitutional right to an independent prosecutor

[9] To begin, I would like to specify that I agree with my colleague's finding that the concept of the prosecutor's independence, by his or her prosecutorial discretion, constitutes a principle of fundamental justice. The case

[7] Le système de justice militaire canadien a également un rôle de nature publique puisque les dispositions du CDM portent non seulement sur le maintien de la discipline mais visent également à punir toute conduite qui menacerait l'ordre et l'intérêt public. Ce principe est défini aux pages 281 et 282 de l'arrêt *Généreux* déjà cité par mon collègue mais que je crois utile de reproduire ici :

Il m'apparaît clair que l'art. 11 de la *Charte* est applicable aux procédures de la cour martiale générale en l'espèce pour les deux raisons énoncées par le juge Wilson dans l'arrêt *Wigglesworth*. Certes, le Code de discipline militaire porte avant tout sur le maintien de la discipline et de l'intégrité au sein des Forces armées canadiennes, mais il ne sert pas simplement à réglementer la conduite qui compromet pareilles discipline et intégrité. Le Code joue aussi un rôle de nature publique, du fait qu'il vise à punir une conduite précise qui menace l'ordre et le bien-être publics. Nombre des infractions dont une personne peut être accusée en vertu du Code de discipline militaire, qui constitue les parties IV à IX de la *Loi sur la défense nationale*, se rapportent à des affaires de nature publique. Par exemple, toute action ou omission punissable en vertu du Code criminel ou d'une autre loi du Parlement est également une infraction au Code de discipline militaire. En fait, trois des accusations portées contre l'appelant en l'espèce concernaient une conduite interdite par la *Loi sur les stupéfiants*. Les tribunaux militaires jouent donc le même rôle que les cours criminelles ordinaires, soit punir les infractions qui sont commises par des militaires ou par d'autres personnes assujetties au Code de discipline militaire. En effet, l'accusé qui est jugé par un tribunal militaire ne peut pas être jugé également par une cour criminelle ordinaire (art. 66 et 71 de la *Loi sur la défense nationale*). Pour ces raisons, je conclus que l'appelant, qui est accusé d'infractions au Code de discipline militaire et qui est justiciable d'une cour martiale générale, peut invoquer la protection de l'art. 11 de la *Charte*.

[8] La justice militaire est donc soumise aux principes établis par la Charte dans le cadre de tout le déroulement du processus judiciaire. Ces principes incluent les garanties juridiques de l'article 7.

## II. Le droit constitutionnel à un procureur indépendant

[9] Tout d'abord, je tiens à préciser que j'adhère à la conclusion de mon collègue selon laquelle le concept d'indépendance du poursuivant, par son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite, constitue un principe

law of the Supreme Court in this regard is clear and uncontradicted.

[10] However, I have reservations about my colleague's decision that the finding in *MacKay* (above, at page 394) that "the Minister of National Defence stands in the place of the Attorney General" did not survive *Généreux*, above. Although *Généreux* determined institutional independence with respect to the judicial function of military tribunals, and such assessment is relevant to the analysis of prosecutorial independence in the military justice system, the role of the Minister, similar to that of the Attorney General, remains the same, albeit limited by constitutional principles. I will explain.

[11] The limits with respect to the role of the Attorney General, or simply the role of a Crown prosecutor, include the principle of fundamental justice of prosecutorial independence under section 7 of the Charter (*R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297 (*Regan*), at paragraphs 157 and 158), and the concept of the independence of the Attorney General was deeply rooted in the discretionary exercise in penal prosecutions (*Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372).

[12] At the same time, concerns that the Attorney General's political and partisan responsibilities influence his or her quasi-judicial functions led to the creation of the Director of Public Prosecutions (DPP). Today, even though the Attorney General, for constitutional reasons, is limited with respect to his or her interventions in prosecutions (see, for example, the *Director of Public Prosecutions Act*, S.C. 2006, c. 9, s. 121, at sections 10 and 14), the Attorney General still retains his or her supervisory power over criminal prosecutions. I am therefore of the opinion that the Minister of National Defence, like the Attorney General, must maintain that same role in criminal prosecutions in the military justice system.

[13] Although I acknowledge that "custom, tradition and constitutional usage" (*Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at paragraph 35) have charged the Attorney General with his or her quasi-judicial functions, and that that cannot

de justice fondamentale. La jurisprudence de la Cour suprême à cet égard est claire et incontestée.

[10] Toutefois, j'ai des réserves avec la décision de mon collègue selon laquelle la conclusion dans l'arrêt *MacKay* (précité, à la page 394) voulant que « le ministre de la Défense nationale joue le rôle du procureur général » n'ait pas survécu à l'arrêt *Généreux*, précité. Bien que l'arrêt *Généreux* se soit prononcé sur l'indépendance institutionnelle concernant la fonction judiciaire des tribunaux militaires, et qu'une telle évaluation soit pertinente à l'analyse de l'indépendance du poursuivant dans le système de justice militaire, le rôle du ministre, similaire à celui du procureur général, reste le même, quoique limité par les principes constitutionnels. Je m'explique.

[11] Les limites quant au rôle du procureur général, ou simplement d'un procureur de la Couronne, incluent le principe de justice fondamentale d'indépendance du poursuivant sous l'article 7 de la Charte (*R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297 (*Regan*), aux paragraphes 157 et 158), et le concept d'indépendance du procureur général a fortement été enraciné dans l'exercice discrétionnaire en matière de poursuite pénale (*Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372).

[12] Parallèlement, les inquiétudes voulant que les responsabilités politiques et partisans du procureur général influencent ses fonctions quasi-judiciaires ont mené à la création du Directeur des poursuites pénales (DPP). Aujourd'hui, bien que le procureur général, pour des raisons constitutionnelles, soit limité dans ses interventions au niveau des poursuites (voir à titre d'exemple la *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, L.C. 2006, ch. 9, art. 121, aux articles 10 et 14), il conserve tout de même son pouvoir de supervision des poursuites pénales. Je suis donc d'avis que le ministre de la Défense nationale, tout comme le procureur général, doit conserver ce même rôle au sein des poursuites pénales dans le système de justice militaire.

[13] Bien que je reconnaisse que c'est « la coutume, la tradition et l'usage constitutionnel » (*Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 35) qui donnent au procureur général ses fonctions quasi-judiciaires, et qu'il ne peut en

be said about other cabinet ministers, I am of the opinion that the role of the Minister of National Defence is unique because the military judicial process can lead to the imprisonment of his or her personnel. As already discussed, since the Canadian military justice system co-exists with the civilian justice system, the Minister of National Defence consequently has some prosecutorial authority that other departments cannot have.

[14] Section 4 of the NDA expressly states that the Minister of National Defence has the management and direction of the Canadian Forces and of all matters relating to national defence, just as the Attorney General has the superintendence of all matters connected with the administration of justice in Canada (*Department of Justice Act*, R.S.C. 1985, c. J-2, at paragraph 4(b)). The importance of the Minister of National Defence keeping his or her supervisory power over prosecutions is enhanced by the fact that, like the Attorney General, the Minister has the responsibility of public accountability given his or her role in Parliament. That is an essential responsibility that provides a level of intrinsic transparency in the criminal justice system, be it civilian or military. That level of transparency is also increased by the role of the Judge Advocate General, who, acting as legal adviser to the Minister of National Defence, regularly conducts reviews of the administration of military justice under sections 9.1 and 9.2 of the NDA. The annual report on the administration of military justice in the Canadian Forces, prepared by the Judge Advocate General, is also tabled in Parliament by the Minister of National Defence. As with the Attorney General, the Minister's authority must be maintained and he or she must continue to be able to issue guidelines with respect to the initiation or conduct of a prosecution, as set out in the *Director of Public Prosecutions Act*, above, subject to limits consistent with constitutional guarantees.

[15] By this logic, *Généreux* did not eliminate the role of the Minister of National Defence, similar to that of the Attorney General. Instead, it was the advent of the Charter that led to the delineation of the Minister's jurisdiction, just as constitutional conventions limited the functions of the Attorney General as prosecutor and thus created the function of the DPP.

être ainsi d'autres ministres du Cabinet, je suis d'avis que le rôle du ministre de la Défense nationale est particulier puisque le processus judiciaire militaire peut mener à l'emprisonnement de membres de son personnel. Tel que déjà élaboré, puisque le système de justice militaire canadien existe en parallèle au système de justice civile, le ministre de la Défense nationale a par conséquent un certain pouvoir de poursuite que d'autres ministères ne peuvent avoir.

[14] La LDN, à l'article 4, prévoit expressément que le ministre de la Défense nationale est responsable des Forces canadiennes et compétent pour toutes les questions de défense nationale, tout comme le procureur général exerce son autorité sur tout ce qui touche l'administration de la justice au Canada (*Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. 1985, ch. J-2, à l'alinéa 4b)). L'importance à ce que le ministre de la Défense nationale garde son pouvoir de surveillance sur les poursuites est accru par le fait que, comme le procureur général, il a la responsabilité de rendre compte au public de par son rôle au Parlement. Il s'agit là d'une responsabilité essentielle qui assure un niveau de transparence intrinsèque au système de justice pénal, qu'il soit civil ou militaire. Ce niveau de transparence est également accru par le rôle du juge-avocat général qui, agissant à titre de conseiller juridique du ministre de la Défense nationale, procède de façon périodique à un examen de l'administration de la justice militaire en vertu des articles 9.1 et 9.2 de la LDN. Le rapport annuel sur l'administration de la justice militaire au sein des Forces canadiennes préparé par le juge-avocat général est de plus déposé au Parlement par le ministre de la Défense nationale. Tout comme le procureur général, l'autorité du ministre doit être préservée et il doit continuer d'être en mesure de donner des directives relativement à l'introduction ou à la conduite d'une poursuite, tel que prévu dans la *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, précitée, selon les limites qui respectent les garanties constitutionnelles.

[15] Selon cette logique, l'arrêt *Généreux* n'a pas eu pour effet d'anéantir le rôle que joue le ministre de la Défense nationale, similaire à celui du procureur général. C'est plutôt l'avènement de la Charte qui nécessite la délimitation des compétences du ministre, tout comme les conventions constitutionnelles ont su restreindre les fonctions du procureur général en tant que poursuivant et qu'a ainsi été créée la fonction de DPP.

### III. Conclusion

[16] That said, because society's interest in appeals being heard and assessed on their merits prevails over the right of the appellants to an independent prosecutor on appeal, I agree with my colleague's finding that the striking down of section 230.1 of the NDA should have a suspensive effect and not an immediate effect, and that the respondents' motions to quash and dismiss the appeals should be dismissed.

[17] I also agree with what my colleague stated regarding the possibility of conferring on the Director of Military Prosecutions (DMP) the authority to commence appeals. However, I would go even further by stating that giving such authority to the DMP seems to be the only solution available in the circumstances to ensure that section 230.1 of the NDA satisfies the constitutional requirement of prosecutorial independence as well as the Supreme Court decisions acknowledging the legitimacy of the Canadian military justice system.

[18] As was recently confirmed in *Moriarity* (above, at paragraph 46), the overall objective of the military justice system is to "assure the maintenance of discipline, efficiency and morale of the military" using general provisions that also play a public role. *Moriarity* thereby confirmed the legitimacy that must be afforded to the military justice system, working together with the regular (or civilian) criminal justice system. The military justice system has its own reality and requires that the appointment of an independent prosecutor in the exercise of the right of appeal be carried out within the Canadian Forces.

[19] The role of the DMP, in this regard, is similar to the functions of the DPP in the civilian criminal justice system, but based on the reality and the nature of the military justice system. In fact, I see no other position than that of the DMP, a member of the Canadian Forces, to exercise that type of function. The DMP has the qualities, skills and experience required to exercise the discretion related to criminal prosecutions in the military context, while projecting an appearance of independence.

### III. Conclusion

[16] Cela dit, puisque l'intérêt de la société à ce que les appels soient entendus et évalués sur le fond l'emporte sur le droit des appelants à un poursuivant indépendant en matière de droit d'appel, j'adhère à la conclusion de mon collègue pour que l'invalidation de l'article 230.1 de la LDN ait un effet suspensif plutôt qu'immédiat, et que les présentes requêtes pour l'annulation et le rejet des appels présentés par les intimés soient rejetées.

[17] Je souscris aussi à ce qu'a énoncé mon collègue quant à la possibilité de confier au Directeur des poursuites militaires (DPM) les pouvoirs d'interjeter appel. Toutefois, j'irais même plus loin en affirmant que cette désignation au DPM semble être la seule solution envisageable dans les circonstances afin que l'article 230.1 de la LDN respecte l'exigence constitutionnelle d'indépendance du poursuivant ainsi que les décisions de la Cour suprême quant à la reconnaissance de la légitimité du système de justice militaire canadien.

[18] Tout comme il a été confirmé dans le récent arrêt *Moriarity* (précité, au paragraphe 46), l'objet global du système de justice militaire vise à « assurer le maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes » à l'aide de dispositions générales jouant aussi un rôle de nature publique. L'arrêt *Moriarity* a de ce fait confirmé la légitimité qui doit être accordée au système de justice militaire, œuvrant en parallèle avec le système de justice pénale ordinaire (ou civile). Le système de justice militaire est pourvu d'une réalité qui lui est propre et exige que la désignation d'un poursuivant indépendant dans l'exercice du droit d'appel se fasse à l'intérieur même des Forces canadiennes.

[19] Le rôle du DPM, à cet égard, se rapprocherait des fonctions liées au DPP dans le système de justice pénale civile, mais selon la réalité et la nature du système de justice militaire. En fait, je ne vois aucune autre charge que celle qu'occupe le DPM, membre des Forces canadiennes, pour exercer ce type de fonction. Celui-ci a les qualités, les compétences et l'expérience requises pour exercer la discrétion liées aux poursuites pénales dans le contexte militaire, tout en projetant une apparence d'indépendance.



[20] Furthermore and as stated above, I am of the view that the Minister of National Defence must maintain a supervisory power over prosecutions in the Canadian military justice system, a power that must, however, be limited by parameters similar to those on the Attorney General in the *Director of Public Prosecutions Act*. This solution would maintain the control and administration of the military justice system within its jurisdiction and the limits guaranteed by the Charter.

\* \* \*

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

COURNOYER J.A.:

#### I. Overview

[21] The principle of prosecutorial independence regarding decisions concerning the nature and extent of prosecutions is firmly recognized in Canada.

[22] The decision to appeal is one of those decisions.

[23] Section 230.1 of the *National Defence Act* (NDA) confers the Crown's right to appeal on the Minister of National Defence (Minister).

[24] The issue in these appeals is whether the principle of prosecutorial independence requires the right to appeal to be exercised by an independent prosecutor.

[25] The respondent Gagnon was acquitted on a charge of sexual assault. In the case of the respondent Thibault, the Court Martial (*R. v. Thibault*, 2015 CM 1001) found that it had no jurisdiction over the charge of sexual assault because of a lack of sufficient military nexus. The Minister appealed those two decisions.

[26] The respondents are seeking to have the Minister's appeal in their case quashed and dismissed because they are of the view that the right to appeal must be attributed to an independent prosecutor and that it is contrary

[20] De plus et tel que déjà mentionné, je suis d'avis que le ministre de la Défense nationale doit conserver un pouvoir de supervision des poursuites dans le système de justice militaire canadien, pouvoir qui doit toutefois être limité par des paramètres semblables à ceux du Procureur général dans la *Loi sur le directeur des poursuites pénales*. Une telle solution assurerait au système de justice militaire la maîtrise et la gestion de sa sphère de compétence dans les limites garanties par la Charte.

\* \* \*

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE COURNOYER, J.C.A. :

#### I. Aperçu

[21] Le principe de l'indépendance du poursuivant au sujet des décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites est fermement reconnu au Canada.

[22] La décision d'interjeter appel est l'une de ces décisions.

[23] L'article 230.1 de la *Loi sur la défense nationale* (LDN) confie le droit d'interjeter appel de la poursuite au Ministre de la Défense nationale (Ministre).

[24] La question qui se pose dans les présents pourvois est de savoir si le principe de l'indépendance du poursuivant exige que le droit d'interjeter appel soit exercé par un poursuivant indépendant.

[25] L'intimé Gagnon a été acquitté d'une accusation d'agression sexuelle. Dans le dossier de l'intimé Thibault, la Cour martiale (*R. c. Thibault*, 2015 CM 1001) a conclu qu'elle n'avait pas compétence à l'égard de l'accusation d'agression sexuelle en raison de l'absence d'un lien de connexité militaire suffisant. Le Ministre interjette appel de ces deux décisions.

[26] Les intimés recherchent l'annulation et le rejet de l'appel du Ministre dans leur dossier, car ils estiment que le droit d'interjeter appel doit être attribué à un poursuivant indépendant et qu'il est contraire à l'article 7 de la

to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) to confer it on the Minister.

[27] For the following reasons, I find that section 7 of the Charter protects the constitutional right of an accused to an independent prosecutor, that is to say, a prosecutor who is objectively able to act independently, at every stage of the judicial process, when making decisions concerning the nature and extent of prosecutions and who can reasonably be perceived as independent.

[28] The Minister is responsible for the Canadian Forces and it is under the Minister's authority that the Chief of the Defence Staff is charged with the control and administration of the Canadian Forces.

[29] The Minister's role and duties under the NDA are inconsistent with the exercise of an authority concerning the nature and extent of a prosecution against one of his or her own employees in the context of a judicial process that could lead to the imprisonment of that employee and, where appropriate, the release of that employee from the Canadian Forces.

[30] The Minister cannot reasonably be perceived as an independent prosecutor who can act in a manner that is autonomous and independent from the chain of command, because he or she is at the apex of it.

[31] Section 230.1 of the NDA, which confers on the Minister the right to appeal, thus does not satisfy the constitutional requirement of prosecutorial independence. It is of no force and effect to the extent that its holder is not independent. The section is not a justifiable limit that can be saved under section 1 of the Charter.

[32] However, it is not appropriate to grant the respondents' motion to have the appeals quashed and dismissed. That would be a consequence disproportionate to the societal interest in a determination of the merits of the appeals.

[33] The declaration of invalidity of section 230.1 must be suspended from the date of this judgment for a period of six months.

*Charte canadienne des droits et libertés* (Charte) de le confier au Ministre.

[27] Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'article 7 de la Charte protège le droit constitutionnel d'un accusé à un poursuivant indépendant, c'est-à-dire un poursuivant qui est objectivement en mesure d'agir en toute indépendance, à toutes les étapes du processus judiciaire, dans la prise de décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites et qui peut être raisonnablement perçu comme indépendant.

[28] Le Ministre est responsable des Forces canadiennes et c'est sous son autorité que le chef d'état-major de la défense assure la direction et la gestion des Forces canadiennes.

[29] Son rôle et ses fonctions en vertu de la LDN sont incompatibles avec l'exercice d'un pouvoir concernant la nature et l'étendue d'une poursuite contre l'un de ses propres employés dans le cadre d'un processus judiciaire pouvant conduire à son emprisonnement et, le cas échéant, à sa libération des Forces canadiennes.

[30] Le Ministre ne peut être raisonnablement perçu comme un poursuivant indépendant qui peut agir d'une manière autonome et indépendante de la chaîne de commandement, car il est au sommet de celle-ci.

[31] L'article 230.1 de la LDN, qui confère au Ministre le droit d'interjeter appel, ne respecte donc pas l'exigence constitutionnelle d'indépendance du poursuivant. Il est inopérant dans la mesure où son titulaire n'est pas indépendant. Cet article n'est pas une limite raisonnable qui puisse se justifier sous l'article premier de la Charte.

[32] Toutefois, il n'est pas approprié d'accorder la requête des intimés pour l'annulation et le rejet des appels. Il s'agirait d'une conséquence disproportionnée à l'intérêt de la société d'avoir une décision sur le bien-fondé des appels.

[33] La déclaration d'invalidité de l'article 230.1 doit être suspendue à partir de la date du présent jugement pour un délai de six mois.

[34] In the circumstances, it is possible to provide an additional just and reasonable remedy to the respondents by adjourning the hearing of the appeals. The new hearing of the appeals will take place after the suspension period for the declaration of invalidity of section 230.1.

[35] Presumably, Parliament will have amended section 230.1 in order to pass the amendments deemed necessary to the NDA, thus granting the respondents the remedy sought, that is, an independent prosecutor for the conduct of the appeal proceedings.

## II. Background: the purpose of the Minister's appeals

### A. *Warrant Officer Gagnon*

[36] Warrant Officer Gagnon was the subject of a sexual assault charge. He and the complainant presented contradictory versions at trial. Warrant Officer Gagnon was acquitted. The Minister has commenced an appeal and seeks a new trial because the Minister is of the opinion that the Military Judge erred by putting to the five-member panel of the General Court Martial the defence of honest but mistaken belief in consent.

### B. *Corporal Thibault*

[37] Corporal Thibault was charged with sexual assault. At trial, he presented a plea in bar of trial pursuant to sub-paragraphs 112.24(1)(a) and (e) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O). He claimed that the matter was not under military justice jurisdiction because the offence did not have a nexus with military service. The parties presented a joint statement of facts to the Military Judge. The Military Judge allowed the plea in bar of trial. The Judge found that the military nexus was not established (*R. v. Thibault*, 2015 CM 1001).

### C. *Motions to quash and dismiss the appeals*

[38] The respondents brought a motion to quash and dismiss the Minister's appeals. In accordance with rule 11.1 of the *Court Martial Appeal Court Rules*, (SOR/86-959) they served notice of a constitutional question on the Attorney General of Canada and on the Attorney General

[34] Dans les circonstances, il est possible d'accorder une réparation additionnelle juste et raisonnable aux intimés en ajournant l'audition des appels. La nouvelle audition des appels aura lieu après la période de suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité de l'article 230.1.

[35] On peut présumer que le Parlement aura modifié l'article 230.1 afin d'adopter les amendements jugés nécessaires à la LDN, et ainsi accorder aux intimés d'obtenir la réparation qu'ils réclament, soit un poursuivant indépendant pour la conduite des procédures d'appel.

## II. Contexte : objet des pourvois du Ministre

### A. *L'adjudant Gagnon*

[36] L'adjudant Gagnon faisait l'objet d'une accusation d'agression sexuelle. La plaignante et lui ont présenté des versions contradictoires lors du procès. L'adjudant Gagnon a été acquitté. Le Ministre se pourvoit et il recherche la tenue d'un nouveau procès, car il estime que le juge militaire a erré en soumettant au comité de cinq membres de la Cour martiale générale la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

### B. *Le caporal Thibault*

[37] Le caporal Thibault était accusé d'agression sexuelle. Lors du procès, il a présenté une fin de non-recevoir aux termes des alinéas 112.24(1)a) et e) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC). Il invoquait que la cause n'était pas de la compétence de la justice militaire, car l'infraction ne révélait pas un lien de connexité avec le service militaire. Les parties ont présenté un sommaire conjoint des faits au juge militaire. Ce dernier a accueilli la fin de non-recevoir. Il a conclu que le lien de connexité militaire n'a pas été établi (*R. c. Thibault*, 2015 CM 1001).

### C. *Les requêtes pour l'annulation et le rejet des appels*

[38] Les intimés ont présenté une requête pour l'annulation et le rejet des appels du Ministre. Conformément à la règle 11.1 des *Règles de la Cour d'appel de la cour martiale* (DORS/86-959), ils ont signifié un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et

of each province. None of them deemed it appropriate to intervene.

[39] The Minister filed a reply to those motions. Except in the book of authorities filed in support of his written and oral submissions, the Minister did not request the hearing of witnesses or the presentation of the legislative facts in documentary form as evidence of justification under section 1 of the Charter.

### III. Position of the parties regarding the motions to quash and dismiss the appeals

#### A. *The applicants/respondents*

[40] In their motion to quash and dismiss the appeals, the respondents submit that an accused has a constitutional right to an independent prosecutor, a right that, in their opinion, is a principle of fundamental justice recognized and protected by section 7 of the Charter. According to them, the Minister is not an independent prosecutor.

[41] They are of the view that the report by the Special Advisory Group (Advisory Group) on Military Justice and Military Investigation Services entitled *Report on Quasi-Judicial Role of the Minister of National Defence* (Ottawa, 25 July 1997 (second Dickson report)) supports the finding that the Minister must play no quasi-judicial role in the Canadian military justice system, including commencing an appeal.

[42] It is worthwhile to note that initially, in his memorandum, the respondent Gagnon argued that only the Attorney General could act in a criminal proceeding, which, according to him, covers the charge against him under section 130 of the NDA. However, at the outset of the hearing, he limited the scope of his argument to the principle of prosecutorial independence, as stated in the memorandum of the respondent Thibault.

#### B. *The Minister (respondent/appellant)*

[43] The Minister's arguments can be summarized fairly simply.

aux procureurs généraux des provinces. Aucun n'a jugé opportun d'intervenir.

[39] Le Ministre a présenté une réponse à ces requêtes. Sauf dans le cahier de sources déposé au soutien de ses observations écrites et orales, le Ministre n'a formulé aucune demande visant l'audition de témoins ou la présentation de faits législatifs sous forme documentaire comme preuve de justification sous l'article premier de la Charte.

### III. La position des parties au sujet des requêtes pour l'annulation et le rejet des appels

#### A. *Les requérants/intimés*

[40] Dans leur requête pour l'annulation et le rejet des appels, les intimés prétendent qu'un accusé a un droit constitutionnel à un poursuivant indépendant, droit qui, à leur avis, est un principe de justice fondamentale reconnu et protégé par l'article 7 de la Charte. Selon eux, le Ministre n'est pas un poursuivant indépendant.

[41] Ils estiment que le rapport du Groupe consultatif (ci-après Groupe consultatif) spécial sur la justice militaire et les services d'enquête de la police militaire intitulé *Le rapport sur le rôle quasi-judiciaire du Ministre de la défense nationale* (Ottawa, 25 juillet 1997 (deuxième rapport Dickson)) appuie la conclusion que le Ministre ne doit jouer aucun rôle quasi-judiciaire dans le système de justice militaire canadien, y compris celui d'interjeter appel.

[42] Il est utile de préciser qu'initialement, dans son mémoire, l'intimé Gagnon faisait valoir que seul le procureur général pouvait agir dans une poursuite criminelle, ce qui, selon lui, vise l'accusation déposée contre lui en vertu de l'article 130 de la LDN. Toutefois, au début de l'audition, il a restreint la portée de son argument au principe du poursuivant indépendant, tel qu'exposé dans le mémoire de l'intimé Thibault.

#### B. *Le Ministre (l'intimé/appellant)*

[43] L'argumentation du Ministre peut être résumée assez simplement.

[44] The principle of prosecutorial independence is not a right of the accused, but instead a constitutional convention that binds the prosecutor.

[45] Decisions concerning the nature and extent of prosecutions may be assigned to ministers other than the Attorney General who, like the Attorney General, must act independently. The principles underlying prosecutorial discretion apply to other ministers who have been assigned responsibilities similar to those of the Attorney General in prosecutorial matters.

[46] Prosecutorial discretion and the principle of prosecutorial independence are connected to the prosecuting function and not to the identity of the person who exercises that function.

[47] Furthermore, the legitimacy of the Canadian military justice system was recognized by the Supreme Court of Canada in *R. v. Généreux* ([1992] 1 S.C.R. 259 (*Généreux*)) and is entrenched in paragraph 11(f) of the Charter. The system exists independently and in parallel to the regular criminal justice system. The Code of Service Discipline provides for service offences, not criminal offences. Parliament acts within its jurisdiction when it confers on the Minister a prosecutorial power, in this case, commencing an appeal.

#### IV. Analysis

##### A. *The impugned statutory provision: history and purpose*

[48] Section 230.1 of the NDA reads as follows:

##### Appeal by Minister

**230.1** The Minister, or counsel instructed by the Minister for that purpose, has, subject to subsection 232(3), the right to appeal to the Court Martial Appeal Court from a court martial in respect of any of the following matters:

- (a) with leave of the Court or a judge thereof, the severity of the sentence, unless the sentence is one fixed by law;

[44] Le principe de l'indépendance du poursuivant n'est pas un droit de l'accusé, mais plutôt une convention constitutionnelle qui lie le poursuivant.

[45] Les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites peuvent être confiées à d'autres ministres que le procureur général qui, comme lui, doivent agir en toute indépendance. Les principes qui encadrent la discrétion du poursuivant s'appliquent aux autres ministres à qui des responsabilités similaires à celles du procureur général sont attribuées en matière de poursuites.

[46] La discrétion de la poursuite et le principe de l'indépendance du poursuivant sont liés à la fonction de poursuivant et non à l'identité du titulaire qui exerce cette fonction.

[47] De plus, la légitimité du système de justice militaire canadien a été reconnue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Généreux* ([1992] 1 R.C.S. 259 (*Généreux*)) et elle est enchâssée à l'alinéa 11f) de la Charte. Ce système existe d'une manière indépendante et parallèle au système de justice criminelle ordinaire. Le Code de discipline militaire prévoit des infractions d'ordre militaire (service offence) et non des infractions criminelles. Le Parlement agit dans son champ de compétence lorsqu'il confie au Ministre un pouvoir en matière de poursuites, en l'occurrence, celui d'interjeter appel.

#### IV. Analyse

##### A. *La disposition législative contestée : historique et objet*

[48] L'article 230.1 de la LDN prévoit :

##### Appel par le ministre

**230.1** Le ministre ou un avocat à qui il a donné des instructions à cette fin peut, sous réserve du paragraphe 232(3), exercer un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour martiale en ce qui concerne les décisions suivantes d'une cour martiale :

- a) avec l'autorisation de la Cour d'appel ou de l'un de ses juges, la sévérité de la sentence, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi;

(a.1) the decision not to make an order under subsection 745.51(1) of the *Criminal Code*;

(b) the legality of any finding of not guilty;

(c) the legality of the whole or any part of the sentence;

(d) the legality of a decision of a court martial that terminates proceedings on a charge or that in any manner refuses or fails to exercise jurisdiction in respect of a charge;

(e) the legality of a finding of unfit to stand trial or not responsible on account of mental disorder;

(f) the legality of a disposition made under section 201, 202 or 202.16;

(f.1) the legality of an order for a stay of proceedings made under subsection 202.121(7);

(g) the legality of a decision made under any of subsections 196.14(1) to (3); or

(h) the legality of a decision made under subsection 227.01(2).

a.1) la décision de ne pas rendre l'ordonnance visée au paragraphe 745.51(1) du *Code criminel*;

b) la légalité de tout verdict de non-culpabilité;

c) la légalité de la sentence, dans son ensemble ou tel aspect particulier;

d) la légalité d'une décision d'une cour martiale qui met fin aux délibérations ou qui refuse ou fait défaut d'exercer sa juridiction à l'égard d'une accusation;

e) relativement à l'accusé, la légalité d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux;

f) la légalité d'une décision rendue aux termes de l'article 201, 202 ou 202.16;

f.1) la légalité d'une ordonnance de suspension d'instance rendue en vertu du paragraphe 202.121(7);

g) la légalité de la décision prévue à l'un des paragraphes 196.14(1) à (3);

h) la légalité de la décision rendue en application du paragraphe 227.01(2).

[49] Section 165.11 of the NDA reads as follows:

#### Duties and functions

**165.11** The Director of Military Prosecutions is responsible for the preferring of all charges to be tried by court martial and for the conduct of all prosecutions at courts martial. The Director of Military Prosecutions also acts as counsel for the Minister in respect of appeals when instructed to do so. [Emphasis added.]

[50] Subsection 245(2) of the NDA provides for a similar right of appeal by the Minister to the Supreme Court.

[51] Before 1991, the prosecution had no right of appeal (W.J. Lawson, "Canadian Military Law" (1951), 29 *Can. Bar. Rev.* 241, at pages 253 and 254; H.G. Oliver, "Canadian Military Law" (1975), 23 *Chitty's L.J.* 109, at pages 117 and 118; James B. Fay, "Canadian Military Law: An Examination of Military Justice" (1975), 23 *Chitty's L.J.* 228, at page 228). When it was recognized,

[49] L'article 165.11 de la LDN prévoit :

#### Fonctions

**165.11** Le directeur des poursuites militaires prononce les mises en accusation des personnes jugées par les cours martiales et mène les poursuites devant celles-ci; en outre, il représente le ministre dans les appels lorsqu'il reçoit des instructions à cette fin. [Je souligne.]

[50] Le paragraphe 245(2) de la LDN prévoit un droit d'appel similaire du Ministre à la Cour suprême.

[51] Avant 1991, la poursuite n'avait aucun droit d'appel (W.J. Lawson, « Canadian Military Law » (1951), 29 *R. du B. can.* 241, aux pages 253 et 254; H.G. Oliver, « Canadian Military Law » (1975), 23 *Chitty's L.J.* 109, aux pages 117 et 118; James B. Fay, « Canadian Military Law: An Examination of Military Justice » (1975), 23 *Chitty's L.J.* 228, à la page 228). Lorsque celui-ci a été

it was conferred on the Minister in the context of the military justice system then in place.

[52] Section 230.1 was enacted in 1991 (S.C. 1991, c. 43, s. 21. Came into force February 4, 1992, P.C. 1992-116, SI/1992-9). It is helpful to specify the context surrounding its enactment to properly discern Parliament's intention (*Wood v. Schaeffer*, 2013 SCC 71, [2013] 3 S.C.R. 1053, at paragraph 99).

[53] Since 1985, there have been many statutory amendments to the NDA (See Jerry S.T. Pitzul and John C. Maguire. "A Perspective on Canada's Code of Service Discipline", in E.R. Fidell and D.H. Sullivan, eds., *Evolving Military Justice*. Annapolis, Md.: Naval Institute Press, 2002, at pages 239 to 245; David McNairn. "A Military Justice Primer" (2002), 7 *Can. Crim. L. Rev.* 299, at pages 300 and 301; Chris Madsen. *Military Law and Operations*, Vol. 1, loose-leaf, updated July 2015. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2015, at pages 1-36 to 1-47).

[54] The most significant reforms followed the adoption of the Charter (Amendments to the *National Defence Act*, Schedule 1 to *An Act to amend certain Acts having regard to the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, R.S.C. 1985 (1st Supp.), c. 31; see Canada. Library of Parliament. *Legislative Summary of Bill C-15: An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, Legislative Summary 41-1-C15-E by Erin Shaw and Dominique Valiquet, revised 2 May 2013 24. Ottawa, 24 April 2012, at pages 2 to 7; Andrew D. Heard. "Military Law and the *Charter of Rights*" (1987-88), 11 *Dal. L.J.* 514, at pages 532 and 533); the Supreme Court decision in *R. v. Généreux*, above, in 1992, a major military justice reform following the events during the Canadian Forces intervention in Somalia and Bill C-25 (*An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 36th Parl., 1st Sess., 1998, c. 35), which came into force in September 1999.

[55] The enactment of section 230.1 was part of a series of reforms to the Canadian military justice system in a process of convergence with the *civilian* criminal justice system after the adoption of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in 1982.

reconnu, il a été confié au Ministre dans le cadre du système de justice militaire alors en place.

[52] L'article 230.1 est adopté en 1991 (L.C. 1991, ch. 43, art. 21. Entrée en vigueur le 4 février 1992, C.P. 1992-116, TR/1992-9). Il est utile de préciser le contexte entourant son adoption et de bien cerner l'intention du législateur (*Wood c. Schaeffer*, 2013 CSC 71, [2013] 3 R.C.S. 1053, au paragraphe 99).

[53] Depuis 1985, les amendements législatifs à la LDN ont été nombreux (Voir Jerry S.T. Pitzul et John C. Maguire. « A Perspective on Canada's Code of Service Discipline », dans E.R. Fidell et D.H. Sullivan, dir., *Evolving Military Justice*. Annapolis (Md.), Naval Institute Press, 2002, aux pages 239 à 245; David McNairn. « Introduction au système de justice militaire » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 299, aux pages 300 et 301; Chris Madsen. *Military Law and Operations*, vol. 1, feuilles mobiles, mise à jour Juillet 2015. Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2015, aux pages 1-36 à 1-47).

[54] Les réformes les plus importantes suivent l'adoption de la Charte (Modifications à la *Loi sur la défense nationale*, Annexe 1 de la *Loi modifiant certaines lois eu égard à la Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. 1985 (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31; voir Canada. Bibliothèque du Parlement, *Résumé législatif du projet de loi C-15 : Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, Résumé législatif 41-1-C15-F par Erin Shaw et Dominique Valiquet, révisé le 2 mai 2013. Ottawa, 24 avril 2012, aux pages 2 à 8; Andrew D. Heard. « Military Law and the *Charter of Rights* » (1987-88), 11 *Dal. L.J.* 514, aux pages 532 et 533) : la décision de la Cour suprême dans *R. c. Généreux*, précité, en 1992, une réforme majeure de la justice militaire à la suite des événements lors de l'intervention des Forces canadiennes en Somalie et le projet de loi C-25 (*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 36<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 1998, ch. 35) entré en vigueur en septembre 1999.

[55] L'adoption de l'article 230.1 s'intègre au sein d'une série de réformes du système de justice militaire canadien dans un processus de convergence avec le système de justice criminelle civil après l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés en 1982.

[56] That convergence is described as follows by former Judge Advocate General Pitzul in a text that he co-wrote (above, at page 239):

What followed was a relatively intense process of review, both internal and judicial, during which the Canadian Forces were called upon to reconcile their military justice provisions and processes with the constitutional protections embodied in the Charter. That process, which is still ongoing, resulted in an unprecedented series of amendments to the Code of Service Discipline and subordinate regulations and orders as well as what has been appropriately characterized as the “rapid convergence between military and civilian criminal justice processes.” Some of the more significant changes implemented between 1982 and 1992 include:

- establishing a process under which an accused who had been found guilty at court-martial and sentenced to a term of incarceration could apply for judicial interim release;
- developing a *Charter*-compliant scheme for dealing with mentally disordered accused;
- creating a truly comprehensive civilian appellate review process in respect of both courts-martial findings and sentences accessible by both the Crown and the accused; and
- enhancing the independence of courts-martial by (1) separating the functions of convening courts-martial and appointing judges and panel members; (2) adopting a random methodology for selecting courts-martial panel members; and (3) implementing reforms to ensure the security of tenure, financial security, and institutional independence of military judges, including appointing judges for fixed terms, adopting the civilian “cause-based” removal standard and discontinuing the use of career evaluations as a measure of judicial performance. [Emphasis added; footnote omitted.]

[57] In his work entitled *Canada’s Military Lawyers*, Colonel R. Arthur McDonald (retired) described the reasons for the change to the right of appeal (R. Arthur McDonald. *Canada’s Military Lawyers*. Ottawa: Office of the Judge Advocate General, 2002, at page 147):

One of the changes corrected a long-standing imbalance. For the first forty-three years of its existence, only the accused could appeal to the Court Martial Appeal Court.

[56] Cette convergence est ainsi décrite par l’ancien juge-avocat général Pitzul dans un texte dont il est le coauteur (précité, à la page 239) :

What followed was a relatively intense process of review, both internal and judicial, during which the Canadian Forces was called upon to reconcile its military justice provisions and processes with the constitutional protections embodied in the *Charter*. That process, which is still ongoing, resulted in an unprecedented series of amendments to the *Code of Service Discipline* and subordinate regulations and orders as well as what has been appropriately characterized as the “rapid convergence between military and civilian criminal justice processes.” Some of the more significant changes implemented between 1982 and 1992 include:

- establishing a process under which an accused who had been found guilty at court-martial and sentenced to a term of incarceration could apply for judicial interim release;
- developing a *Charter*-compliant scheme for dealing with mentally disordered accused;
- creating a truly comprehensive civilian appellate review process in respect of both courts-martial findings and sentences accessible by both the Crown and the accused; and
- enhancing the independence of courts-martial by (1) separating the functions of convening courts-martial and appointing judges and panel members; (2) adopting a random methodology for selecting courts-martial panel members; and (3) implementing reforms to ensure the security of tenure, financial security, and institutional independence of military judges, including appointing judges for fixed terms, adopting the civilian “cause-based” removal standard and discontinuing the use of career evaluations as a measure of judicial performance. [Je souligne; note de bas de page omise.]

[57] Dans son ouvrage *Les avocats militaires du Canada*, le colonel à la retraite R. Arthur McDonald décrit les raisons du changement relatif au droit d’appel en ces termes (R. Arthur McDonald. *Les avocats militaires du Canada*. Ottawa, Cabinet du Juge-avocat général, 2002, à la page 167) :

Un des changements apportés corrigeait un déséquilibre de longue date. Pendant les quarante-trois premières années de l’existence de la Cour d’appel des cours martiales,



The prosecution had no right of appeal. This was in keeping with the paternalistic philosophy that the Forces, with its greater resources, should get it right the first time. Otherwise it might seem more like persecution than prosecution. However, as the legal rights of the individual expanded and the consequences of incorrect court martial decisions in favour of an accused became more serious, this philosophy changed to the civilian one of balanced rights of appeal. When the *Généreux* decision was released and the system had to be shut down until appropriate amendments were made, the decision was taken that this was the time to insert a right of appeal by the prosecution as well. Since 1993 the military appeal system has taken on most of the characteristics of the civilian system of appeal used for a criminal conviction. [Emphasis added.]

[58] The creation of the prosecution's right of appeal arises from that expedited convergence and it was imperative to provide a right of appeal to the prosecution even if, in Canada, that type of right of appeal is limited. (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609) Conferring that right of appeal on the Minister was completely natural in the context of the military justice system in place in 1991. In fact, the NDA at the time provided for and conferred several quasi-judicial powers on the Minister (second Dickson report, above).

[59] The Supreme Court decision in *Généreux*—which involves the constitutionality of general Court Martial proceedings—and the events surrounding the Canadian Forces intervention in Somalia triggered, however, a reassessment of all quasi-judicial powers attributed to the Minister.

[60] In fact, in his judgment, Chief Justice Lamer made the following comments (*Généreux*, above, at pages 307 and 308):

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

This review of the manner of proceeding in a General Court Martial indicates that the system created by the

seul l'accusé pouvait loger un appel. La poursuite n'avait aucun droit d'appel. Cette situation de fait était conforme à la philosophie paternaliste à l'effet que les Forces, avec leurs importantes ressources, se devaient de faire les choses correctement du premier coup. Faire autrement ressemblait davantage à de la persécution qu'à une poursuite. Cependant, à mesure que les droits juridiques des individus ont augmenté et que les conséquences d'un jugement erroné d'une cour martiale en faveur d'un accusé sont devenues plus sérieuses, cette philosophie a fait place à une philosophie civile de droits d'appel légaux. Lorsque le jugement *Généreux* a été rendu et que le système a dû être suspendu jusqu'à ce que les correctifs requis soient mis en place, les autorités ont décidé qu'il était temps d'insérer un droit d'appel par la poursuite. Depuis 1993, le système d'appel militaire a repris à son compte la majeure partie des caractéristiques du système civil d'appel au criminel [Je souligne.]

[58] La création du droit d'appel de la poursuite découle de cette convergence accélérée et il était impératif de prévoir un droit d'appel pour la poursuite même si, au Canada, ce type de droit d'appel est restreint (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609). Le fait de confier ce droit d'appel au Ministre était tout naturel dans le cadre du système de justice militaire en place en 1991. En effet, la LDN prévoyait alors et conférait plusieurs pouvoirs quasi-judiciaires au Ministre (deuxième rapport Dickson, précité).

[59] La décision de la Cour suprême dans *Généreux* — qui porte sur la constitutionnalité des procédures d'une cour martiale générale — et les événements entourant l'intervention des Forces canadiennes en Somalie déclenchent toutefois une réévaluation de l'ensemble des pouvoirs quasi-judiciaires attribués au Ministre.

[60] En effet, dans son jugement, le juge en chef Lamer formule les observations suivantes (*Généreux*, précité, aux pages 307 et 308) :

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

Cet exposé du déroulement d'une instance en Cour martiale générale révèle que le système mis sur pied par

**Act** and by the **Q.R.O.C.F.** clearly establishes close links of institutional dependence between the Minister of National Defence, the commanding officer who signs the charge sheet, orders custody, receives the investigation report and decides to proceed with the charge, the military authority who convenes the court, appoints its members and decides on its dates of hearing, the officers who make up the court and for all practical purposes sit as a jury, the officer who prosecutes and of course the accused. I note that the **Act** and the **Orders** do not expressly require that the judge advocate also be a member of the Canadian Forces, although in the case at bar the record indicates that he was. I nevertheless take account of this officer on the tribunal, whether or not he was an officer of the Canadian Forces, in the conclusion I have arrived at of an objective institutional dependence, since under the **Act** and the **Orders** his function and duties lead him to maintain close ties with the Canadian Forces. [Emphasis in original.]

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

In my opinion, certain characteristics of the General Court Martial system would be very likely to cast into doubt the institutional independence of the tribunal in the mind of a reasonable and informed person. First, the authority that convenes the court martial (the "convening authority") may be the Minister, the Chief of the Defence Staff, an officer commanding a command, upon receipt of an application from a commanding officer, or another service authority appointed by the Minister (art. 111.05 Q.R. & O.). The convening authority, an integral part of the military hierarchy and therefore of the executive, decides when a General Court Martial shall take place.

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

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

À mon avis, certaines caractéristiques du système des cours martiales générales seraient fort probablement susceptibles de compromettre l'indépendance institutionnelle du tribunal dans l'esprit d'une personne raisonnable et bien informée. Premièrement, l'autorité qui convoque la cour martiale (l'« autorité convocatrice ») peut être le Ministre, le chef de l'état-major de la défense, un officier commandant un commandement, à la réception d'une demande d'un commandant, ou les autres autorités militaires que peut désigner le Ministre (art. 111.05 O.R.F.C.). L'autorité convocatrice, qui fait partie intégrante de la hiérarchie militaire et donc de l'exécutif, décide s'il

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

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

[61] On March 20, 1995, the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia was created. It presented its recommendations in 1997.

[62] In January 1997, the Minister of Defence, Douglas Young, created the Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services (Advisory Group).

[63] The Advisory Group was chaired by former Supreme Court Chief Justice Brian Dickson, a member of the Canadian Forces in World War II (R. J. Sharpe and K. Roach. *Brian Dickson: A Judge's Journey*. Toronto: University of Toronto Press, 2003, at pages 48 to 64). The other members were Lieutenant-General Charles H.

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

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

[61] Le 20 mars 1995, la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie est mise sur pied. Elle présente ses recommandations en 1997.

[62] En janvier 1997, le Ministre de la Défense Douglas Young forme le Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et les services d'enquête de la police militaire (Groupe consultatif).

[63] Le Groupe consultatif est présidé par l'ancien juge en chef de la Cour suprême Brian Dickson, membre des Forces canadiennes durant la Seconde Guerre mondiale (R. J. Sharpe et K. Roach. *Brian Dickson: A Judge's Journey*. Toronto, University of Toronto Press, 2003, aux pages 48 à 64). Les autres membres sont le lieutenant-général à la

Belzile (retired) and J.W. Bud Bird, a former Member of Parliament.

[64] In March 1997, the Advisory Group made 35 recommendations for improving the efficiency and independence of the military justice system and the military police. Several of those recommendations were part of Bill C-25, above, which came into force on September 1, 1999.

[65] Minister Young then mandated the Advisory Group to examine the quasi-judicial powers of the Minister under the NDA, including the power to commence an appeal under section 230.1.

[66] In July 1997, the Advisory Group submitted its report entitled *Report on Quasi-Judicial Role of the Minister of National Defence* (second Dickson report) to the new Minister, Arthur Eggleton.

[67] The constitutional question raised by the motion to have the appeals quashed and dismissed justifies a careful analysis of the second Dickson report in a persuasive and compelling manner.

*B. Report on quasi-judicial role of the Minister of National Defence*

[68] In its report, the Advisory Group described its study as follows (second Dickson report, above, at pages 2 and 3):

Our purpose in conducting this study has essentially been two-fold. First, we have looked at every one of the quasi-judicial powers currently in the hands of the Minister and considered whether there is an inherent advantage to the Minister exercising it or whether it would be better performed by another authority. Secondly, we have considered the issue of whether the Minister is constrained in his/her ability to discharge his/her mandate to manage and direct the Canadian Forces because of some or all of these quasi-judicial powers. Where we believed that another authority could exercise the power better, or where the Minister's executive authority could be compromised, we have recommended a transfer of that power to ensure the Minister maximum flexibility in conducting the affairs of the Department of National Defence as well as enhancing further the impartiality of the military judicial process.

retraite Charles H. Belzile et J.W. Bud Bird, un ancien député fédéral.

[64] En mars 1997, le Groupe consultatif énonce 35 recommandations qui visent à améliorer l'efficacité et l'indépendance du système de justice militaire ainsi que de la police militaire. Plusieurs de ces recommandations font partie du projet de loi C-25, précité, qui entre en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1999.

[65] Le ministre Young confie ensuite au Groupe consultatif le mandat d'examiner les pouvoirs quasi-judiciaires du Ministre au sens de la LDN, dont le pouvoir d'interjeter appel en vertu de l'article 230.1.

[66] En juillet 1997, le Groupe consultatif présente son rapport intitulé *Rapport sur le rôle quasi-judiciaire du Ministre de la défense nationale* (deuxième rapport Dickson) au nouveau Ministre, Arthur Eggleton.

[67] La question constitutionnelle soulevée par la requête pour l'annulation et le rejet des appels justifie que l'on s'attarde d'abord soigneusement à l'analyse persuasive et convaincante du deuxième rapport Dickson.

*B. Le rapport sur le rôle quasi-judiciaire du Ministre de la défense nationale*

[68] Dans son rapport, le Groupe consultatif décrit son étude en ces termes (deuxième rapport Dickson, précité, aux pages 2 et 3) :

Le but que nous avons visé en menant cette étude a été double essentiellement. Premièrement, nous avons examiné chacun des pouvoirs quasi-judiciaires dont dispose actuellement le ministre et nous nous sommes demandés s'il y a un avantage intrinsèque à ce que le ministre l'exerce, ou s'il est préférable qu'il soit exercé par une autre autorité. Deuxièmement, nous avons examiné la question de savoir si certains de ces pouvoirs quasi-judiciaires ou l'ensemble d'entre eux empêchent le ministre de s'acquitter de sa responsabilité à l'égard des Forces canadiennes. Lorsque nous avons estimé préférable qu'une autre autorité exerce le pouvoir en cause, ou lorsque le rôle exécutif du ministre pouvait être compromis, nous avons recommandé un transfert de ce pouvoir pour faire en sorte que le ministre dispose d'une flexibilité maximale dans la conduite des activités du ministère de la Défense nationale et pour assurer encore davantage l'impartialité du processus de la justice militaire.

[69] The second Dickson report also pointed out that, even if the Minister had no quasi-judicial powers, the Minister must be careful when making public statements. It states the following (second Dickson report, above, at page 4):

Therefore, even without any powers to get involved directly in the military judicial system, such as those discussed below, the Minister will have to ensure that his/her public statements or actions relating to events that may lead to accusations before service tribunals are measured. Notwithstanding this general counsel of prudence, distancing the Minister from the military judicial system would assist in providing some increased flexibility in discharging the Minister's executive responsibilities under the *National Defence Act (NDA)*.

[70] For the purposes of its analysis, the Advisory Group looked at "the situation in other countries with similar military and legal traditions as our own, namely, England, Australia and the United States, and found that in none of them does the Minister or Secretary responsible for defence retain as many quasi-judicial powers as in Canada" (second Dickson report, above, at page 5).

[71] The second Dickson report also briefly examined the quasi-judicial powers conferred on other ministers and noted the unique position of the Minister of Defence in the following terms (second Dickson report, above, at pages 5 and 6):

Finally, we considered quasi-judicial powers conferred upon Ministers by other federal statutes. Again, because of time constraints, it was not possible to research this question exhaustively. It is obvious, however, that various other Ministers must assume quasi-judicial roles, and many of them are responsible for quasi-judicial tribunals. We do not believe, however, that any other Minister is responsible for a complete and separate system of justice designed to govern the conduct of personnel for whom he/she is also responsible within his/her department.

It follows that the Minister of National Defence in Canada is in a unique position. The Minister is responsible not only for a department and military force but also for a separate, full-fledged military justice system applicable to that force. The central issue raised by the combination of the Minister's executive and quasi-judicial powers is whether

[69] Le deuxième rapport Dickson souligne aussi que, même s'il n'avait plus de pouvoirs quasi-judiciaires, le Ministre doit être prudent dans ses déclarations publiques. Il mentionne (deuxième rapport Dickson, précité, à la page 4) :

Ainsi, même s'il ne dispose d'aucun des pouvoirs, tels que ceux dont il sera traité plus loin, lui permettant d'être un participant direct du système de justice militaire, le ministre devra s'assurer que soient mesurés ses propos et ses gestes publics se rapportant à des événements pouvant donner lieu à des accusations devant les tribunaux militaires. Outre ce conseil général de prudence, si le ministre prenait ses distances à l'égard du système de justice militaire, il disposerait de plus de flexibilité pour s'acquitter de ses responsabilités exécutives en vertu de la *Loi sur la défense nationale* (la « LDN »).

[70] Aux fins de son analyse, le Groupe consultatif étudie « la situation qui prévaut dans d'autres pays ayant des traditions militaires et juridiques semblables aux nôtres, à savoir l'Angleterre, l'Australie et les États-Unis, et [il a] pu constater que dans aucun de ces pays le ministre ou le secrétaire responsable de la défense ne conserve autant de pouvoirs quasi-judiciaires que tel est le cas au Canada » (deuxième rapport Dickson, précité, à la p. 5).

[71] Le deuxième rapport Dickson examine aussi brièvement les pouvoirs quasi-judiciaires conférés à d'autres ministres et il constate la situation unique du Ministre de la Défense en ces termes (deuxième rapport Dickson, précité, aux pages 5 et 6) :

Enfin, nous avons examiné les pouvoirs quasi-judiciaires conférés à des ministres par d'autres lois fédérales. En raison de contraintes de temps, une fois encore, cette question n'a pu faire l'objet d'une recherche exhaustive. Il est toutefois évident que divers autres ministres doivent assumer des rôles quasi-judiciaires, et que plusieurs d'entre eux sont responsables de tribunaux quasi-judiciaires. Nous ne croyons pas, cependant, qu'un autre ministre soit responsable d'un système de justice complet et distinct destiné à régir la conduite du personnel dont il a également la charge dans son ministère.

La situation du ministre de la Défense nationale est donc unique. Le ministre est responsable non seulement d'un ministère et des forces armées, mais aussi d'un système de justice militaire distinct et complet applicable à ces forces. La question fondamentale que soulève la réunion des pouvoirs exécutifs et quasi-judiciaires du ministre

it is appropriate and desirable in all the circumstances. [Emphasis added.]

[72] The Advisory Group was unable to determine the *raison d'être* for all of the powers given to the Minister. It stated the following (second Dickson report, above, at page 6):

It has been difficult to ascertain with full accuracy the rationale or *raison d'être* for the myriad quasi-judicial powers that are found in the *NDA*. Indeed, our research does not permit us to determine categorically why specific quasi-judicial powers were granted to the Minister. We can only surmise that the legislative drafters, steeped in the British military tradition, tacitly assumed that the executive branch of government and the chain of command were the proper authorities to supervise the military justice system and, indeed, to be involved in making decisions relating to individual cases.

[73] Moreover, the second Dickson report noted recent statutory and jurisprudential evolution that led to both legal challenges and legislative reforms (second Dickson report, above, at page 7):

Since the enactment of the *NDA*, however, the law and the jurisprudence have evolved toward a greater independence of service tribunals from the executive power and the chain of command, particularly where courts martial are concerned. This process culminated in the Supreme Court of Canada decision in *Généreux* requiring that courts martial conform with section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which states that everyone has a right to be judged by an “independent and impartial tribunal”.

...

Thus, the confluence of the executive and quasi-judicial functions of the Minister became problematic with the increasing requirements for a military judicial system which had to be and appear to be independent in order to reflect the values of the civilian judicial system and the need of the Minister to exercise his/her managerial responsibilities. [Emphasis added; footnote omitted.]

[74] The second Dickson report considered all of the Minister's quasi-judicial powers, in both pre-trial and post-trial decisions. In some cases, it recommended

consiste à savoir si cela est appropriée et souhaitable en toutes circonstances. [Je souligne.]

[72] Le Groupe consultatif a été incapable de déterminer la raison d'être de l'ensemble des pouvoirs accordés au Ministre. Il écrit (deuxième rapport Dickson, précité, aux pages 6 et 7) :

Il a été difficile d'établir avec grande précision quelle est la justification ou la raison d'être du très grand nombre de pouvoirs quasi-judiciaires prévus par la *LDN*. À vrai dire, notre recherche ne nous permet pas de déterminer catégoriquement pourquoi le ministre s'est vu octroyer des pouvoirs quasi-judiciaires particuliers. Nous pouvons seulement supposer que les rédacteurs de la loi, imprégnés de la tradition militaire britannique, ont tacitement présumé que l'organe exécutif et la chaîne de commandement constituaient les autorités compétentes pour superviser le système de justice militaire et, même, pour participer à la prise de décisions concernant des cas particuliers.

[73] Par ailleurs, le deuxième rapport Dickson note l'évolution législative et jurisprudentielle récente ayant conduit tant à des contestations judiciaires qu'à des réformes législatives (deuxième rapport Dickson, précité, à la page 7) :

Depuis l'adoption de la *LDN*, toutefois, la loi et la jurisprudence ont connu une évolution qui a entraîné une plus grande indépendance des tribunaux militaires à l'égard du pouvoir exécutif et de la chaîne de commandement, particulièrement en ce qui concerne les cours martiales. Ce processus a connu son apogée avec la décision *Généreux* de la Cour suprême prescrivant que les cours martiales se conforment à l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui prévoit que chacun a le droit d'être jugé par « un tribunal indépendant et impartial ».

[...]

Ainsi, la réunion des fonctions exécutives et quasi-judiciaires du ministre est devenue problématique, comme il fallait de plus en plus que le système de justice militaire soit indépendant et semble l'être de manière à ce qu'il tienne compte des valeurs du système judiciaire civil et de la nécessité pour le ministre d'exercer ses responsabilités de gestion. [Je souligne; note en bas de page omise.]

[74] Le deuxième rapport Dickson considère tous les pouvoirs quasi-judiciaires du Ministre, tant les décisions préalables au procès que celles postérieures

either simple abolition, or the transfer to an office holder like a Military Judge or the independent Director of Prosecutions.

[75] In the case of section 230.1, the Advisory Group recommended that that power be exercised by the independent Director of Prosecutions, whom it recommended the establishment of in its first report, submitted in March 1997. It was of the opinion that it is more appropriate for an independent prosecutor than the Minister to exercise prosecutorial powers.

[76] The second Dickson report states that the Minister “should be distanced as much as possible from the military justice system, at any point” (above, at page 15). The independence of the military justice system and the appearance of justice justify distancing the Minister from that type of quasi-judicial power.

[77] The second Dickson report confirms that approach several times. According to the report, “the Minister should not be involved in prosecution decisions; such decisions should be left to the independent Director of Prosecutions” (above, at page 16), as they are “inherently ... prosecutorial decision[s]” (above, at page 23).

[78] The second Dickson report therefore supported the idea that preserving the independence and impartiality of the military justice system required the Minister to stop exercising quasi-judicial powers within a justice system that could lead to the imprisonment of his or her personnel. Essentially, the independence of the military justice system with respect to the executive branch and the chain of command justified those changes.

[79] Thus, according to the Advisory Group, the Minister could fully perform his or her managerial responsibilities under the NDA while ensuring that, according to the NDA, the powers otherwise exercised by the Minister, are exercised by a judge or an independent Director of Prosecutions, holders more apt than the Minister for duties of that nature.

à celui-ci. Dans certains cas, il en recommande soit l’abolition pure et simple, ou le transfert à un titulaire comme un juge militaire ou au Directeur des poursuites indépendant.

[75] Dans le cas de l’article 230.1, le Groupe consultatif recommande que ce pouvoir soit exercé par le Directeur des poursuites indépendant dont il avait recommandé la mise en place dans son premier rapport déposé en mars 1997. Il estime qu’un poursuivant indépendant est davantage compétent que le Ministre pour exercer des pouvoirs en matière de poursuites.

[76] Le deuxième rapport Dickson mentionne que le Ministre « devrait garder le plus possible ses distances vis-à-vis du système de justice militaire, à quelque étape que ce soit de son processus » (précité, à la page 15). L’indépendance du système de justice militaire et l’apparence de justice justifient de tenir le Ministre à l’écart de ce type de pouvoir quasi-judiciaire.

[77] Le deuxième rapport Dickson confirme cette approche à plusieurs reprises. Selon ce rapport, « le ministre ne devrait pas prendre part aux décisions en matière de poursuite, qui devraient incomber au seul Directeur des poursuites indépendant » (précité, à la page 17), car il s’agit de décisions « qui appartienn[ent] essentiellement à la poursuite » (précité, à la page 23).

[78] Le deuxième rapport Dickson soutient donc l’idée selon laquelle la préservation de l’indépendance et de l’impartialité du système de justice militaire exige que le Ministre cesse d’exercer des pouvoirs quasi-judiciaires au sein d’un système de justice pouvant conduire à l’emprisonnement de l’un des membres de son personnel. Essentially, l’indépendance du système de justice militaire à l’égard du pouvoir exécutif et de la chaîne de commandement justifiait ces changements.

[79] Ainsi, selon l’avis du Groupe consultatif, le Ministre pouvait pleinement s’acquitter des responsabilités de gestion sous la LDN tout en s’assurant que, selon la LDN, les pouvoirs autrefois exercés par lui, le soient par un juge ou un Directeur des poursuites indépendant, des titulaires plus compétents que le Ministre pour des fonctions de cette nature.

[80] The recommendations in the second Dickson report were not ignored.

[81] Bill C-25, above, integrates most of them, but the one that involved transferring the Minister's power to commence an appeal was never implemented.

[82] The bill came into force on September 1, 1999 (*Order Fixing September 1, 1999 as the Date of the Coming into Force of Certain Sections of the Act*, SI/099-75, (1999) 133 C. Gaz. II, 1960). The summary reads as follows:

This enactment reforms and modernizes the *National Defence Act* and, in particular, the Code of Service Discipline. Key components of the enactment include:

- clarification of the roles and responsibilities of the principal actors in the military justice system, including the Minister of National Defence and the Judge Advocate General, and the establishment of clear standards of institutional separation between the investigative, prosecutorial, defence and judicial functions;
- establishment of a Director of Military Prosecutions who prefers all charges to be tried by court martial and has conduct of all prosecutions at court martial;
- establishment of a Canadian Forces Grievance Board to make findings and provide recommendations to the Chief of the Defence Staff on grievances by members of the Canadian Forces;
- establishment of a Military Police Complaints Commission to investigate complaints as to military police conduct and interference with military police investigations;
- abolition of the death penalty and substitution of the punishment of life imprisonment; and
- increased reporting through the release of annual reports by the Canadian Forces Grievance Board, the Military Police Complaints Commission and the Judge Advocate General. [Emphasis added.]

[83] In 2003, former Chief Justice Lamer was mandated to lead the first independent review of the provisions

[80] Les recommandations du deuxième rapport Dickson ne demeurent pas lettre morte.

[81] Le projet de loi C-25, précité, intègre la plupart d'entre elles, mais celle visant le transfert du pouvoir du Ministre d'interjeter appel n'a jamais été mise en œuvre.

[82] Ce projet de loi entre en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1999 (*Décret fixant au 1<sup>er</sup> septembre 1999 la date d'entrée en vigueur de certains articles de la Loi*, TR/99-75, (1999) 133 Gaz. C. II, 1960). Le sommaire se lit comme suit :

Le texte vise à remanier et moderniser la *Loi sur la défense nationale* et, en particulier, le code de discipline militaire. Les points saillants en sont les suivants :

- la clarification des rôles des principaux intervenants du système de justice militaire, y compris le ministre de la Défense nationale et le juge-avocat général, et l'établissement de normes de séparation institutionnelle entre les fonctions d'enquête, de poursuite et de défense et les fonctions judiciaires;
- la création du poste de directeur des poursuites militaires chargé de prononcer les mises en accusation pour les personnes qui seront jugées par une cour martiale et de mener les poursuites devant les cours martiales;
- la constitution du Comité d'examen des griefs des Forces canadiennes qui transmet ses conclusions et recommandations au Chef d'état-major de la défense en ce qui touche les griefs des membres des Forces canadiennes;
- la constitution de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire responsable d'enquêter sur les allégations d'ingérence dans les enquêtes de la police militaire et sur les plaintes relatives à la conduite des policiers militaires;
- l'abolition de la peine de mort et son remplacement par l'emprisonnement à perpétuité;
- l'obligation accrue de faire rapport par l'établissement de rapports annuels par le Comité d'examen des griefs, la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire et le juge-avocat général. [Je souligne.]

[83] En 2003, l'ancien juge en chef Lamer est chargé de mener le premier examen indépendant des dispositions



and operation of Bill C-25. He made three comments on the subject of the objective of Bill C-25 regarding prosecutorial independence in respect of the chain of command (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 (Lamer report), at pages 11 and 13):

One of the overriding goals of Bill C-25 was to clarify the roles, responsibilities and duties of the key actors in the military justice system. This clarification included the introduction of new positions within the military justice system in order to enhance the independence of the judiciary, prosecution and defence from the chain of command.

...

In order to provide greater assurance that prosecution decisions would be made free from external influences and to reduce the potential for conflict of interest, Bill C-25 enhanced the separation between the prosecution function and the chain of command. These changes were made pursuant to comments by the Supreme Court in *R v. Généreux* which highlighted the lack of institutional independence that existed in the court martial process at the time.

...

Bill C-25 was intended to create the necessary legislative buffers around the DMP to ensure that the proper exercise of prosecutorial discretion is not inadvertently interfered with by the military chain of command. [Emphasis added; footnote omitted.]

[84] Former Chief Justice Lamer did not specifically comment on section 230.1 of the NDA.

[85] The record submitted by the parties does not provide any source behind the decision to not address the second Dickson report recommendation that pertains to section 230.1 of the NDA. I could not find any.

[86] Curiously, the final report by the Minister’s monitoring committee on change in the Department of

et de l’application du projet de loi C-25. Il formule trois observations au sujet de l’objectif poursuivi par le projet de loi C-25 quant à l’indépendance de la poursuite vis-à-vis de la chaîne de commandement (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 (rapport Lamer), aux pages 11 et 13) :

L’un des principaux objets du projet de loi C-25 consistait à clarifier les rôles, les responsabilités et les fonctions des principaux intervenants du système de justice militaire, notamment en créant de nouveaux postes au sein de ce système afin d’accroître l’indépendance de la magistrature, de la poursuite et de la défense envers la chaîne de commandement.

[...]

Afin de protéger davantage les décisions en matière de poursuites contre les influences extérieures et de réduire le risque de conflit d’intérêts, le projet de loi C-25 a établi plus solidement la séparation entre la fonction de poursuite et la chaîne de commandement. Ces changements font suite aux commentaires formulés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *R c. Généreux*, qui a mis en lumière l’absence d’indépendance institutionnelle des cours martiales à l’époque.

[...]

Le projet de loi C-25 visait à entourer le DPM des protections législatives nécessaires pour éviter que la chaîne de commandement militaire intervienne par mégarde dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. [Je souligne; note en bas de page omise.]

[84] L’ancien juge en chef Lamer ne formule aucune observation particulière au sujet de l’article 230.1 de la LDN.

[85] Le dossier présenté par les parties ne comporte aucune source expliquant la décision de ne pas donner suite à la recommandation du deuxième rapport Dickson au sujet de l’article 230.1 de la LDN. Je n’ai été en mesure d’en trouver aucune.

[86] Curieusement, le rapport final du Comité de surveillance des changements du rôle du Ministre au sein

National Defence and the Canadian Forces, which was responsible for monitoring reforms, suggested that that recommendation be addressed (Canada. Department of National Defence. *Minister's Monitoring Committee on Change in the Department of National Defence and the Canadian Forces: Final Report*. Ottawa, 1999, at page 112).

[87] With this historical context in mind, I will now analyze the issues raised by the motions to dismiss the appeal.

### C. Issues

[88] The issues are as follows:

- (1) Is the right to an independent prosecutor a principle of fundamental justice?
- (2) If so, is the power to commence an appeal conferred on the Minister contrary to that principle of fundamental justice and does it violate section 7 of the Charter?
- (3) If yes, is it a reasonable limit that is justifiable in a free and democratic society?
- (4) If not, does a declaration of invalidity with respect to section 230.1 of the NDA lead to the dismissal of the Minister's appeals?

- (1) Is the constitutional right to an independent prosecutor a principle of fundamental justice protected by section 7 of the Charter?

#### (a) *Violation of a section 7 interest*

[89] The first issue is whether the respondents' right to life, liberty and security of the person is at issue. The answer is simple. The Supreme Court noted in *R. v. Malmo-Levine* that "the availability of imprisonment is sufficient to trigger s. 7 scrutiny" (*R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paragraph 84; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485 (*Moriarity*), at paragraphs 17 to 19). Such availability exists according to section 139 of the NDA.

du ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes, chargé de faire le suivi des réformes, donne lieu de croire qu'on devait donner suite à cette recommandation (Canada. Ministère de la Défense nationale. *Rapport du Comité de surveillance des changements au sein du Ministère de la défense nationale et des forces canadiennes*. Ottawa, 1999, à la page 112).

[87] C'est en ayant à l'esprit ce portrait historique que je procède maintenant à l'analyse des questions soulevées par les requêtes en rejet d'appel.

### C. Les questions en litige

[88] Les questions en litige sont les suivantes :

- 1) Est-ce que le droit à un poursuivant indépendant est un principe de justice fondamentale?
- 2) Dans l'affirmative, est-ce que le pouvoir confié au Ministre d'interjeter appel est contraire à ce principe de justice fondamentale et constitue une violation de l'article 7 de la Charte?
- 3) Si oui, s'agit-il d'une limite raisonnable qui se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique?
- 4) Si non, est-ce qu'une déclaration d'invalidité de l'article 230.1 de la LDN entraîne le rejet des appels du Ministre?

- (1) Le droit constitutionnel à un procureur indépendant est-il un principe de justice fondamentale protégé par l'article 7 de la Charte?

#### (a) *Atteinte à un intérêt protégé par l'article 7*

[89] La première question qui se pose est celle de savoir si le droit à la liberté, à la sécurité et à la vie des intimes est en cause. La réponse à cette question est simple. La Cour suprême rappelle dans l'arrêt *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, que « la possibilité d'emprisonnement [...] suffit pour justifier un examen fondé sur l'art. 7 » (*R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, au paragraphe 84; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485 (*Moriarity*), aux paragraphes 17 à 19). Une telle possibilité existe selon l'article 139 de la LDN.

(b) *Principles of fundamental justice*

[90] Since *R. v. D.B.*, (2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3) the analytical framework for identifying a principle of fundamental justice has been well established.

[91] Justice Cromwell summarized it in *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada* (2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at paragraph 87):

Principles of fundamental justice have three characteristics. They must be legal principles, there must be “significant societal consensus” that they are “fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate” and they must be sufficiently precise so as “to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person”: *R. v. Malmø-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 113, per Gonthier and Binnie JJ.; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 46, per Abella J.; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 29, per Moldaver J.

[92] Prosecutorial discretion in prosecutorial matters and the principle of independence that it involves have been the subject of a series of decisions by the Supreme Court of Canada in the last 25 years: *Nelles v. Ontario* ([1989] 2 S.C.R. 170), *R. v. T. (V.)* ([1992] 1 S.C.R. 749), *R. v. Cook* ([1997] 1 S.C.R. 1113), *Krieger v. Law Society of Alberta* (2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372 (*Krieger*)), *Miazga v. Kvello Estate* (2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339 (*Miazga*)), *R. v. Nixon* (2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566), *R. v. Anderson* (2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167 (*Anderson*)), and more recently *Hinse v. Canada (Attorney General)* (2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621 (*Hinse*)) and *Henry v. British Columbia (Attorney General)* (2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214).

[93] In *Hinse*, Justice Wagner and Justice Gascon described the principle of independence in the exercise of prosecutorial discretion as follows (at paragraph 40):

First, although it is possible, in rare cases, to hold Crown prosecutors liable for malicious prosecution, there are policy reasons that justify an extremely high threshold for success in such an action: *Miazga v. Kvello Estate*, 2009

(b) *Les principes de justice fondamentale*

[90] Depuis l’arrêt *R. c. D.B.* (2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3), le cadre d’analyse pour identifier un principe de justice fondamentale est bien établi.

[91] Le juge Cromwell le résume dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, au paragraphe 87) :

Le principe de justice fondamentale présente trois caractéristiques. Il doit s’agir d’un principe juridique à l’égard duquel il existe « un consensus substantiel dans la société » sur le fait que ce principe est « essentiel au bon fonctionnement du système de justice », et ce principe doit être suffisamment précis pour « constituer une norme fonctionnelle permettant d’évaluer l’atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne » : *R. c. Malmø-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 113, les juges Gonthier et Binnie; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 46, la juge Abella; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 29, le juge Moldaver.

[92] Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite en matière de poursuites et le principe de l’indépendance qu’il fait intervenir ont fait l’objet d’une série de décisions de la Cour suprême du Canada au cours des 25 dernières années : les arrêts *Nelles c. Ontario* ([1989] 2 R.C.S. 170), *R. c. T. (V.)* ([1992] 1 R.C.S. 749), *R. c. Cook* ([1997] 1 R.C.S. 1113), *Krieger c. Law Society of Alberta* (2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372 (*Krieger*)), *Miazga c. Kvello (Succession)* (2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339 (*Miazga*)), *R. c. Nixon* (2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566), *R. c. Anderson* (2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167 (*Anderson*)), et plus récemment les arrêts *Hinse c. Canada (Procureur général)* (2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621 (*Hinse*)) et *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)* (2015 CSC 24 [2015] 2 R.C.S. 214).

[93] Dans l’arrêt *Hinse*, les juges Wagner et Gascon décrivent le principe de l’indépendance dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites en ces termes (au paragraphe 40) :

Premièrement, si un procureur de la Couronne peut, dans des cas par ailleurs rares, être tenu responsable de poursuites criminelles abusives, des raisons de principe justifient qu’une telle action ne soit accueillie que si

SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, at para. 43; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9, at para. 4; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170. As a result, an action for malicious prosecution must be based on malice or on an improper purpose: *Miazga*, at paras. 56 and 81. The decision to initiate or continue criminal proceedings lies at the core of the Crown prosecutor's powers, and the principle of independence of the prosecutor's office shields prosecutors from the influence of improper political factors: *Miazga*, at para. 45; see also *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372. Prosecutors must be able to act independently of any political pressure from the government and must be beyond the reach of judicial review, except in cases of abuse of process. This independence is so fundamental to the integrity and efficiency of the criminal justice system that it is constitutionally entrenched: *Miazga*, at para. 46; *Krieger*, at paras. 30-32. [Emphasis added.]

[94] In *Anderson*, above, Justice Moldaver stated the following (at paragraph 37):

This Court has repeatedly affirmed that prosecutorial discretion is a necessary part of a properly functioning criminal justice system: *Beare*, at p. 410; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, at pp. 758-62; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113, at para. 19. In *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, at para. 47, the fundamental importance of prosecutorial discretion was said to lie, “not in protecting the interests of individual Crown attorneys, but in advancing the public interest by enabling prosecutors to make discretionary decisions in fulfilment of their professional obligations without fear of judicial or political interference, thus fulfilling their quasi-judicial role as ‘ministers of justice’”. More recently, in *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609, at para. 27, this Court observed that “[n]ot only does prosecutorial discretion accord with the principles of fundamental justice — it constitutes an indispensable device for the effective enforcement of the criminal law”. [Emphasis added.]

[95] In my opinion, these two passages are sufficient to establish that the independence of the prosecutor is a principle of fundamental justice.

[96] In fact, it is a legal principle, which is sufficiently precise, and about which there is a significant societal

elle satisfait à un critère extrêmement strict : *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339, par. 43; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9, par. 4; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170. En conséquence, le recours pour poursuites abusives doit être fondé sur la malveillance ou l'existence d'un but illégitime : *Miazga*, par. 56 et 81. La décision d'engager ou de continuer une poursuite criminelle est au cœur de l'exercice par le procureur de la Couronne de ses pouvoirs, et le principe de l'indépendance de sa fonction le protège contre l'influence de considérations politiques inappropriées : *Miazga*, par. 45; voir aussi *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372. Le procureur doit pouvoir agir indépendamment de toute pression politique du gouvernement et être soustrait à tout contrôle judiciaire, sauf en cas d'abus de procédure. Cette indépendance est à ce point essentielle à l'intégrité et à l'efficacité du système de justice criminelle qu'elle est consacrée par la Constitution : *Miazga*, par. 46; *Krieger*, par. 30-32. [Je souligne.]

[94] Dans l'arrêt *Anderson*, précité, le juge Moldaver écrit (au paragraphe 37) :

Notre Cour a affirmé à maintes reprises que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est un élément essentiel au bon fonctionnement de la justice criminelle : *Beare*, p. 410; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, p. 758-762; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, par. 19. Dans *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339, par. 47, notre Cour a estimé que l'importance fondamentale du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites « tient à la défense de l'intérêt public, et non à la protection des droits individuels des procureurs de la Couronne, car elle permet à ces derniers de prendre des décisions discrétionnaires dans l'exécution de leurs obligations professionnelles sans craindre d'ingérence judiciaire ou politique et de s'acquitter ainsi de leur rôle quasi judiciaire de [TRADUCTION] “représentants de la justice” ». Plus récemment, dans *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609, par. 27, la Cour a fait remarquer que « [l]e pouvoir discrétionnaire du poursuivant est non seulement conforme aux principes de justice fondamentale, mais il représente un mécanisme essentiel d'application efficace du droit criminel ». [Je souligne.]

[95] À mon avis, ces deux passages suffisent à établir que l'indépendance du poursuivant est un principe de justice fondamentale.

[96] En effet, il s'agit d'un principe juridique, qui est suffisamment précis, et à l'égard duquel il existe un

consensus that it is fundamental to the way in which the criminal justice system ought fairly to operate.

[97] The broad principles set out by the Supreme Court on independence in the exercise of prosecutorial discretion can be summarized as follows:

- (1) The broad powers of prosecutors are at the very heart of the adversarial process (*R. v. Cook*, above, at paragraph 19);
- (2) The fact that prosecutors must have fairly broad discretion is a general principle for the good operation of the criminal justice system. Discretion is an essential feature of the criminal justice system (*R. v. Cook*, above, at paragraph 19; *R. v. T. (V)*, above, at pages 758 to 762);
- (3) The existence of prosecutorial discretion does not offend the principles of fundamental justice (*R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387, at page 411; *Anderson*, above, at paragraph 32. See H. Stewart. *Fundamental Justice: section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2012, at page 123 where Professor Stewart states that it is fairer to claim that prosecutorial discretion is a principle of fundamental justice. See also R. J. Frater. *Prosecutorial Misconduct*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009);
- (4) The principle of prosecutorial independence shields prosecutors from the influence of improper political factors (*Henry v. British Columbia (Attorney General)*, above, at paragraph 62; *Hinse*, above, at paragraph 40), partisan concerns (*Krieger*, above, at paragraphs 3 and 30) or any political pressure from the government (*Hinse*, above, at paragraph 40);
- (5) Prosecutorial independence is so fundamental to the integrity and efficiency of the criminal justice system that it is constitutionally entrenched (*Hinse*, above, at paragraph 40);

consensus substantiel dans la société sur le fait que ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice criminelle.

[97] Les grands principes dégagés par la Cour suprême au sujet de l'indépendance dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite peuvent être résumés ainsi :

- 1) Les larges pouvoirs attribués à la poursuite sont au cœur même du processus contradictoire (*R. c. Cook*, précité, au paragraphe 19);
- 2) Le fait que la poursuite doit disposer d'un assez large pouvoir discrétionnaire est un principe général de bon fonctionnement du système de justice criminelle. Ce pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle (*R. c. Cook*, précité, au paragraphe 19; *R. c. T. (V)*, précité, aux pages 758 à 762);
- 3) Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale (*R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la page 411; *Anderson*, précité, au paragraphe 32. Voir H. Stewart. *Fundamental Justice: section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto, Irwin Law, 2012, à la page 123 où le professeur Stewart affirme qu'il est plus juste de prétendre que la discrétion de la poursuite est un principe de justice fondamentale. Voir aussi R. J. Frater. *Prosecutorial Misconduct*. Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2009);
- 4) Le principe de l'indépendance du poursuivant protège contre l'influence de considérations politiques inappropriées (*Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, précité, au paragraphe 62; *Hinse*, précité, au paragraphe 40) ou partisans (*Krieger*, précité, aux paragraphes 3 et 30) ou de toute pression politique du gouvernement (*Hinse*, précité, au paragraphe 40);
- 5) L'indépendance du poursuivant est à ce point essentielle à l'intégrité et à l'efficacité du système de justice criminelle qu'elle est consacrée par la Constitution (*Hinse*, précité, au paragraphe 40);

(6) The duty of a Crown Attorney to respect his or her “Minister of Justice” obligations of objectivity and independence is fundamental. It is an essential protection of the citizen against the sometimes overzealous or misdirected exercise of state power. It is one of the more important checks and balances of our criminal justice system (*R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at paragraphs 151 to 160 and 166 (Justice Binnie dissenting on another point); *Krieger*, above, at paragraphs 30 and 48; *Miazga*, above, at paragraph 46).

[98] All of these principles support the finding that independence in the exercise of prosecutorial discretion is a principle of fundamental justice (I adopt the expression [TRANSLATION] “independence in the exercise of prosecutorial discretion is a principle of fundamental justice” from Canada. Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia. *Independence in the Prosecution of Offences in the Canadian Forces: Military Policing and Prosecutorial Discretion*, by James W. O’Reilly, and Patrick Healy. Ottawa, 1997, at page 43. However, I also use other equivalent expressions).

[99] It is also essential that the prosecutor can be reasonably perceived as being independent.

[100] Although that criteria was made with regard to judicial independence (*Généreux*, above, at pages 286 and 287; James W. O’Reilly and Patrick Healy, above, at page 39), prosecutorial independence would be a meaningless principle of fundamental justice if it did not also have to be assessed from the objective standpoint of a reasonable person fully apprised of the relevant circumstances.

[101] In their study on prosecutorial independence in the Canadian Forces, Professor James W. O’Reilly and Professor Patrick Healy provided the following perspective (at page 39):

Also important are the characteristics of the decision maker. This means that the office held by the decision maker must permit him or her to act independently.

6) Le devoir d’un procureur de la poursuite de s’acquitter de ses obligations d’objectivité et d’indépendance de « représentant de la justice » est fondamental. Il constitue, pour le citoyen, une protection essentielle contre l’exercice parfois excessif et mal fondé du pouvoir de l’État. C’est l’un des mécanismes les plus importants de freins et contrepoids de notre système de justice pénale (*R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, aux paragraphes 151 à 160 et 166 (le juge Binnie dissident sur un autre point); *Krieger*, précité, aux paragraphes 30 et 48; *Miazga*, précité, au paragraphe 46).

[98] L’ensemble de ces principes fortifie la conclusion que l’indépendance dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est un principe de justice fondamentale (J’adopte l’expression « l’indépendance dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est un principe de justice fondamentale » que l’on trouve dans Canada. Commission d’enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie. *L’indépendance des poursuites engagées relativement à des infractions commises dans les Forces canadiennes : la police militaire et le pouvoir discrétionnaire de poursuivre*, par James W. O’Reilly et Patrick Healy. Ottawa, 1997, à la page 43. J’utilise toutefois aussi d’autres expressions équivalentes).

[99] Il est aussi essentiel que le poursuivant puisse être raisonnablement perçu comme indépendant.

[100] Bien que ce critère ait été formulé au sujet de l’indépendance judiciaire (*Généreux*, précité, aux pages 286 et 287; James W. O’Reilly et Patrick Healy, précité, à la page 43), l’indépendance du poursuivant serait un principe de justice fondamentale vide de sens s’il ne devait pas, lui aussi, être évalué selon le point de vue objectif d’une personne raisonnable et bien informée de l’ensemble des circonstances.

[101] Dans leur étude au sujet de l’indépendance des poursuites au sein des Forces canadiennes, les professeurs James W. O’Reilly et Patrick Healy soulignent cette perspective (à la page 43) :

Les caractéristiques du décideur sont importantes aussi. Cela signifie que le poste qu’occupe le décideur doit lui permettre d’agir de façon indépendante.

[102] They noted the importance of considering “the set of attributes defining the office of the person exercising the prosecution authority” (James W. O’Reilly and Patrick Healy, above, at page 39).

[103] The issue of whether a prosecutor can be perceived as independent requires an analysis of his or her attributes and characteristics. The prosecutor’s duties must allow him or her to act independently.

[104] The criteria of the perception of a reasonable person was applied recently in another context by the Supreme Court in *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, above.

[105] In that case, the constitutionality of some provisions in Canadian legislation combating money-laundering and terrorist financing was challenged. Justice Cromwell examined counsel’s duty of commitment to the client’s cause. He stated the following (at paragraph 97):

The duty of commitment to the client’s cause is thus not only concerned with justice for individual clients but is also deemed essential to maintaining public confidence in the administration of justice. Public confidence depends not only on fact but also on reasonable perception. It follows that we must be concerned not only with whether the duty is in fact interfered with but also with the perception of a reasonable person, fully apprised of the relevant circumstances and having thought the matter through. The fundamentality of this duty of commitment is supported by many more general and broadly expressed pronouncements about the central importance to the legal system of lawyers being free from government interference in discharging their duties to their clients. [Emphasis added.]

[106] The criteria of the perception of a reasonable person, fully apprised of the relevant circumstances is perfectly adapted and appropriately designed to be used in the analysis of the issue of the independence of a prosecutor, like in this case, that of the Minister.

[107] The issue of the constitutional protection given to prosecutorial independence requires two clarifications.

[102] Ils notent l’importance de considérer « l’ensemble des attributs définissant le poste de procureur » de la poursuite (James W. O’Reilly et Patrick Healy, précité, à la page 43).

[103] La question de savoir si un poursuivant peut être perçu comme indépendant requiert une analyse de ses attributs et caractéristiques. Sa fonction doit lui permettre d’agir en toute indépendance.

[104] Le critère de la perception d’une personne raisonnable a été appliqué récemment dans un autre contexte par la Cour suprême dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, précité.

[105] Dans cette affaire, la constitutionnalité de certaines dispositions de la législation canadienne visant à lutter contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes faisait l’objet de contestations. Le juge Cromwell y examine le devoir de dévouement de l’avocat à la cause de son client. Il écrit (au paragraphe 97) :

Le devoir de dévouement à la cause du client ne s’attache donc pas seulement à la justice pour les clients; il est aussi réputé nécessaire pour préserver la confiance du public dans l’administration de la justice. Cette confiance est tributaire non seulement des faits, mais aussi d’une perception raisonnable. Par conséquent, nous devons nous préoccuper non seulement de savoir s’il y a effectivement entorse au devoir, mais aussi de la perception d’une personne raisonnable et bien informée des circonstances pertinentes qui étudierait la question en profondeur. Le caractère fondamental de ce devoir de dévouement trouve appui dans de nombreuses affirmations plus larges et générales au sujet de l’importance primordiale, pour le système juridique, du fait que les avocats soient à l’abri de l’ingérence de l’État lorsqu’ils s’acquittent de leurs obligations envers leurs clients. [Je souligne.]

[106] Le critère de la perception d’une personne raisonnable et bien informée des circonstances pertinentes est parfaitement adapté et bien conçu pour être utilisé dans l’analyse de la question de l’indépendance d’un poursuivant, comme en l’espèce, celle du Ministre.

[107] La question de la protection constitutionnelle accordée à l’indépendance du poursuivant exige deux précisions.

[108] First, it is true that in the case law of the Supreme Court, reference is mainly to the Attorney General. It may be asked whether that principle extends to any prosecutor in the penal justice system (I use this expression as meaning a justice system that can lead to a true penal consequence, like imprisonment. See *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3), and whether the protection of that independence is limited to the Attorney General and to those who act on his or her behalf.

[109] Suffice it to state that the terminology used by the Supreme Court refers to not only the discretion of the Attorney General, but also the discretion of the prosecution (*R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83, at paragraph 2) or the prosecutor's discretion (*R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773 (*Nur*), at paragraph 94; *Anderson*, above, at paragraph 37; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] S.C.R. 3, at paragraph 136). The terminology is of little importance because the principle of independence applies to all prosecutors.

[110] I will return to this later in examining some of the Minister's arguments.

[111] Second, the basis for that constitutional protection must be identified.

[112] Justice Charron's description of it in *Miazga* is as follows (above, at paragraph 46):

The independence of the Attorney General is so fundamental to the integrity and efficiency of the criminal justice system that it is constitutionally entrenched. The principle of independence requires that the Attorney General act independently of political pressures from government and sets the Crown's exercise of prosecutorial discretion beyond the reach of judicial review, subject only to the doctrine of abuse of process. The Court explained in *Krieger* how the principle of independence finds form as a constitutional value (at paras. 30-32):

It is a constitutional principle in this country that the Attorney General must act independently of partisan concerns when supervising prosecutorial decisions.

[108] Premièrement, il est vrai que dans la jurisprudence de la Cour suprême, on réfère principalement à l'indépendance du procureur général. On peut se demander si ce principe s'étend à tout poursuivant dans le système de justice pénale (J'utilise cette expression comme signifiant un système de justice pouvant conduire à une véritable conséquence pénale, comme l'emprisonnement. Voir *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3), et si la protection de cette indépendance est restreinte au procureur général et à ceux qui agissent en son nom.

[109] Il suffit d'abord de dire que la terminologie employée par la Cour suprême réfère non seulement à la discrétion du procureur général, mais aussi à la discrétion de la poursuite (*R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83, au paragraphe 2) ou au pouvoir discrétionnaire du poursuivant (*R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773 (*Nur*), au paragraphe 94; *Anderson*, précité, au paragraphe 37; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 136). La terminologie utilisée est de peu d'importance, car le principe de l'indépendance s'applique à tous les poursuivants.

[110] J'y reviendrai plus loin en examinant certains arguments présentés par le Ministre.

[111] Deuxièmement, le fondement de cette protection constitutionnelle doit être identifié.

[112] Voici la description qu'en donne la juge Charron dans l'arrêt *Miazga* (précité, au paragraphe 46) :

L'indépendance du procureur général est si essentielle à l'intégrité et à l'efficacité du système de justice criminelle qu'elle est consacrée par la Constitution. Le principe de l'indépendance veut que le procureur général agisse indépendamment de toute pression politique du gouvernement et il soustrait à tout contrôle judiciaire l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, sous réserve uniquement de l'application de la règle de l'abus de procédure. Dans l'arrêt *Krieger*, notre Cour explique en quoi le principe de l'indépendance revêt la forme d'une valeur constitutionnelle (par. 30-32) :

Dans notre pays, un principe constitutionnel veut que le procureur général agisse indépendamment de toute considération partisane lorsqu'il supervise les décisions



Support for this view can be found in: Law Reform Commission of Canada [Working Paper 62, *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor* (1990)], at pp. 9-11. See also Binnie J. in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, at paras. 157-58 (dissenting on another point).

This side of the Attorney General's independence finds further form in the principle that courts will not interfere with his exercise of executive authority, as reflected in the prosecutorial decision-making process. ...

...

The court's acknowledgment of the Attorney General's independence from judicial review in the sphere of prosecutorial discretion has its strongest source in the fundamental principle of the rule of law under our Constitution. Subject to the abuse of process doctrine, supervising one litigant's decision-making process—rather than the conduct of litigants before the court—is beyond the legitimate reach of the court. ... The quasi-judicial function of the Attorney General cannot be subjected to interference from parties who are not as competent to consider the various factors involved in making a decision to prosecute. To subject such decisions to political interference, or to judicial supervision, could erode the integrity of our system of prosecution. Clearly drawn constitutional lines are necessary in areas subject to such grave potential conflict. [Emphasis added.]

See also *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 166, *per* Binnie J., dissenting on another issue. [Emphasis added by Justice Charron.]

[113] In this passage, Justice Charron bases the principle of independence in the exercise of prosecutorial discretion both on the rule of law and on the separation of powers.

[114] Furthermore, she refers to Justice Binnie's opinion in his dissent in *Regan*, above.

[115] In *Regan*, Justice Binnie stated the following in paragraphs 157 and 158:

In *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22, at para. 24, we held that “the right to effective assistance of

d'un procureur du ministère public. Voir, à l'appui de ce point de vue : Commission de réforme du droit du Canada [Document de travail 62, *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (1990)], p. 9-11. Voir également le juge Binnie (dissident sur un autre point) dans l'arrêt *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, par. 157-158.

Cet aspect de l'indépendance du procureur général se reflète également dans le principe selon lequel les tribunaux n'interviennent pas dans la façon dont celui-ci exerce son pouvoir exécutif, comme l'illustre le processus décisionnel en matière de poursuites.

[...]

La reconnaissance par la cour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur général en matière de poursuites ne peut pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire repose avant tout sur le principe fondamental de la primauté du droit consacré par notre Constitution. Sous réserve de la règle de l'abus de procédure, il ne relève pas de la compétence légitime du tribunal de superviser le processus décisionnel d'une partie plutôt que la conduite des parties comparaisant devant lui. [...] La fonction quasi judiciaire du procureur général ne saurait faire l'objet d'une ingérence de la part de parties qui ne sont pas aussi compétentes que lui pour analyser les divers facteurs à l'origine de la décision de poursuivre. Assujettir ce genre de décisions à une ingérence politique ou à la supervision des tribunaux pourrait miner l'intégrité de notre système de poursuites. Il faut établir des lignes de démarcation constitutionnelles claires dans des domaines où un conflit aussi grave risque de survenir. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 166, le juge Binnie, dissident sur un autre point. [Le soulignement est celui de la juge Charron.]

[113] Dans ce passage, la juge Charron fonde le principe de l'indépendance dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites à la fois sur la primauté du droit et la séparation des pouvoirs.

[114] De plus, elle renvoie à l'opinion formulée par le juge Binnie dans sa dissidence dans l'arrêt *Regan*, précité.

[115] Dans l'affaire *Regan*, le juge Binnie écrit ce qui suit aux paragraphes 157 et 158 :

Dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22, par. 24, nous avons statué que « [le] droit à

counsel” in the criminal justice system reflects a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. The duty of a Crown Attorney to respect his or her “Minister of Justice” obligations of objectivity and independence is no less fundamental. It is an essential protection of the citizen against the sometimes overzealous or misdirected exercise of state power. It is one of the more important checks and balances of our criminal justice system and easily satisfies the criteria first established in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513:

Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 will rest upon an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves. [Italic in original.]

These requirements set a high standard. The courts rightly presume, such are the high traditions of the prosecutorial service in this country, that they are met in the thousands of decisions taken every day that so vitally impact the lives of those who find themselves in trouble—rightly or wrongly—with the law. Unfounded or trivial allegations will be given short shrift. In this case, however, the trial judge found that the departure from the expected standard was neither unfounded nor trivial. The extent of the departure was deeply troubling. The trial judge has much experience in the practicalities of criminal prosecutions. We are thus confronted in this case with a very exceptional set of facts. [Emphasis added.]

[116] In my opinion, it is fairly clear from Justice Binnie’s comments in *Regan* that prosecutorial independence is a principle of fundamental justice under section 7 of the *Charter*.

[117] That interpretation was adopted by the Supreme Court in several decisions even if the Court has not, to date, formally described the principle of prosecutorial independence as a principle of fundamental justice under section 7 of the *Charter*.

[118] In this regard, in *Miazga*, Justice Charron clearly pointed out the connection between the principle of

l’assistance effective d’un avocat » dans le système de justice pénale correspond à un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte*. Le devoir d’un procureur de la Couronne de s’acquitter de ses obligations d’objectivité et d’indépendance de « représentant de la justice » est tout aussi fondamental. Il constitue, pour le citoyen, une protection essentielle contre l’exercice parfois excessif et mal fondé du pouvoir de l’État. C’est l’un des mécanismes les plus importants de freins et contrepoids de notre système de justice pénale et il satisfait aisément au critère énoncé pour la première fois dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 513 :

La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 dépendra de l’analyse de la nature, des sources, de la *raison d’être* et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l’époque en cause. [En italique dans l’original.]

Ces exigences établissent une norme élevée. Les tribunaux présument avec raison, étant donné la haute tradition du service du ministère public au Canada, que ces exigences sont respectées dans les milliers de décisions prises chaque jour qui ont une incidence si vitale sur la vie des personnes qui, à tort ou à raison, ont des démêlés avec la justice. Les allégations dénuées de fondement ou frivoles sont expédiées promptement. En l’espèce toutefois, le juge du procès a conclu que la dérogation à la norme prévue n’était ni dénuée de fondement, ni frivole. L’ampleur de cette dérogation était profondément troublante. Le juge du procès a beaucoup d’expérience en ce qui a trait aux aspects pratiques des poursuites pénales. C’est donc un ensemble de faits très exceptionnels qui nous est soumis. [Je souligne.]

[116] À mon avis, il ressort d’une manière assez limpide des commentaires du juge Binnie dans l’arrêt *Regan* que l’indépendance du poursuivant est un principe de justice fondamentale au sens de l’article 7 de la *Charte*.

[117] Cette interprétation est adoptée par la Cour suprême dans plusieurs décisions même si la Cour n’a pas, jusqu’à ce jour, formellement décrit le principe de l’indépendance du poursuivant comme un principe de justice fondamentale selon l’article 7 de la *Charte*.

[118] À cet égard, le juge Charron fait bien ressortir dans l’arrêt *Miazga* le lien qui existe entre le principe de

independence and the exercise of prosecutorial discretion (above, at paragraph 47):

In exercising their discretion to prosecute, Crown prosecutors perform a function inherent in the office of the Attorney General that brings the principle of independence into play. Its fundamental importance lies, not in protecting the interests of individual Crown attorneys, but in advancing the public interest by enabling prosecutors to make discretionary decisions in fulfilment of their professional obligations without fear of judicial or political interference, thus fulfilling their *quasi-judicial* role as “ministers of justice”: *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at p. 25, *per* Locke J. [Emphasis added.]

[119] In *R. v. Gill* (2012 ONCA 607 (*Gill*)), Justice Doherty of the Ontario Court of Appeal also expressed the opinion that prosecutorial independence is a principle of fundamental justice. He stated the following (at paragraph 57):

The distinction between prosecutorial decisions that engage the core prosecutorial discretion and other prosecutorial decisions is important because the former are reviewable only for abuse of process. Thus, if an accused challenges a prosecutorial exercise of discretion under s. 7 of the *Charter*, and that decision is said to go to the core prosecutorial power, it can offend the principles of fundamental justice only if it constitutes an abuse of process. Put in a more positive way, prosecutorial independence, itself a principle of fundamental justice, forecloses judicial review of core decisions under s. 7 for anything other than abuse of process. [Emphasis added.]

[120] It is true that, in *Anderson*, Justice Moldaver did not adopt the judicial review test set out by Justice Doherty in *Gill*. In fact, he stated the following: “[t]o the extent the *Gill* test suggests that conduct falling short of abuse of process may form a basis for reviewing prosecutorial discretion ... it should not be followed” (*Anderson*, above, at paragraph 51).

[121] However, that does not bring into question Justice Doherty’s opinion that prosecutorial independence is a principle of fundamental justice. The passage from *Anderson* cited in paragraph 94 of my reasons seems to confirm this.

l’indépendance et l’exercice du pouvoir discrétionnaire (précité, au paragraphe 47) :

L’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites relève d’une fonction inhérente à la charge de procureur général qui fait intervenir le principe de l’indépendance. L’importance fondamentale de l’indépendance du ministère public tient à la défense de l’intérêt public, et non à la protection des droits individuels des procureurs de la Couronne, car elle permet à ces derniers de prendre des décisions discrétionnaires dans l’exécution de leurs obligations professionnelles sans craindre d’ingérence judiciaire ou politique et de s’acquitter ainsi de leur rôle *quasi* judiciaire de [TRADUCTION] « représentants de la justice » : *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, p. 25, le juge Locke. [Je souligne.]

[119] Dans l’arrêt *R. v. Gill* (2012 ONCA 607 (*Gill*)), le juge Doherty de la Cour d’appel de l’Ontario exprime aussi l’opinion que l’indépendance du poursuivant est un principe de justice fondamentale. Il écrit (au paragraphe 57) :

The distinction between prosecutorial decisions that engage the core prosecutorial discretion and other prosecutorial decisions is important because the former are reviewable only for abuse of process. Thus, if an accused challenges a prosecutorial exercise of discretion under s. 7 of the *Charter*, and that decision is said to go to the core prosecutorial power, it can offend the principles of fundamental justice only if it constitutes an abuse of process. Put in a more positive way, prosecutorial independence, itself a principle of fundamental justice, forecloses judicial review of core decisions under s. 7 for anything other than abuse of process. [Je souligne.]

[120] Il est vrai que le juge Moldaver dans l’arrêt *Anderson*, n’adopte pas le critère de contrôle judiciaire formulé par le juge Doherty dans l’arrêt *Gill*. Il affirme en effet : « il n’y a pas lieu de retenir le critère énoncé dans *Gill* dans la mesure où il laisse entendre qu’une conduite qui ne va pas jusqu’à l’abus de procédure peut justifier le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » (*Anderson*, précité, au paragraphe 51).

[121] Cependant, cela ne remet pas en cause l’opinion formulée par le juge Doherty selon laquelle l’indépendance de la poursuite est un principe de justice fondamentale. Le passage de l’arrêt *Anderson* que je cite au paragraphe 94 de mes motifs me semble le confirmer.

[122] Independence in the exercise of prosecutorial discretion is a principle of fundamental justice under section 7 of the Charter.

[123] Nevertheless, I will address some of the Minister's arguments. If I understand them correctly, even if it is found that prosecutorial independence is a principle of fundamental justice, that principle does not apply to the Canadian military justice system for several reasons.

- (c) *Is the principle of prosecutorial independence simply a constitutional convention that concerns only the Attorney General?*

[124] The Minister first argues that prosecutorial independence is a constitutional convention that protects the Attorney General and that is not enforceable by the courts.

[125] On this point, he relies on the opinion expressed on this subject in a report published by the Law Reform Commission in 1990, entitled *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor* (Canada. Law Reform Commission. Working Paper 62. Ottawa, 1990, at pages 8 and 14).

[126] The independence of the Crown prosecutor with regard to criminal prosecutions is not a mere constitutional convention (*Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; Peter W. Hogg. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., Vol. 1, loose-leaf. Toronto: Thomson/Carswell, 2007, at page 1-22.1; H. Brun et al. *Droit constitutionnel*, 6th ed. Cowansville, Qc: Éditions Yvon Blais, 2014, at paragraph I.151, page 45), as compliance with this principle can be the subject of litigation leading, in certain circumstances, to a stay of criminal proceedings or a civil lawsuit for abuse of process (S. Penney, V. Rondinelli and J. Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011, at pages 457 to 462).

[127] As I stated above, several decisions of the Supreme Court rendered after the Law Reform Commission's report

[122] L'indépendance dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la Charte.

[123] J'aborde malgré tout certains arguments présentés par le Ministre. Si je comprends bien ceux-ci, même si on conclut que l'indépendance du poursuivant est un principe de justice fondamentale, ce principe est inapplicable au système de justice militaire canadien pour plusieurs raisons.

- (c) *Le principe de l'indépendance du poursuivant est-il simplement une convention constitutionnelle qui vise uniquement le procureur général?*

[124] Le Ministre fait d'abord valoir que le principe de l'indépendance du poursuivant est une convention constitutionnelle qui protège le procureur général et qui n'est pas susceptible de sanction par les tribunaux.

[125] Sur cette question, il se fonde sur l'opinion formulée à ce sujet dans le rapport publié en 1990 par la Commission de réforme du droit intitulé *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 62. Ottawa, 1990, aux pages 9 et 15).

[126] L'indépendance du poursuivant en matière de poursuites n'est pas qu'une convention constitutionnelle (*Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; Peter W. Hogg. *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd., vol. 1, feuilles mobiles. Toronto, Thomson/Carswell, 2007, à la page 1-22.1; H. Brun et al. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., éd. Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2014, au paragraphe I.151, page 45), car le respect de ce principe peut faire l'objet d'un débat judiciaire pouvant conduire, dans certaines circonstances, à un arrêt des procédures fondé sur un abus de procédures ou une poursuite civile pour procédure abusive (S. Penney, V. Rondinelli et J. Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*. Markham (Ont.), LexisNexis, 2011, aux pages 457 à 462).

[127] Tel que je l'ai précédemment indiqué, plusieurs décisions de la Cour suprême, postérieures au rapport

establish that prosecutorial independence is protected by the Constitution.

[128] The prosecution must objectively be able to act independently of any influence, political or otherwise.

[129] Historically, it was the independence of the Attorney General that guaranteed this principle.

[130] The fact that the Attorney General is a member of Cabinet does not diminish the importance of the principle of independence, as Justice Iacobucci and Justice Major note in *Krieger* (above, at paragraph 29):

The gravity of the power to bring, manage and terminate prosecutions which lies at the heart of the Attorney General's role has given rise to an expectation that he or she will be in this respect fully independent from the political pressures of the government. In the U.K., this concern has resulted in the long tradition that the Attorney General not sit as a member of Cabinet. See *Edwards, supra*, at pp. 174-76. Unlike the U.K., Cabinet membership prevails in this country. However, the concern remains the same, and is amplified by the fact that the Attorney General is not only a member of Cabinet but also Minister of Justice, and in that role holds a position with partisan political aspects. Membership in Cabinet makes the principle of independence in prosecutorial functions perhaps even more important in this country than in the U.K.

[131] In this respect, the Minister's proposed parallel between the role of the Attorney General in prosecutions and other Cabinet ministers to whom such prosecutorial powers have been granted is inadequate.

[132] Although the Attorney General, being a member of Parliament, does not hold office during good behaviour and may be dismissed by the Prime Minister, "custom, tradition and constitutional usage" have charged the Attorney General with the administration of justice as his or her primary duty (*Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, above, at paragraph 35).

de la Commission de réforme du droit, établissent que le principe de l'indépendance du poursuivant est protégé par la Constitution.

[128] La poursuite doit objectivement être en mesure d'agir d'une manière indépendante à l'abri de toute influence, politique ou autre.

[129] Historiquement, c'est l'indépendance du procureur général qui assurait le respect de ce principe.

[130] Le fait que le procureur général soit membre du cabinet ne réduit pas l'importance du principe de l'indépendance comme le font observer les juges Iacobucci et Major dans l'arrêt *Krieger* (précité, au paragraphe 29) :

L'importance du pouvoir d'intenter et de gérer des poursuites, ainsi que d'y mettre fin, qui est au cœur du rôle du procureur général, fait en sorte que l'on s'attend à ce qu'il soit libre, à cet égard, de toute pression politique de la part du gouvernement. Au Royaume-Uni, cette préoccupation est à l'origine de la longue tradition voulant que le procureur général ne fasse pas partie du cabinet. Voir *Edwards, op. cit.*, p. 174-176. Ce n'est pas le cas au Canada. Cependant, la préoccupation demeure la même et est accentuée par le fait que le procureur général est non seulement membre du cabinet, mais aussi ministre de la Justice, et qu'il occupe, à ce titre, un poste comportant des aspects politiques partisans. Le fait que le procureur général soit membre du cabinet rend le principe de l'indépendance dont il doit jouir dans l'exercice de ses fonctions en matière de poursuites peut-être encore plus important au Canada qu'au Royaume-Uni.

[131] À cet égard, le parallèle proposé par le Ministre entre le rôle du procureur général en matière de poursuites et les autres ministres du Cabinet lorsque de tels pouvoirs en matière de poursuites leur sont confiés est inadéquat.

[132] Bien que le procureur général ne dispose pas d'une charge inamovible en raison du fait qu'il est un membre du Parlement et qu'il puisse être démis de ses fonctions par le Premier ministre, c'est « la coutume, la tradition et l'usage constitutionnel » qui ont chargé le procureur général de l'administration de la justice à titre de fonction principale (*Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, précité, au paragraphe 35).

[133] However, even if prosecutorial powers are granted to other ministers, it does not follow that the Attorney General's recognized attributes of independence are granted to them as well and that they are afforded the same constitutional protection.

[134] In *Krieger*, the Supreme Court recognized "the unique and important role of the Attorney General" (above, at paragraph 23) and the fact that "the office of the Attorney General is one with constitutional dimensions" (*Krieger*, at paragraph 26). In addition, one of the duties of the Attorney General is to "advise the heads of the several departments of the Government on all matters of law connected with such departments" (paragraph 5(b) of the *Department of Justice Act*, R.S.C. 1985, c. J-2).

[135] Together, all these factors establish that the Attorney General may reasonably be regarded as independent in the eyes of a reasonable person.

[136] There is simply no possible equivalence between the constitutional protection given to the Attorney General's independence with regard to prosecutorial powers and the recognized protections afforded to other Cabinet ministers (*Hinse*, above, at paragraphs 42 to 44; K. Roach. "Not Just the Government's Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law" (2006), 31 *Queen's L.J.* 598, at page 609).

[137] Established before the advent of the Charter as a constitutional convention regarding the independence of the Attorney General (K. Roach, above, at page 610; Marc Rosenberg. "The Attorney General and the Administration of Criminal Justice" (2008-2009), 34 *Queen's L.J.* 813), the principle of the independence of the prosecutor is now a matter of consensus, such that it can be recognized as a principle of fundamental justice under section 7 of the Charter.

[138] The creation of independent prosecutor positions held during good behaviour for a fixed term is proof of this consensus. For example, such is the case with the Director of Military Prosecutions in the Canadian military justice system, who holds office during good behaviour for a term of not more than four years subject to renewal (subsection 165.1(2) of the NDA). The

[133] Cependant, même si des pouvoirs en matière de poursuites sont confiés à d'autres ministres, il n'en découle pas que les attributs d'indépendance reconnus au procureur général leur sont conférés et qu'ils font l'objet de la même protection constitutionnelle.

[134] Dans l'arrêt *Krieger*, la Cour suprême a reconnu « le rôle unique et important du procureur général » (précité, au paragraphe 23) et le fait que « la charge de procureur général comporte une dimension constitutionnelle » (*Krieger*, au paragraphe 26). De plus, l'une des attributions du procureur général est de « conseiller[r] les chefs des divers ministères sur toutes les questions de droit qui concernent ceux-ci » (alinéa 5b) de la *Loi sur le ministère de la justice*, L.R.C. 1985, ch. J-2).

[135] L'ensemble de ces facteurs établit que le procureur général peut être raisonnablement perçu comme indépendant aux yeux d'une personne raisonnable.

[136] Il n'y a tout simplement aucune équivalence possible entre la protection constitutionnelle accordée à l'indépendance du procureur général à l'égard des pouvoirs en matière de poursuites et celle qui est reconnue aux autres ministres du Cabinet (*Hinse*, précité, aux paragraphes 42 à 44; K. Roach. « Not Just the Government's Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law » (2006), 31 *Queen's L.J.* 598, à la page 609).

[137] Formulé avant l'adoption de la Charte à titre de convention constitutionnelle relative à l'indépendance du procureur général (K. Roach, précité, à la page 610. Marc Rosenberg. « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2008-2009), 34 *Queen's L.J.* 813), le principe de l'indépendance du poursuivant fait maintenant l'objet d'un consensus qui en permet la reconnaissance comme un principe de justice fondamentale selon l'article 7 de la Charte.

[138] La création de postes de procureurs *indépendants* dotés d'une *inamovibilité de fonction pendant une période déterminée* est la preuve de l'existence de ce consensus. C'est le cas, par exemple, dans le système de justice militaire canadien, du Directeur des poursuites militaires qui est nommé à titre inamovible pour un mandat maximal de quatre ans et qui est renouvelable

Director of Public Prosecutions of Canada is holds office for good behaviour for a term of seven years (section 5 of the *Director of Public Prosecutions Act*, above), as does the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Québec (section 4 of the *Act respecting the Director of Criminal and Penal Prosecutions*, CQLR c. D-9.1.1).

[139] I note that the primary objective of the *Director of Public Prosecutions Act*, above, is “to ensure that prosecutions under federal law operate independently of the Attorney General of Canada and the political process” (Canada. Library of Parliament. *Bill C-2: The Federal Accountability Act*, Legislative Summary LS-522E. Ottawa, 21 April 2006, revised December 18, 2006, at page 34; Wade Riordan Raaflaub. *The Possible Establishment of a Federal Director of a Federal Director of Public Prosecutions*, PRB 05-67E. Ottawa: Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament, 2 March 2006). This statute was enacted by Part 3 (sections 121 to 228) of the *Federal Accountability Act* (S.C. 2006, c. 9).

[140] Authors Sylvestre and Lapointe describe this evolution in the following terms (Sylvestre, Marie-Ève and Manon Lapointe. “Introduction à la preuve et à la procédure pénales”, in *JurisClasseur Québec*, Coll. “Droit pénal”, “*Preuve et procédures pénales*”, Fasc. 1, loose-leaf, updated October 1, 2014. Montréal: LexisNexis Canada, 2014, at paragraphe 12):

[TRANSLATION] **12. Creation of independent prosecution services** — The creation of the [Public Prosecution Service of Canada] and the [Director of Criminal and Penal Prosecutions] in 2006 and 2007, respectively, is the product of a process of consideration, carried out in several common law jurisdictions, regarding the effects of that combining the functions of Attorney General and Minister of Justice may have on prosecutorial independence. Each of these entities comes under the umbrella of its own framework legislation and policies. Directors of the PPSC and the DCPC are charged with acting as prosecutor on behalf of their respective attorneys general. Some institutional links between the prosecution service directors and their respective attorneys general remain, particularly in respect of budgets and the duty to inform. In addition, the attorney general has the power to issue general or specific directives regarding a file, which the director of public

(paragraphe 165.1(2) de la LDN). Le Directeur des poursuites pénales du Canada est nommé à titre inamovible pour un mandat de sept ans (article 5 de la *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, précitée) tout comme le Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec (article 4 de la *Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales*, RLRQ ch. D-9.1.1).

[139] Je souligne que le principal objectif de la *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, précitée, est « de faire en sorte que les poursuites intentées en vertu des lois fédérales soient indépendantes du procureur général du Canada et du processus politique » (Canada. Bibliothèque du Parlement. *Projet de loi C-2 : Loi fédérale sur la responsabilité*, Résumé législatif 39-1-LS-522F. Ottawa, 21 avril 2006, révisé le 18 décembre 2006, à la page 48; Wade Riordan Raaflaub, *La création possible d'un poste de directeur fédéral des poursuites publiques au Canada*, B 05-67F. Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 2 mars 2006). Cette loi a été édictée par la partie 3 (articles 121 à 228) de la *Loi fédérale sur la responsabilité* (L.C. 2006, ch. 9).

[140] Les auteures Sylvestre et Lapointe décrivent cette évolution en ces termes (Sylvestre, Marie-Ève et Manon Lapointe. « Introduction à la preuve et à la procédure pénales », dans *JurisClasseur Québec*, Coll. « Droit pénal », *Preuve et procédure pénales*, Fasc. 1, feuilles mobiles, à jour au 1<sup>er</sup> octobre 2014. Montréal, LexisNexis Canada, 2014, au paragraphe 12) :

**12. Création de services de poursuite indépendants** — La création du [Service des poursuites pénales du Canada] et du [Directeur des poursuites criminelles et pénales], qui remonte respectivement à 2006 et 2007, est le fruit d'une réflexion, menée dans plusieurs juridictions de common law, sur les effets du cumul des fonctions de procureur général et de ministre de la Justice sur l'indépendance de la poursuite. Les deux organismes sont chapeautés par une loi-cadre et des politiques propres. Les directeurs du SPPC et du DCPC ont le mandat d'agir comme poursuivant pour le compte de leur procureur général respectif. Certains liens institutionnels entre les directeurs des services de poursuite et leur procureur général respectif demeurent, notamment sur le plan budgétaire et en ce qui a trait au devoir d'information. De plus, le procureur général a le pouvoir d'émettre des directives générales ou particulières à l'endroit d'un dossier, applicables au directeur des

prosecutions must follow. These directives must be given in writing and be published.

[141] There is a clear consensus in the case law regarding the principle of prosecutorial independence, and this principle has crystallized in contemporary legislation with all the statutes that have created independent prosecutor positions.

[142] This development demonstrates not only that there is a consensus that the principle of prosecutorial independence is an essential component of the criminal or penal justice system such that it constitutes a principle of fundamental justice, but also that adhering to this principle has fostered the enactment of statutes that now offer an objective guarantee that prosecutors can hold office during good behaviour for a fixed term, thereby protecting their independence.

[143] The existence of the consensus according to which prosecutorial independence must be protected through an office during good behaviour for a fixed term, at least where the prosecutor is not the Attorney General, is a question that goes far beyond the subject matter of the motions to quash and dismiss the appeals before us, which deal with the independence of the Minister in the context of the NDA and the Minister's power to appeal.

[144] I make these observations simply to confirm the importance of the principle of prosecutorial independence in recent Canadian legislation. It is not essential to resolve the issue of whether protecting the principle of prosecutorial independence requires holding office during good behaviour for a fixed term. It is more prudent to respect "[t]he policy which dictates restraint in constitutional cases" (*Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at paragraph 9. I note that it should go without saying that the principles laid down in this judgment do not apply to private prosecutors, as any private prosecution may be stayed at the discretion of the relevant director of public prosecutions or, as the case may be, the Attorney General: see *R. v. McHale*, 2010 ONCA 361 (leave to appeal to SCC refused, Docket no. 33796)).

poursuites pénales. Ces directives devront être rendues par écrit et publiées.

[141] Le principe de l'indépendance du poursuivant fait l'objet d'un consensus jurisprudentiel ferme et d'une cristallisation législative contemporaine dans toutes les lois qui ont créé des postes indépendants de procureurs de la poursuite.

[142] Ce développement fait voir qu'il existe non seulement un consensus au sujet de la reconnaissance du principe de l'indépendance du poursuivant en tant que composante essentielle au système de justice criminelle ou pénale, c'est-à-dire un principe de justice fondamentale, mais aussi que le respect de ce principe a favorisé l'adoption de lois qui offrent dorénavant une garantie objective d'inamovibilité pour une période déterminée afin d'assurer la protection de cette indépendance.

[143] L'existence du consensus selon lequel l'indépendance du poursuivant doit être protégée par une fonction à titre inamovible pendant une période déterminée, à tout le moins lorsque celui-ci n'est pas le procureur général, est une question qui déborde largement l'objet des requêtes pour l'annulation et le rejet des appels devant nous qui portent sur l'indépendance du Ministre dans le cadre de la LDN à l'égard de son pouvoir d'interjeter appel.

[144] Je formule ces observations simplement pour confirmer l'importance qu'on accorde au principe de l'indépendance du poursuivant dans la législation récente au Canada. Il n'est pas essentiel de résoudre la question de savoir si la protection du principe de l'indépendance du poursuivant exige une inamovibilité de fonction pour une période déterminée. Il est plus prudent de respecter « la règle de conduite qui dicte la retenue dans les affaires constitutionnelles » (*Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, au paragraphe 9. Je souligne qu'il va de soi qu'un poursuivant privé n'est pas visé par les principes formulés dans le présent jugement en raison du fait que toute poursuite privée peut faire l'objet du pouvoir discrétionnaire du Directeur des poursuites publiques compétent ou le cas échéant, du procureur général, d'interrompre une telle poursuite : voir *R. v. McHale*, 2010 ONCA 361 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la Cour : 33796)).



(d) *Legislative jurisdiction to grant the Minister the power to appeal*

[145] The Minister stresses that the NDA and the Code of Service Discipline fall within the legislative jurisdiction of Parliament under subsection 91(7) of the *Constitution Act, 1867* in the areas of “Militia, Military and Naval Service, and Defence”, not criminal law. He also states that offences within the meaning of the NDA are service offences, not criminal offences.

[146] These arguments are not relevant in determining whether there is a principle of fundamental justice guaranteeing prosecutorial independence that applies to Canada’s military justice system.

[147] The issue is not whether Parliament has legislative jurisdiction to grant the Minister the power to appeal. It clearly does (*MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370 (*MacKay*); David McNairn, above, at page 301). At issue is whether this is consistent with section 7 of the Charter.

[148] It is helpful to bear in mind that these are separate issues. Chief Justice McLachlin explained this in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society* (2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134), in which she wrote as follows (at paragraph 82):

More broadly, the principle that one part of the Constitution cannot be abrogated or diminished by another part of the Constitution is of no assistance in dealing with division of powers issues on the one hand, and *Charter* issues on the other. There is no conflict between saying a federal law is validly adopted under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, and asserting that the same law, in purpose or effect, deprives individuals of rights guaranteed by the *Charter*. The *Charter* applies to all valid federal and provincial laws. Indeed, if the *CDSA* were *ultra vires* the federal government, there would be no law to which the *Charter* could apply. Laws must conform to the constitutional division of powers and to the *Charter*. [Emphasis added.]

(d) *La compétence législative de conférer au Ministre le pouvoir d’interjeter appel*

[145] Le Ministre insiste sur le fait que la LDN et le Code de discipline militaire relèvent de la compétence législative du Parlement selon le paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans les domaines suivants : « la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays » et non celle en matière de droit criminel. Il affirme aussi que les infractions au sens de la LDN sont des infractions d’ordre militaire et non des infractions criminelles.

[146] Ces arguments sont sans pertinence dans l’identification de l’existence d’un principe de justice fondamentale garantissant l’indépendance du poursuivant applicable au système de justice militaire canadien.

[147] La question n’est pas de savoir si le Parlement possède la compétence législative de confier au Ministre le pouvoir d’interjeter appel. Celle-ci ne fait pas de doute (*MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370 (*MacKay*); David McNairn, précité, à la page 301). Il s’agit de savoir si cela respecte l’article 7 de la Charte.

[148] Il n’est pas inutile de rappeler qu’il s’agit de questions distinctes. La juge en chef McLachlin l’expliquait dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society* (2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134) où elle écrit (au paragraphe 82) :

D’un point de vue plus général, le principe selon lequel une partie de la Constitution ne peut pas être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution n’est d’aucune utilité pour trancher les questions de partage des compétences et les questions relatives à la *Charte*. Il n’y a aucune contradiction entre affirmer qu’une loi fédérale a été validement adoptée en vertu de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et prétendre que cette même loi, par son objet ou ses effets, prive des personnes de leurs droits garantis par la *Charte*. La *Charte* s’applique à toutes les lois fédérales et provinciales valides. En fait, si la *Loi* outrepassait les pouvoirs fédéraux, elle n’existerait pas et ne pourrait donc pas être assujettie à la *Charte*. Les lois doivent être conformes à la fois au partage constitutionnel des compétences et à la *Charte*. [Je souligne.]

(e) *Service offence or criminal offence*

[149] The Minister also stresses the distinction between a service offence and criminal offence.

[150] If I understand the Minister's argument correctly, since the principle of prosecutorial independence arose in a criminal law context, it should not apply in a military justice context.

[151] The dichotomy or opposition proposed by the Minister does not adequately account for the public nature of the Code of Service Discipline.

[152] Chief Justice Lamer noted this aspect in *Généreux* (above, at pages 281 and 282):

It is clear to me that the proceedings of the General Court Martial in this case attract the application of s. 11 of the *Charter* for both reasons suggested by Wilson J. in *Wigglesworth*. Although the Code of Service Discipline is primarily concerned with maintaining discipline and integrity in the Canadian Armed Forces, it does not serve merely to regulate conduct that undermines such discipline and integrity. The Code serves a public function as well by punishing specific conduct which threatens public order and welfare. Many of the offences with which an accused may be charged under the Code of Service Discipline, which is comprised of Parts IV to IX of the *National Defence Act*, relate to matters which are of a public nature. For example, any act or omission that is punishable under the *Criminal Code* or any other Act of Parliament is also an offence under the Code of Service Discipline. Indeed, three of the charges laid against the appellant in this case related to conduct proscribed by the *Narcotic Control Act*. Service tribunals thus serve the purpose of the ordinary criminal courts, that is, punishing wrongful conduct, in circumstances where the offence is committed by a member of the military or other person subject to the Code of Service Discipline. Indeed, an accused who is tried by a service tribunal cannot also be tried by an ordinary criminal court (ss. 66 and 71 of the *National Defence Act*). For these reasons, I find that the appellant, who is charged with offences under the Code of Service Discipline and subject to the jurisdiction of a General Court Martial, may invoke the protection of s. 11 of the *Charter*. [Emphasis added.]

(e) *Infraction d'ordre militaire ou infraction criminelle*

[149] Le Ministre insiste aussi sur l'existence d'une distinction entre une infraction d'ordre militaire et une infraction criminelle.

[150] Si je comprends bien l'argument présenté par le Ministre, le principe de l'indépendance du poursuivant ayant été formulé dans le contexte du droit criminel, il ne serait pas applicable dans le contexte de la justice militaire.

[151] La dichotomie ou l'opposition proposée par le Ministre ne tient pas adéquatement compte de la nature publique du Code de discipline militaire.

[152] Le juge en chef Lamer souligne cet aspect dans *Généreux* (précité, aux pages 281 et 282) :

Il m'apparaît clair que l'art. 11 de la *Charte* est applicable aux procédures de la cour martiale générale en l'espèce pour les deux raisons énoncées par le juge Wilson dans l'arrêt *Wigglesworth*. Certes, le Code de discipline militaire porte avant tout sur le maintien de la discipline et de l'intégrité au sein des Forces armées canadiennes, mais il ne sert pas simplement à réglementer la conduite qui compromet pareilles discipline et intégrité. Le Code joue aussi un rôle de nature publique, du fait qu'il vise à punir une conduite précise qui menace l'ordre et le bien-être publics. Nombre des infractions dont une personne peut être accusée en vertu du Code de discipline militaire, qui constitue les parties IV à IX de la *Loi sur la défense nationale*, se rapportent à des affaires de nature publique. Par exemple, toute action ou omission punissable en vertu du *Code criminel* ou d'une autre loi du Parlement est également une infraction au Code de discipline militaire. En fait, trois des accusations portées contre l'appelant en l'espèce concernaient une conduite interdite par la *Loi sur les stupéfiants*. Les tribunaux militaires jouent donc le même rôle que les cours criminelles ordinaires, soit punir les infractions qui sont commises par des militaires ou par d'autres personnes assujetties au Code de discipline militaire. En effet, l'accusé qui est jugé par un tribunal militaire ne peut pas être jugé également par une cour criminelle ordinaire (art. 66 et 71 de la *Loi sur la défense nationale*). Pour ces raisons, je conclus que l'appelant, qui est accusé d'infractions au Code de discipline militaire et qui est justiciable d'une cour martiale générale, peut invoquer la protection de l'art. 11 de la *Charte*. [Je souligne.]

[153] In its recent judgment in *Moriarity* (above, at paragraph 43), the Supreme Court confirmed the public function of the CSD. This provides a complete answer to the objection raised by the Minister.

[154] I recognize at the outset, as Chief Justice Lamer did in *Généreux*, that the content of a constitutional guarantee “may well be different in the military context than it would be in the context of a regular criminal trial” (*Généreux*, at page 296). Chief Justice Lamer also noted that “[t]he idea of a separate system of military tribunals obviously requires substantial relations between the military hierarchy and the military judicial system” (*Généreux*, at page 308). However, like him, I am of the opinion that if the structure of the Canadian military justice system violates the basic principles of section 7 of the Charter, “it cannot survive unless the infringements can be justified under s. 1” (*Généreux*, at page 296).

[155] Prosecutorial independence is a principle of fundamental justice that applies to the Canadian military justice system.

[156] Indeed, it would be more accurate to say that this principle has largely been recognized and respected in the NDA since the position of Director of Military Prosecutions was created in 1999, but that the specific issue is whether this principle should apply to the power to appeal under section 230.1 of the NDA.

[157] Just how independent is the Minister of Defence when exercising this power?

(2) Is the Minister an independent prosecutor?

[158] According to section 4 of the NDA, the Minister is responsible for the management and direction of the Canadian Forces and all matters relating to national defence. The Minister holds office during pleasure (*Halsbury’s Laws of Canada – Military*, 1st ed., by Natalie Venslovaitis and Catherine Morin, eds., with the collaboration of the Office of the Judge Advocate General for the Canadian Armed Forces. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2011, updated December 15, 2013, at page 315, paragraph HMI-22; Chris Madsen, above, at paragraph 3:20.20, pages 3-9 to 3-12).

[153] Dans l’arrêt récent *Moriarity* (précité, au paragraphe 43), la Cour suprême confirme le rôle de nature publique du CDM. Ceci répond complètement à l’objection formulée par le Ministre.

[154] Je reconnais aussi d’emblée, comme le faisait le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Généreux*, que le contenu d’une garantie constitutionnelle « peut très bien différer selon qu’il s’agit du contexte militaire ou de celui d’un procès criminel ordinaire » (*Généreux*, à la page 296). Le juge en chef Lamer, souligne aussi que « [l]’idée d’un système distinct de tribunaux militaires commande manifestement l’existence de liens importants entre la hiérarchie militaire et le système de justice militaire » (*Généreux*, à la page 308). Toutefois, comme lui, j’estime que si l’organisation du système de justice militaire canadien mine les principes fondamentaux de l’article 7 de la Charte, « il ne peut survivre à moins que les atteintes soient justifiables en vertu de l’article premier » (*Généreux*, à la page 296).

[155] L’indépendance du poursuivant est un principe de justice fondamentale qui s’applique au système de justice militaire canadien.

[156] En fait, il serait plus juste de dire que ce principe est déjà largement reconnu et respecté dans la LDN depuis la création du poste de Directeur des poursuites militaires en 1999, mais que la question est de déterminer spécifiquement si ce principe devrait s’appliquer au pouvoir d’interjeter appel prévu à l’article 230.1 de la LDN.

[157] Qu’en est-il de l’indépendance du Ministre de la Défense nationale lorsqu’il exerce ce pouvoir?

(2) Le Ministre est-il un poursuivant indépendant?

[158] Selon l’article 4 de la LDN, le Ministre est responsable des Forces canadiennes; il est compétent pour toutes les questions de défense nationale. Il occupe sa charge à titre amovible (*Halsbury’s Laws of Canada – Military*, 1<sup>re</sup> éd., par Natalie Venslovaitis et Catherine Morin, dir., avec la collaboration du Cabinet du Juge-avocat général des Forces armées canadiennes. Markham (Ont.), LexisNexis Canada, 2011, à jour au 15 décembre 2013, à la page 315, paragraphe HMI-22; Chris Madsen, précité, au paragraphe 3:20.20, pages 3-9 à 3-12).

[159] Under the direction of the Minister, the Chief of the Defence Staff is charged with the control and administration of the Canadian Forces (section 18 of the NDA). Orders and instructions to the Canadian Forces that are required to give effect to the decisions and to carry out the directions of the Government of Canada or the Minister are issued by or through the Chief of the Defence Staff (subsection 18(2) of the NDA. *Halsbury's Laws of Canada – Military*, above, at page 317, paragraph HMI-26).

[160] The Minister is at the apex of the chain of command in the Canadian Forces (James W. O'Reilly and Patrick Healy, above, at page 61).

[161] In *Anderson*, Justice Moldaver drew up a list of decisions that fall within the nature and extent of a prosecution and stated that the decision to initiate an appeal is one of these decisions (*R. v. Anderson*, above, at paragraph 44; see also *Nelles v. Ontario*, above, at page 192).

[162] However one chooses to approach the issue, the control and administration of the Canadian Forces is incompatible with decision making regarding the nature and extent of prosecutions in the military justice system that may lead to the imprisonment of an employee of the Minister.

[163] In *Larouche*, this Court noted that the DMP's discretion "must be exercised in an autonomous and independent manner that is free from any intervention from the chain of command" (*R. v. Larouche*, 2014 CMAC 6, 7 C.M.A.R. 852, at paragraph 16). This conclusion conflicts with granting prosecutorial discretion, such as the power to appeal, to the Minister.

[164] This incompatibility with the power to appeal against an acquittal or a stay of proceedings becomes even more apparent when we consider the power to initiate the process to release an officer or a non-commissioned member from military service for example, in a case of service misconduct (chapter 15 (articles 15.01 to 15.99) of Volume 1 of the QR&O. See also *Halsbury's Laws of Canada – Military*, above, at pages 360 to 363, paragraph HMI-56). Although this power is not specifically

[159] Sous l'autorité du Ministre, le chef d'état-major de la défense assure la direction et la gestion des Forces canadiennes (article 18 de la LDN). Les ordres et directives adressés aux Forces canadiennes pour donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du Ministre émanent, directement ou indirectement, du chef d'état-major de la défense (paragraphe 18(2) de la LDN. *Halsbury's Laws of Canada – Military*, précité, à la page 317, paragraphe HMI-26).

[160] Le Ministre est au sommet de la chaîne de commandement des Forces canadiennes (James W. O'Reilly et Patrick Healy, précité, à la page 68).

[161] Dans l'arrêt *Anderson*, le juge Moldaver dresse un inventaire de décisions qui relèvent de la nature et de l'étendue des poursuites et il affirme que la décision d'interjeter appel est l'une de ces décisions (*Anderson*, précité, au paragraphe 44; Voir aussi *Nelles c. Ontario*, précité, à la page 192).

[162] Quelle que soit la manière d'aborder la question, la direction et la gestion des Forces canadiennes sont incompatibles avec la prise de décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites au sein du système de justice militaire, un processus judiciaire qui peut conduire à l'emprisonnement d'un employé du Ministre.

[163] Dans l'arrêt *Larouche*, notre Cour a souligné que la discrétion du DPM « doit s'exercer de manière autonome et indépendante et à l'abri de toute intervention de la chaîne de commandement » (*R. c. Larouche*, 2014 CACM 6, 7 C.A.C.M. 852, au paragraphe 16). Cette conclusion s'oppose au fait de confier l'exercice d'une discrétion en matière de poursuites, comme le pouvoir d'interjeter appel, au Ministre.

[164] L'incompatibilité entre le pouvoir d'interjeter appel à l'encontre d'un acquittement ou d'une ordonnance d'arrêt des procédures ressort encore plus nettement lorsqu'on considère le pouvoir d'enclencher le processus de libération du service militaire d'un officier ou d'un militaire du rang dans le cas, notamment, d'une inconduite liée au service militaire (chapitre 15 (articles 15.01 à 15.99) du volume 1 des ORFC. Voir aussi *Halsbury's Laws of Canada – Military*, précité, aux pages 360 à

granted to the Minister, it is ultimately under the Minister's authority that it can be exercised.

[165] In *R. v. Tupper* (2009 CMAC 5, 7 C.M.A.R. 357), Justice Trudel wrote (at paragraphs 68 and 69):

Members of the Canadian Forces can be subject to both administrative and disciplinary sanctions. If a Canadian Forces member has been charged with an offence under the NDA, Criminal Code or other federal statute, the chain of command may, regardless of the outcome of the offence charged, take administrative action to address any conduct or performance deficiencies arising from the same circumstances (DAOD 5019-0, Conduct and Performance Deficiencies).

According to Dr. Chris Madsen (*Military Law and Operations*, looseleaf, Aurora: Canada Law Book, 2008 at 2:20.40), administrative action may be initiated against convicted soldiers especially in the case of repeat and habitual offenders. He notes:

Release as no longer suitable for military service is one common outcome, which either compounds or supplants the punishment awarded at trial.

[166] The military justice system must be independent of the chain of command (*R. v. Généreux*, above; *R. v. Larouche*, above).

[167] I note the following observation in the second Dickson report regarding the unique position of the Minister (above, at pages 6 and 7):

We do not believe, however, that any other Minister is responsible for a complete and separate system of justice designed to govern the conduct of personnel for whom he/she is also responsible within his/her department.

It follows that the Minister of National Defence in Canada is in a unique position. The Minister is responsible not only for a department and a military force but also for a separate, full-fledged military justice system applicable to that force. [Footnote omitted.]

[168] Although the reforms introduced by Bill C-25, above, did abolish most of the Minister's quasi-judicial

363, paragraphe HMI-56). Bien que ce pouvoir ne soit pas attribué au Ministre spécifiquement, c'est sous son autorité ultime qu'il peut être exercé.

[165] Dans l'affaire *R. c. Tupper* (2009 CACM 5, 7 C.A.C.M. 357), la juge Trudel écrit (aux paragraphes 68 et 69) :

Les membres des Forces canadiennes sont passibles à la fois de sanctions administratives et de sanctions disciplinaires. Si un militaire est accusé d'une infraction en vertu de la LDN, du *Code criminel* ou d'une autre loi fédérale, et quel qu'en soit l'aboutissement, la chaîne de commandement peut prendre des mesures administratives pour traiter tout manquement à la conduite ou au rendement émanant des mêmes circonstances (DAOD 5019-0, Manquement à la conduite et au rendement).

Selon M. Chris Madsen (*Military Law and Operations*, feuilles mobiles, Aurora : Canada Law Book, 2008, à la page 2:20.40), il est possible de prendre des mesures administratives à l'encontre de soldats condamnés, tout particulièrement dans le cas de récidivistes chroniques. Il fait remarquer ce qui suit :

La libération pour inaptitude au service militaire est une issue courante, qui complète la peine imposée au procès ou l'emporte sur celle-ci.

[166] Le système de justice militaire doit être indépendant de la chaîne de commandement (*Généreux*, précité; *R. c. Larouche*, précité).

[167] Je rappelle l'observation suivante contenue dans le deuxième rapport Dickson au sujet de la situation unique du Ministre (précité, à la page 6) :

Nous ne croyons pas, cependant, qu'un autre ministre soit responsable d'un système de justice complet et distinct destiné à régir la conduite du personnel dont il a également la charge dans son ministère.

La situation du ministre de la Défense nationale est donc unique. Le ministre est responsable non seulement d'un ministère et des forces armées, mais aussi d'un système de justice militaire distinct et complet applicable à ces forces. [Note en bas de page omise.]

[168] Même si les réformes mises en place par le projet de loi C-25, précité, abolissent la plupart des pouvoirs

powers, this description of the Minister's unusual position with regard to the military justice system governing the conduct of its personnel is as apt as ever.

[169] The Minister purports to be bound by the principle of prosecutorial independence when deciding whether to bring an appeal.

[170] He cites the words of Justice Ritchie in 1980, in *MacKay v. The Queen*, where he wrote with regard to charges brought before a military court that "in this context the Minister of National Defence stands in the place of the Attorney General" (above, at page 394).

[171] I find that this conclusion no longer applies, as it has not survived *Généreux* (above, at pages 292 and 293) and the reforms made since that decision.

[172] Although the issue in *Généreux* concerned the process of constituting the General Court Martial, the general observations of Chief Justice Lamer regarding the role of the executive and the military hierarchy in the military justice system are still just as relevant. The wisdom behind his conclusions applies to the power to appeal.

[173] I note that the military justice system in its current form is profoundly different from what it was at the time of the Supreme Court's judgment in *MacKay*. In this respect, I think it wise to limit my observations solely to the issue before us (*Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, above, at paragraph 9), namely, the constitutionality of section 230.1 of the NDA. I will therefore not comment on issues that are not raised in this case.

[174] The Minister also relies on the Federal Court of Appeal's decision *Quebec North Shore & Labrador Railway Co. v. Canada (Minister of Labour)* (199 N.R. 161, [1996] F.C.J. No. 545 (QL) (FCA)) to demonstrate that he is an independent prosecutor and will act as such.

quasi-judiciaires du Ministre, cette description de la situation inusitée du Ministre à l'égard du système de justice militaire qui encadre la conduite des membres de son personnel est toujours aussi juste.

[169] Le Ministre suggère qu'il est lié par le principe de l'indépendance du poursuivant lorsqu'il exerce sa décision d'interjeter appel.

[170] Il rappelle les propos du juge Ritchie en 1980 dans l'arrêt *MacKay c. La Reine* alors qu'il écrivait, au sujet des accusations portées devant un tribunal militaire : « dans ce contexte, le ministre de la Défense nationale joue le rôle du procureur général » (précité, à la page 394).

[171] J'estime que cette conclusion n'est plus applicable et qu'elle n'a pas survécu à l'arrêt *Généreux* (précité, aux pages 292 et 293) et aux réformes mises en œuvre depuis cette décision.

[172] Bien que la question examinée dans l'arrêt *Généreux* concerne le processus de constitution de la Cour martiale générale, les observations générales du juge en chef Lamer au sujet du rôle de l'exécutif et de la hiérarchie militaire dans le système de justice militaire sont toujours aussi pertinentes. La sagesse de ses conclusions s'applique au pouvoir d'interjeter appel.

[173] Je souligne que le système de justice militaire en place aujourd'hui est profondément différent de celui qui se présentait à la Cour suprême dans l'arrêt *MacKay*. À cet égard, j'estime prudent de restreindre mes observations à la seule question en litige devant nous (*Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, précité, au paragraphe 9), soit celle de la constitutionnalité de l'article 230.1 de la LDN. Je ne formule donc aucune observation à l'égard de questions que ne soulève pas la présente affaire.

[174] Par ailleurs, le Ministre invoque la décision de la Cour fédérale d'appel dans *Quebec North Shore & Labrador Railway Co. c. Canada (Ministre du Travail)* (199 N.R. 161, [1996] A.C.F. n° 545 (QL) (CAF)) afin de faire la démonstration qu'il est un poursuivant indépendant et qu'il agira ainsi.

[175] In that case, the Federal Court of Appeal concluded that the Minister of Labour's consent required under section 148 of the *Canada Labour Code* (R.S.C. 1985, c. L-2) to institute penal proceedings was a "preliminary decision which is similar to a decision of the Attorney General to authorize a prosecution" (*Quebec North Shore & Labrador Railway Co. v. Canada (Minister of Labour)*, above, at paragraph 3).

[176] It is not enough, as the Minister suggests, to conclude that he must respect the principles of prosecutorial independence when exercising the power to appeal.

[177] Admittedly, if ministers or office holders other than the Attorney General are granted discretionary powers with regard to prosecutions, no matter relating to the exercise of their discretionary powers can be subject to judicial review except to the extent recognized by the Supreme Court.

[178] More specifically, with regard to the DMP, this Court wrote as follows in *Wehmeier (R. v. Wehmeier*, 2014 CMAC 5, 7 C.M.A.R. 828, at paragraph 31 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 35933)):

Although the penal military justice system possesses its own system of prosecution, defence and tribunals, the role played by the DMP is similar to that exercised by the Attorney General. We are satisfied on the record before us that, while there are differences between the position of the Attorney General and the DMP (see: *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, [2008] C.M.A.J. No. 3 at paragraph 98), these differences do not justify the conclusion that a different scope of prosecutorial discretion applies to the DMP. The principles articulated in the jurisprudence set out above with regard to the nature of the role of the prosecutor, prosecutorial discretion and the circumstances, which may warrant the review of a prosecutorial decision, find application to the DMP and the exercise of prosecutorial discretion by the DMP.

[179] However, the independence of ministers or other office holders who act as prosecutors is a distinct issue that must be assessed in light of their individual characteristics, their specific statutory responsibilities, their ability to act independently and whether they may

[175] Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale conclut que le consentement du Ministre du Travail sous l'article 148 du *Code canadien du travail* (L.R.C. 1985, ch. L-2) à ce que des poursuites pénales soient engagées est une « décision d'ordre préliminaire qui s'apparente à celle du procureur général d'autoriser une poursuite » (*Quebec North Shore & Labrador Railway Co. c. Canada (Ministre du Travail)*, précité, au paragraphe 3).

[176] Il ne suffit pas, comme le suggère le Ministre, de conclure qu'il doit respecter les principes d'indépendance du poursuivant lorsqu'il exerce le pouvoir d'interjeter appel.

[177] Il faut convenir que si on confie à d'autres ministres ou titulaires que le procureur général des pouvoirs discrétionnaires en matière de poursuites, toute question relevant de l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire que dans la mesure reconnue par la Cour suprême.

[178] Plus particulièrement, à l'égard du DPM, notre Cour écrit dans l'arrêt *Wehmeier* ce qui suit (*R. c. Wehmeier*, 2014 CACM 5, 7 C.M.A.C. 828, au paragraphe 31 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la Cour : 35933)) :

Bien que la justice militaire pénale possède son propre régime de poursuites, de défense et de tribunaux, le rôle du DPM est semblable à celui du procureur général. Au vu du dossier dont nous sommes saisis, nous sommes convaincus que, malgré les différences existant entre la position du procureur général et celle du DPM (voir *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, [2008] A.C.A.C. n° 3, au paragraphe 98), ces différences ne permettent pas en soi de conclure que la portée du pouvoir discrétionnaire du DPM en matière de poursuite est différente. Les principes articulés dans la jurisprudence susmentionnée au sujet de la nature et du rôle du procureur de la poursuite, du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite et des circonstances pouvant justifier le contrôle d'une décision de la poursuite s'appliquent au DPM et à l'exercice par celui-ci du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite.

[179] Toutefois, la question de l'indépendance des ministres ou d'autres titulaires qui agissent à titre de poursuivant est une question distincte qui s'évalue en fonction de leurs caractéristiques propres, de leurs responsabilités législatives spécifiques, de leur capacité

reasonably be seen as independent in the legislative framework in which they exercise prosecutorial powers.

[180] On this point, I think it is helpful to consider the remarks of Justice Cory in *R. v. Bain* ([1992] 1 S.C.R. 91), in which the constitutionality of the prosecution's right to stand potential jurors aside was challenged.

[181] That decision is interesting because it was also argued in that case that the quasi-judicial role of the prosecution protected the accused against abuses of the power to stand jurors aside under the *Criminal Code* (R.S.C. 1985, c. C-46 (*Criminal Code*)).

[182] Justice Cory made the following observation, writing on behalf of Chief Justice Lamer and Justice LaForest (*R. v. Bain*, at pages 103 and 104):

Unfortunately it would seem that whenever the Crown is granted statutory power that can be used abusively then, on occasion, it will indeed be used abusively. The protection of basic rights should not be dependent upon a reliance on the continuous exemplary conduct of the Crown, something that is impossible to monitor or control. Rather the offending statutory provision should be removed.

[183] In the Supreme Court's recent decision in *Nur*, above, Chief Justice McLachlin cited with approval the opinion of Justice Cory in *R. v. Bain*. She wrote that "the constitutionality of a statutory provision [cannot] rest on an expectation that the Crown will act properly" (*Nur*, at paragraph 95. See also *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, at paragraph 74).

[184] In light of *Nur*, the Federal Court of Appeal's decision in *Quebec North Shore & Labrador Railway Co.*, above, is not determinative in assessing the constitutionality of section 230.1 of the NDA and the Minister's independence when exercising the power to appeal.

d'agir en toute indépendance et de la conclusion qu'ils peuvent être raisonnablement perçus comme étant indépendants dans le cadre de la loi au sein de laquelle ils exercent des pouvoirs en matière de poursuites.

[180] Sur cette question, j'estime utiles les observations du juge Cory dans l'arrêt *R. c. Bain* ([1992] 1 R.C.S. 91) où le droit de la poursuite de mettre à l'écart des candidats jurés faisait l'objet d'une contestation constitutionnelle.

[181] L'intérêt de cette décision réside dans le fait qu'on a aussi fait valoir dans cette affaire que le rôle quasi-judiciaire de la poursuite protégeait l'accusé contre l'utilisation inéquitable du pouvoir de mise à l'écart des jurés, pouvoir alors prévu au *Code criminel* (L.R.C. 1985, ch. C-46 (*Code criminel*)).

[182] Le juge Cory formule l'observation suivante au nom du juge en chef Lamer et du juge LaForest (*R. c. Bain*, aux pages 103 et 104) :

Malheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l'occasion. La protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il n'est pas possible de surveiller ni de maîtriser. Il serait préférable que la disposition législative incriminée soit abolie.

[183] Dans la décision récente de la Cour suprême dans *Nur*, précitée, la juge en chef McLachlin cite avec approbation l'opinion formulée par le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Bain*. Elle écrit que « [l]a constitutionnalité d'une disposition législative ne saurait non plus dépendre de la confiance qu'on peut avoir que le ministère public agira convenablement » (*Nur*, au paragraphe 95. Voir aussi *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, au paragraphe 74).

[184] Compte tenu de l'arrêt *Nur*, la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Quebec North Shore & Labrador Railway Co.*, précitée, n'est pas déterminante dans l'évaluation de la constitutionnalité de l'article 230.1 de la LDN et de l'indépendance du Ministre lorsqu'il exerce le pouvoir d'interjeter appel.



[185] Regarding whether the Minister's office is compatible with the power to appeal, I again reproduce a passage from the opinion of Chief Justice Lamer in *Généreux* (above, at page 308):

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

[186] Although in this passage, Chief Justice Lamer was addressing the institutional independence of the judicial function, these observations are just as relevant when assessing the independence of the prosecution in the military justice system.

[187] Indeed, the principle of independence with regard to decisions to prosecute requires that such decisions also be protected as much as possible from interference by members of the military hierarchy. When a member of the military hierarchy, like the Minister, is entrusted with decisions of this sort, the problems are substantial.

[188] Since the DMP's discretion must be exercised autonomously and independently and must be free of any interference from the chain of command, this principle cannot be respected if the exercise of a discretionary prosecutorial power, such as the power to appeal, is granted to someone like the Minister who is at the apex of the chain of command.

[189] The reforms to the Canadian military justice system led to the creation of the position of Director of

[185] Au sujet de la compatibilité entre la fonction du Ministre et le pouvoir d'interjeter appel, je reproduis à nouveau un passage de l'opinion du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Généreux* (précité, à la page 308) :

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

[186] Bien que dans ce passage, l'analyse du juge en chef Lamer porte sur l'indépendance institutionnelle liée à la fonction judiciaire, ces observations sont tout aussi pertinentes à l'évaluation de l'indépendance du poursuivant dans le système de justice militaire.

[187] En effet, le principe de l'indépendance à l'égard des décisions en matière de poursuite exige que celles-ci soient aussi le plus possible à l'abri de l'ingérence des membres de la hiérarchie militaire. Or, lorsque ce type de décisions est confié à un membre de la hiérarchie militaire, comme le Ministre, le problème est complet et entier.

[188] Puisque la discrétion du DPM doit s'exercer de manière autonome et indépendante et à l'abri de toute intervention de la chaîne de commandement, ce principe ne peut être respecté si l'exercice d'une discrétion en matière de poursuites, comme le pouvoir d'interjeter d'appel, est confié à un titulaire comme le Ministre qui est au sommet de la chaîne de commandement.

[189] Les réformes apportées au système de justice militaire canadien ont favorisé la création du poste de

Military Prosecutions whose independence is guaranteed by the fact that it is an office held during good behaviour for a term of four years.

[190] I would point out that although such is not the case with the Minister, I am not basing my finding that the Minister is not an independent prosecutor on the fact that the Minister does not hold office during good behaviour as the DPM does.

[191] It is wiser to adopt “[t]he policy which dictates restraint in constitutional cases” (*Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, above, at paragraph 9) and rather keep to the more restricted conclusion that Minister’s functions under the NDA and position as final authority in the chain of command are incompatible with playing any role whatsoever in prosecutions under the NDA.

[192] I will add two comments before concluding.

[193] The fact that the DMP, an independent prosecutor, represents the Minister in appeals has no bearing on my finding. The Minister’s independence is not enhanced or better protected because the Minister is represented by independent counsel. In this role, the DMP is simply the Minister’s alter ego.

[194] Moreover, although the Minister may consult the Attorney General (paragraph 5(b) of the *Department of Justice Act*, R.S.C. 1985, c. J-2. The Attorney General has no authority under the CSD. Charges are preferred by the DMP, who is likewise responsible for withdrawing a charge that has been preferred: see section 165.12 of the NDA) or the Judge Advocate General (section 9.1 of the NDA) regarding a question of law, this has no bearing on the fact that the Minister’s office is incompatible with a prosecutorial role.

[195] The Minister quite simply does not have the objective institutional independence required to exercise, with complete independence, a function that may lead to the imprisonment or even dismissal of a member of the Minister’s personnel. The Minister cannot be regarded as an independent prosecutor. Accordingly, section 230.1 of the NDA infringes section 7 of the Charter.

Directeur des poursuites militaires dont l’indépendance est garantie par une période d’inamovibilité de quatre ans.

[190] Je tiens à préciser que bien que ce ne soit pas le cas du Ministre, je ne fonde pas ma conclusion selon laquelle le Ministre n’est pas un poursuivant indépendant sur le fait qu’il ne dispose pas d’une inamovibilité de fonction semblable à celle du DPM.

[191] Il est plus prudent de respecter « [l]a règle de conduite qui dicte la retenue dans les affaires constitutionnelles » (*Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d’enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, précité, au paragraphe 9) et de nous en tenir plutôt à la conclusion plus restreinte selon laquelle les fonctions du Ministre en vertu de la LDN et le fait qu’il soit l’autorité finale de la chaîne de commandement sont incompatibles avec quelque rôle que ce soit en matière de poursuites sous la LDN.

[192] J’ajoute deux commentaires avant de conclure.

[193] Le fait que le Ministre soit représenté aux fins d’un appel par le DPM, un poursuivant indépendant, ne change rien à ma conclusion. L’indépendance du Ministre n’est pas accrue ou mieux protégée par le fait qu’il soit représenté par un procureur indépendant. Dans ce rôle, le DPM n’est que l’*alter ego* du Ministre.

[194] Par ailleurs, la possibilité pour le Ministre de consulter le procureur général à l’égard d’une question de droit (alinéa 5b) de la *Loi sur le ministère de la justice*, L.R.C. 1985, ch. J-2. Le procureur général n’exerce aucune autorité sous le CDM. Les mises en accusation sont prononcés par le DPM tout comme le retrait d’une mise en accusation déjà prononcée : voir l’article 165.12 de la LDN) ou le juge-avocat général (article 9.1 de la LDN) ne change rien au fait que la fonction du Ministre est incompatible avec le rôle de poursuivant.

[195] Le Ministre ne dispose tout simplement pas de l’indépendance institutionnelle objective requise pour exercer en toute indépendance une fonction qui peut conduire à l’emprisonnement d’un de ses employés, voire son congédiement. Il ne peut être perçu comme un poursuivant indépendant. En conséquence, l’article 230.1 de la LDN enfreint l’article 7 de la Charte.

- (3) Is section 230.1 of the NDA a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society?

[196] Before answering this question, it should be noted at the outset that it is difficult to justify a law that violates the principles of fundamental justice (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paragraph 129).

[197] I will now consider the test established in *R. v. Oakes* ([1986] 1 S.C.R. 103): (a) Is the purpose for which the limit is imposed pressing and substantial? (b) Is the means by which the goal is furthered proportionate: 1- Is the limit rationally connected to the purpose? 2- Does the limit minimally impair the right?; and 3- Is the law proportionate in its effect?

- (a) *Is the purpose for which the limit is imposed pressing and substantial?*

[198] In *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 (*Hutterian Brethren*)), Chief Justice McLachlin stated that the objective that justifies the infringement of the right must not be overstated. She wrote as follows (at paragraph 137):

At the first stage of the analysis, the government must demonstrate that it has a “pressing and substantial” objective that justifies the infringement of the right. In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, McLachlin J. cautioned that “[c]are must be taken not to overstate the objective. The objective relevant to the s. 1 analysis is the objective of the infringing measure ... If the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised” (para. 144 [Emphasis in original.]).

[199] In the case at hand, the matter of identifying the objective of the infringing measure, section 230.1 of the NDA, arises in a rather unusual context.

[200] As I mentioned above in my reasons, the intention in enacting section 230.1 of the NDA in 1991 was to create a right of appeal for the prosecution. This power was granted to the Minister, in light of the multiple

- (3) Est-ce que l'article 230.1 de la LDN est une limite raisonnable qui se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique?

[196] Avant de répondre à cette question, soulignons d'emblée qu'il est difficile de justifier une loi qui va à l'encontre des principes de justice fondamentale (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, au paragraphe 129).

[197] J'examine maintenant les critères formulés par l'arrêt *R. c. Oakes* ([1986] 1 R.C.S. 103) : a) l'objectif que vise la restriction est-il urgent et réel? b) Le moyen choisi pour atteindre l'objectif est-il proportionné : 1- la restriction a-t-elle un lien rationnel avec l'objectif? 2- La restriction porte-t-elle le moins possible atteinte au droit? et 3- La mesure législative est-elle proportionnée dans ses effets?

- (a) *L'objectif que vise la restriction est-il urgent et réel?*

[198] Dans l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567 (*Hutterian Brethren*)), la juge en chef McLachlin précise qu'il ne faut pas surestimer l'objectif qui justifie l'atteinte au droit. Elle écrit (au paragraphe 137) :

À la première étape de l'analyse, le gouvernement doit démontrer qu'il poursuit un objectif « urgent et réel » qui justifie l'atteinte au droit. Dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, la juge McLachlin a souligné qu'il « faut veiller à ne pas surestimer l'objectif. Aux fins d'une analyse fondée sur l'article premier, l'objectif pertinent est l'objectif de la mesure attentatoire [...] Si l'on formule l'objectif d'une façon trop large, on risque d'en exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse » (par. 144 [Souligné dans l'original.]).

[199] Dans la présente affaire, l'identification de l'objectif de la mesure attentatoire, l'article 230.1 de la LDN, se pose dans un contexte plutôt inhabituel.

[200] En effet, tel que je l'ai mentionné plus tôt dans mes motifs, l'adoption de l'article 230.1 de la LDN en 1991 vise la création d'un droit d'interjeter appel pour le poursuivant. Ce pouvoir a été confié au Ministre, compte

quasi-judicial powers that the Minister exercised in the military justice system at that time. This was the natural course of action.

[201] However, when Bill C-25, above, was enacted, from its coming into force in 1999 and with the creation of the position of Director of Military Prosecutions, all prosecutorial powers were given to the DMP, except the power to appeal.

[202] The respondents note, with good reason, that Parliament's clear intention at that time was to have the Minister retain that power.

[203] They also argue that the Minister's right of appeal did not exist before 1991. In their view, this supports the conclusion that this right of appeal did not serve any pressing and substantial purpose. I disagree.

[204] I will consider, first of all, whether creating a right to appeal served a pressing and substantial purpose and, second, whether the same justification was made with regard to the decision in 1999 to have the Minister retain this power.

[205] Two remarks are in order.

[206] First, the Minister made no written submissions to justify the infringement of section 7 under section 1 of the Charter. He did not really try to demonstrate that this infringement was justified at the hearing either. Essentially, he simply argued that no infringement of section 7 had been proven and that enacting section 230.1 of the NDA was an option that was available to Parliament.

[207] Second, the record contains no information that would allow us to understand why in 1999 it was deemed important to leave the power to appeal with the Minister. Parliament's intention to do so is crystal clear, but the pressing and substantial objective is not.

[208] At this stage of the section 1 Charter analysis, it is important not to confuse the justification for the

tenu des multiples pouvoirs quasi-judiciaires qu'il exerçait dans le cadre du système de justice militaire alors en place. Cela était naturel.

[201] Cependant, lors de l'adoption du projet de loi C-25, précité, de son entrée en vigueur en 1999 et la création du poste de Directeur des poursuites militaires, tous les pouvoirs en matière de poursuites sont confiés au DPM, sauf celui d'interjeter appel.

[202] Les intimés observent avec raison que l'intention législative à ce moment, celle de conserver au ministre ce pouvoir, est claire.

[203] Ils font aussi valoir que le droit d'appel du ministre n'existe pas avant 1991. À leur avis, ce fait supporte la conclusion que ce droit d'appel ne répondait à aucun objectif urgent et réel. Je ne partage pas cette opinion.

[204] Je me propose d'examiner, dans un premier temps, la question de savoir si la création du droit d'interjeter appel répondait à un objectif urgent et réel et, dans un deuxième temps, de déterminer si la même démonstration a été faite au sujet du choix en 1999, de laisser au Ministre ce pouvoir.

[205] Deux remarques s'imposent.

[206] Premièrement, le Ministre n'a présenté aucune observation par écrit pour justifier la violation de l'article 7 sous l'article premier de la Charte. Lors de l'audition, il ne s'est pas non plus réellement livré à l'exercice de justifier cette violation. Il s'en est tenu essentiellement à faire valoir qu'une violation de l'article 7 n'avait pas été établie et que l'adoption de l'article 230.1 de la LDN est un choix qui s'offrait au législateur.

[207] Deuxièmement, le dossier ne contient aucune information qui nous permette de comprendre vraiment pourquoi on a jugé important en 1999 de laisser au Ministre le pouvoir d'interjeter appel. L'intention législative de le faire est limpide, mais pas l'objectif urgent et réel à atteindre.

[208] À cette étape de l'analyse sous l'article premier de la Charte, il ne faut pas confondre le bien-fondé du

power to appeal with the question of who is exercising that power.

[209] I have already described the context in which section 230.1 of the NDA was adopted, namely, a convergence between the military justice system and the regular criminal justice system. This convergence is largely the reason for granting the prosecution the right to appeal, to ensure uniformity in the development of Canadian military law.

[210] The objective in establishing the right to appeal under section 230.1 of the NDA becomes clearer when we examine the constitutional challenge of the prosecution's right to appeal under the *Criminal Code* in *Morgentaler (R. v. Morgentaler (1985), 52 O.R. (2d) 353 (ON CA))*.

[211] In that case, the Ontario Court of Appeal had to determine whether the prosecution's right to appeal from an acquittal on a question of law alone was inconsistent with section 7 and paragraphs 11(d), 11(f) and 11(h) of the Charter. After considering the issue, the Ontario Court of Appeal concluded that there were judicial policy reasons justifying the recognition of such a right of appeal. It wrote (*R. v. Morgentaler (1985), above, at page 410*):

There are valid policy reasons for permitting the Crown to appeal from an acquittal on questions of law alone to ensure the correct and uniform interpretation of the criminal law.

Accordingly, in our view, s. 605(1)(a) of the *Code* conferring on the Crown the right of appeal on a question of law alone from an acquittal does not contravene the *Charter*.

[212] The Supreme Court affirmed the judgment of the Ontario Court of Appeal on the issue of the right to appeal (*R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, at pages 155 and 156*):

It was contended that s. 605(1)(a), giving the Crown a right of appeal against an acquittal in a trial court on any ground involving a question of law alone offended ss. 7 and 11(d), (f) and (h) of the *Charter*. Reliance was placed primarily on s. 11(h). There is a simple answer to this argument. The words of s. 11(h), "if finally acquitted" and "if finally found guilty", must be construed to mean after

pouvoir d'interjeter appel avec la question de l'identité de celui qui l'exerce.

[209] J'ai déjà identifié le contexte d'adoption de l'article 230.1 de la LDN, celui d'une convergence entre le système de justice militaire et le système de justice criminelle ordinaire. Cette convergence explique en grande partie, la reconnaissance d'un droit d'appel à la poursuite afin d'assurer l'uniformité du développement du droit militaire canadien.

[210] L'objectif de la mise en place du droit d'appel à l'article 230.1 de la LDN ressort avec plus de clarté lorsqu'on examine la contestation constitutionnelle du droit d'appel de la poursuite au *Code criminel* dans l'affaire *Morgentaler (R. v. Morgentaler (1985), 52 O.R. (2<sup>d</sup>) 353 (ON CA))*.

[211] Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario devait déterminer si le droit d'appel de la poursuite à l'égard d'un acquittement pour un motif de droit seulement était incompatible avec les articles 7, alinéas 11(d), 11(f) et 11(h) de la Charte. Après avoir examiné la question soulevée, la Cour d'appel de l'Ontario conclut qu'il existe des raisons de politique judiciaire justifiant la reconnaissance d'un tel droit d'appel. Elle écrit (*R. v. Morgentaler (1985), précité, page 410*) :

There are valid policy reasons for permitting the Crown to appeal from an acquittal on questions of law alone to ensure the correct and uniform interpretation of the criminal law.

Accordingly, in our view, s. 605(1)(a) of the *Code* conferring on the Crown the right of appeal on a question of law alone from an acquittal does not contravene the *Charter*.

[212] La Cour suprême a confirmé le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario sur la question du droit d'appel (*R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30, aux pages 155 et 156*) :

On a soutenu que l'al. 605(1) a), qui habilite le ministère public à interjeter appel contre un verdict d'acquittement prononcé par une cour de première instance, pour tout motif comportant une question de droit seulement, est contraire à l'art. 7 et aux al. 11(d), (f) et (h) de la *Charte*. C'est principalement sur l'al. 11(h) qui a été invoqué. Or, la réponse à cet argument est simple. Les expressions « définitivement

the appellate procedures have been completed, otherwise there would be no point or meaning in the word “finally”. There is no merit in this ground. I would dispose of this question for the reasons given by the Court of Appeal. [Emphasis in original.]

[213] The right of appeal provided under section 230.1 of the NDA is justified by the same intention to ensure a uniform application of Canadian military law.

[214] In this context, I find that it responds to a pressing and substantial objective that does not require complex evidence. Indeed, in this case, “certain elements of the s. 1 analysis are obvious or self-evident” (*R. v. Oakes*, above, at page 138; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, at paragraph 18; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527, at paragraphs 100 to 103 (Justice Abella)).

[215] The creation of this right to appeal can easily be explained by the ongoing convergence between the Canadian military justice system and the ordinary criminal justice system, as well as the newly recognized rights of military members subject to the Code of Service Discipline.

[216] However, this does not resolve the issue raised by the decision to reserve the power to appeal for the Minister. As Chief Justice McLachlin noted in *Hutterian Brethren*, above, it is the objective of the infringing measure that is important.

[217] Since the infringement of section 7 of the Charter stems from the fact that the power to appeal has been granted to the Minister, it is the objective of this measure that has to be a pressing and substantial one.

[218] As I have already stated, we have no information on this subject. The NDA provides no obvious explanation, nor does the legislative history.

[219] At best, there is the conclusion of the second Dixon report (above, at pages 6 and 7), according to which “[w]e can only surmise that the legislative drafters,

acquitté » et « définitivement déclaré coupable » employées à l’al. 11*h*) doivent s’interpréter comme signifiant après que toutes les procédures d’appel sont terminées, sinon le mot « définitivement » serait inutile ou dénué de tout sens. Ce moyen n’est donc pas fondé. Je suis d’avis de trancher cette question en adoptant les motifs donnés par la Cour d’appel. [Souligné dans l’original.]

[213] Le droit d’appel prévu à l’article 230.1 de la LDN est justifié par la même volonté d’assurer une application uniforme du droit militaire canadien.

[214] Il me paraît répondre, dans ce contexte, à un objectif urgent et réel qui n’exige pas la présentation d’une preuve complexe. En effet il s’agit là de « certains éléments constitutifs d’une analyse en vertu de l’article premier [qui sont] manifestes ou évidents en soi » (*R. c. Oakes*, précité, à la page 138; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, au paragraphe 18; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527, aux paragraphes 100 à 103 (la juge Abella)).

[215] La création de ce droit d’appel s’explique aisément par le processus de convergence en cours entre le système de justice militaire canadien et le système de justice criminel de droit commun ainsi que la reconnaissance de nouveaux droits aux militaires assujettis au Code de discipline militaire.

[216] Cependant, cela ne résout pas la question posée par la décision de conserver l’attribution du pouvoir d’interjeter appel au Ministre. Comme l’observe la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Hutterian Brethren*, précité, c’est l’objectif poursuivi par la mesure attentatoire qui importe.

[217] Puisque c’est le fait de confier le pouvoir d’interjeter appel au Ministre qui enfreint l’article 7 de la Charte, c’est l’objectif de cette mesure qui doit être un objectif urgent et réel.

[218] Comme je l’ai déjà indiqué, nous n’avons aucune information à ce sujet. La lecture de la LDN n’offre aucune explication évidente, non plus que l’histoire législative.

[219] Au mieux, peut-on rappeler la conclusion du deuxième rapport Dickson (précité, à la page 7) selon lequel « [n]ous pouvons seulement supposer que les rédacteurs

steeped in the British military tradition, tacitly assumed that the executive branch of government and the chain of command were the proper authorities to supervise the military justice system and, indeed, to be involved in making decisions relating to individual cases”.

[220] Moreover, it is very difficult to see how granting the power of appeal to the Minister can be reconciled with the legislative intent surrounding the reforms made in 1999, which was to ensure that the military justice system remained independent of the chain of command.

[221] In my view, we are faced with an extremely rare situation, similar to the one which the Supreme Court had to confront in *Vriend v. Alberta* ([1998] 1 S.C.R. 493, at paragraphs 113 to 116). In that case, in the course of its section 1 analysis, the Court found that the explanations for the Legislature’s choice to exclude sexual orientation from the scope of the human rights legislation at issue did not provide evidence of a goal or purpose to be achieved (*Vriend v. Alberta*, at paragraph 114), and that these explanations were, moreover, “on [their] face the very antithesis of the principles embodied in the legislation as a whole” (*Vriend v. Alberta*, at paragraph 116). Apart from the clear and manifest intention to retain the power to appeal at the apex of the chain of command, no other pressing and substantial objective can be identified that would explain why this choice was made in the context of the reforms implemented by Bill C-25, above.

[222] Since no pressing and substantial objective can be identified, I find that granting the Minister the power to appeal does not meet an identifiable objective that is pressing and substantial.

(b) *Is the means by which the goal is furthered proportionate?*

[223] I will nonetheless address the question of proportionality in a summary manner and find that the means chosen is not proportionate.

[224] Essentially, this is not the least intrusive means available. Parliament could grant the power to appeal to

de la loi, imprégnés de la tradition militaire britannique, ont tacitement présumé que l’organe exécutif et la chaîne de commandement constituaient les autorités compétentes pour superviser le système de justice militaire et, même, pour participer à la prise de décisions concernant des cas particuliers ».

[220] Il est d’ailleurs très difficile de réconcilier l’attribution du pouvoir d’interjeter appel au Ministre avec l’intention législative entourant les réformes mises en œuvre en 1999, celle d’assurer l’indépendance du système de justice militaire à l’égard de la chaîne de commandement.

[221] À mon avis, nous sommes en présence d’une situation extrêmement rare, semblable à celle à laquelle la Cour suprême était confrontée dans l’arrêt *Vriend c. Alberta* ([1998] 1 R.C.S. 493, aux paragraphes 113 à 116). Dans cette affaire, dans le cadre de l’analyse sous l’article premier, la Cour a considéré que les explications au sujet du choix du législateur d’exclure l’orientation sexuelle de la portée de la loi des protections des droits de la personne en cause, ne fournissaient pas la preuve d’un but ou d’un objectif à atteindre (*Vriend c. Alberta*, au paragraphe 114) qui, de plus, étaient à « première vue l’antithèse des principes qu’incarne le texte dans son ensemble » (*Vriend c. Alberta*, au paragraphe 116). Outre la volonté claire et manifeste de maintenir le pouvoir d’interjeter appel au niveau du sommet de la chaîne de commandement, il n’est pas possible d’identifier l’objectif urgent et réel qui explique pourquoi ce choix a été fait dans le contexte des réformes mises en place par le projet de loi C-25, précité.

[222] Puisque l’identification de l’objectif urgent et réel poursuivi n’est pas possible, je conclus que confier l’exercice du pouvoir d’interjeter appel au Ministre ne répondait pas à un objectif urgent et réel identifiable.

(b) *Le moyen choisi pour atteindre l’objectif est-il proportionné?*

[223] J’aborde quand même sommairement la question de la proportionnalité pour constater que le moyen choisi n’est pas proportionnel.

[224] Essentiellement, il ne s’agit pas du moyen le moins attentatoire. Le législateur peut confier le pouvoir

the DMP, the Director of Public Prosecutions of Canada or the Attorney General. This choice is up to Parliament.

[225] The Minister did not prove that countries with military and legal traditions similar to our own grant the power to appeal to their defence ministers. Such proof would have been impossible, given the convergence between military justice and regular criminal justice that has been observed in England and Australia (see E. R. Fidell and Dwight H. Sullivan. *Evolving Military Justice*. Annapolis, Md.: Naval Institute Press, 2002, at pages 208 to 270; Stephen S. Strickey. “‘Anglo-American’ Military Justice Systems and the Wave of Civilianization: Will Discipline Survive?” (2013), 2 *CJICL* 763; Victor Hansen. “The Impact of Military Justice Reforms on the Law of Armed Conflict: How to Avoid Unintended Consequences” (2013), 21 *Mich. St. Int’l L. Rev.* 230, at pages 238 to 243. Generally speaking, and with regard to rights of appeal, the military justice system in the United States is structured so differently that it is of no assistance here: David A. Schlueter. “The Military Justice Conundrum: Justice or Discipline?” (2013), 215 *Mil. L. Rev.* 1, at pages 13 and 14). For example, in England, the Service Prosecuting Authority acts under the authority of the Attorney General and is totally independent of the chain of command (Maj. Gen. M. D. Conway. “Thirty-Ninth Kenneth J. Hodson Lecture in Criminal Law” (2012), 213 *Mil. L. Rev.* 212, at page 220; United Kingdom. Attorney General’s Office. *The Governance of Britain: A Consultation on the Role of the Attorney General*. July 26, 2007, at paragraph 1.25, page 8).

[226] The Minister has not discharged his burden of proving that granting him the power to appeal is a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society. Instead, the Minister simply stated that this was a choice that was available to Parliament. In my opinion, this is clearly not enough to justify violating a principle of fundamental justice.

- (4) Outcome of the appeals: If section 230.1 is declared invalid, must the Minister’s appeals be dismissed?

[227] Before hearing the appeals, the panel noted that the parties envisaged the outcome of the appeals as a

d’interjeter appel au DPM, au Directeur des poursuites pénales du Canada ou au procureur général du Canada. Ce choix lui incombe.

[225] Le Ministre n’a pas fait la preuve que des pays ayant des traditions militaires et juridiques semblables aux nôtres confient le pouvoir d’interjeter appel à leur ministre de la défense. Une telle preuve n’aurait pas été possible compte tenu de la convergence observée en Angleterre et en Australie entre la justice militaire et la justice criminelle ordinaire (voir E. R. Fidell et Dwight H. Sullivan. *Evolving Military Justice*. Annapolis (Md.), Naval Institute Press, 2002, aux pages 208 à 270; Stephen S. Strickey. « ‘Anglo-American’ Military Justice Systems and the Wave of Civilianization: Will Discipline Survive? » (2013), 2 *CJICL* 763; Victor Hansen. « The Impact of Military Justice Reforms on the Law of Armed Conflict: How to Avoid Unintended Consequences » (2013), 21 *Mich. St. Int’l L. Rev.* 230, aux pages 238 à 243. L’organisation de la justice militaire aux États-Unis en général et à l’égard des droits d’appel est si différente qu’elle ne peut être utile : David A. Schlueter. « The Military Justice Conundrum: Justice or Discipline? » (2013), 215 *Mil. L. Rev.* 1, aux pages 13 et 14). Par exemple, en Angleterre, le *Service Prosecuting Authority* agit sous l’autorité du procureur général et il est totalement indépendant de la chaîne de commandement (Maj. Gen. M. D. Conway. « Thirty-Ninth Kenneth J. Hodson Lecture in Criminal Law » (2012), 213 *Mil. L. Rev.* 212, à la page 220; Royaume-Uni. Attorney General’s Office. *The Governance of Britain: A Consultation on the Role of the Attorney General*. 26 juillet 2007, au paragraphe 1.25, page 8).

[226] Le Ministre n’a pas satisfait à son fardeau de faire la démonstration que de lui confier le pouvoir d’interjeter appel est une limite raisonnable qui se justifie dans une société libre et démocratique. Il s’en est plutôt tenu à l’affirmation qu’il s’agit d’un choix que le Parlement pouvait faire. À mon avis, cela est nettement insuffisant pour justifier la violation d’un principe de justice fondamentale.

- (4) Le sort des pourvois : est-ce qu’une déclaration d’invalidité de l’article 230.1 entraîne le rejet des appels du Ministre?

[227] Avant l’audition des pourvois, la formation a constaté que les parties envisageaient le sort des pourvois



choice between quashing and dismissing the appeals and suspending the effect of the declaration of invalidity regarding section 230.1 of the NDA.

[228] Although this is not, strictly speaking, a new issue, and being mindful of the spirit of the Supreme Court’s decision in *R. v. Mian* (2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, at paragraphs 29 to 35) and the principles laid down in it, the panel deemed it preferable to ask the parties whether, in the event of a declaration of invalidity, the panel could allow the DMP to go on exercising these powers instead (see by analogy *R. c. Tshiamala*, 2011 QCCA 439, at paragraphs 173 to 179).

[229] The parties filed written submissions on this issue, as well as on whether the effect of the declaration of invalidity should be suspended. They also addressed these issues at the hearing.

(a) *Positions of the parties*

(i) The applicants

[230] The applicants argue that the criteria established in *Schachter* (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679) to justify suspending a declaration of invalidity have not been met.

[231] In their view, an immediate declaration of invalidity poses no danger to the public and will not create a situation of impunity because the courts martial can continue sitting. For the same reasons, the rule of law is not threatened.

[232] However, they state that the Minister’s lack of independence [TRANSLATION] “consequently obliterates the independence and impartiality of [this] Court”. In their view, [TRANSLATION] “the fundamental flaw in a suspension would be to allow an appellate court that is neither independent nor impartial to review the decisions of independent courts martial on appeal”. This would be inconsistent with the rule of law.

[233] Relying on the Supreme Court’s decision in *R. v. Powley* (2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207 (*Powley*)), at paragraphs 51 and 52), they add that there must be

comme un choix entre l’annulation et le rejet des appels et la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité de l’article 230.1 de la LDN.

[228] Bien qu’il ne s’agisse pas, à strictement parler, d’une question nouvelle, mais consciente des enseignements et de l’esprit de l’arrêt *R. c. Mian* (2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, aux paragraphes 29 à 35) de la Cour suprême, la formation a jugé préférable de demander aux parties si, dans l’éventualité d’une déclaration d’invalidité, elle pouvait confier la continuation des pourvois au DPM (voir par analogie, *R. c. Tshiamala*, 2011 QCCA 439, aux paragraphes 173 à 179).

[229] Les parties ont fait parvenir des observations écrites supplémentaires sur cette question de même qu’au sujet de la question de savoir si l’effet de la déclaration d’invalidité devait être suspendu. Elles ont aussi abordé ces questions lors de l’audition.

(a) *La position des parties*

(i) Les requérants

[230] Les requérants font valoir que les critères établis dans l’arrêt *Schachter* (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679) pour justifier la suspension de la déclaration d’invalidité ne sont pas satisfaits.

[231] À leur avis, une déclaration d’invalidité immédiate ne pose aucun danger pour le public et n’entraîne aucune impunité, car les cours martiales peuvent continuer à siéger. Pour les mêmes raisons, la primauté du droit n’est pas menacée.

[232] Toutefois, ils affirment que l’absence d’indépendance du Ministre « a pour conséquence d’anéantir l’indépendance et l’impartialité de [notre] Cour ». À leur avis, « le vice fondamental de la suspension serait de permettre à une cour d’appel non indépendante et impartiale de réviser les décisions des cours martiales indépendantes sous appels ». Le tout serait incompatible avec la primauté du droit.

[233] Invoquant l’arrêt *R. c. Powley* (2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207 (*Powley*)), aux paragraphes 51 et 52) de la Cour suprême, ils ajoutent que des raisons manifestes

obvious reasons for suspending a declaration of a statute's invalidity where the declaration concerns an accused's defence against a criminal charge.

[234] Finally, in accordance with *R. v. Guignard* (2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472, at paragraphs 32 and 34) and *Eurig Estate (Re)* ([1998] 2 S.C.R. 565, at paragraphs 44 and 48), they declare that they should be able to benefit personally from the declaration of invalidity and seek an exemption from the suspension of the declaration of invalidity should one be granted.

[235] In the event that the DPM is charged with prosecuting appeals, they argue that such a remedy falls under section 24 of the Charter, not subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, that this is in fact an unjustifiably broad interpretation and that this authorization is contrary to Parliament's intention to grant the Minister the power to appeal.

(ii) The Minister

[236] The Minister argues that the effect of a declaration of invalidity must be suspended because invalidating section 230.1 of the NDA would threaten the rule of law and could pose a danger for the public.

[237] A declaration of invalidity would deprive the prosecution of the power to appeal. In addition, the accused's right of appeal would be affected because the Minister would no longer be able to act on his own or instruct the DPM to represent him in these cases.

[238] The Minister argues that this would redefine the nature of his relationship with the DPM. This would also change the DPM's role in a way that is contrary to Parliament's intention, which was to entrust the Minister with this responsibility, thereby creating a vacuum with regard to his accountability to Parliament. Moreover, the DPM would no longer have to answer to anyone whatsoever for his decisions.

[239] In the Minister's view, it is up to Parliament to determine whether the DPM should be completely independent and to review, if necessary, the position, role and duties of the DPM.

doivent exister pour justifier la suspension d'une déclaration de l'invalidité d'une loi lorsque celle-ci concerne le moyen de défense d'un accusé à une accusation criminelle.

[234] Finalement, selon les arrêts *R. c. Guignard* (2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472, aux paragraphes 32 et 34) et *Re Succession Eurig* ([1998] 2 R.C.S. 565, aux paragraphes 44 et 48), ils déclarent qu'ils doivent pouvoir bénéficier personnellement de la déclaration d'invalidité et sollicitent une exemption de la suspension de la déclaration d'invalidité le cas échéant.

[235] Au sujet de l'hypothèse de confier au DPM la poursuite des pourvois, ils estiment qu'une telle réparation ressort de l'article 24 de la Charte et non du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'il s'agit d'une interprétation large dans les faits qui n'est pas justifiable et que cette autorisation est contraire à l'intention exprimée par le Parlement de confier le pouvoir d'interjeter appel au Ministre.

(ii) Le Ministre

[236] Le Ministre fait valoir que la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité s'impose, car l'annulation de l'article 230.1 de la LDN porterait atteinte à la primauté du droit et pourrait présenter un danger pour le public.

[237] La déclaration d'invalidité priverait la poursuite du pouvoir d'interjeter appel. De plus, le droit d'appel des accusés en serait affecté, car le Ministre ne pourrait plus agir lui-même ou donner d'instructions au DPM de le représenter dans ces dossiers.

[238] Le Ministre fait valoir que cela reformulerait la nature de sa relation avec le DPM. Cela modifierait aussi le rôle du DPM d'une manière contraire à l'intention du Parlement qui était de confier cette responsabilité au Ministre, créant ainsi un vide à l'égard de sa responsabilité devant le Parlement. En outre, le DPM n'aurait plus à répondre de ses décisions à qui que ce soit.

[239] De l'avis du Ministre, c'est au Parlement qu'il incombe de déterminer si le DPM devrait être complètement indépendant et de revoir, le cas échéant, la position du DPM, son rôle et ses devoirs.

(b) *Suspension of the effect of a declaration of invalidity*

[240] In *Schachter*, above, Chief Justice Lamer described three situations that justify suspending the effect of a declaration of invalidity (*Schachter*, at page 715):

A court may strike down legislation or a legislative provision but suspend the effect of that declaration until Parliament or the provincial legislature has had an opportunity to fill the void. This approach is clearly appropriate where the striking down of a provision poses a potential danger to the public (*R. v. Swain, supra*) or otherwise threatens the rule of law (*Reference Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721). It may also be appropriate in cases of underinclusiveness as opposed to overbreadth.

[241] Professor Roach takes the view that these are not rigid, hermetic categories. Here is how he describes this power (Kent Roach, “Enforcement of the Charter — Subsections 24(1) and 52(1)”, above, at page 1155):

Courts have often been attracted to suspended declarations of invalidity because of their recognition that legislatures have a legitimate role and a broader range of options in devising constitutional responses to court decisions. At the same time, the Supreme Court in *Schachter* warned that suspended declarations of invalidity should not become routine and that they can force matters back on the legislative agenda. A number of commentators have criticized the Court for routinely suspending declarations of invalidity and not justifying its decisions. These criticisms have some validity, but the answer is not to abandon the useful technique of a suspended declaration of invalidity or to retreat to the three limited categories or pigeonholes outlined in *Schachter*. Rather, courts should justify the use of suspended declarations in each case on the basis of remedial principles.

Suspended declarations should be used where an immediate declaration could cause a significant social harm including but not limited to threats to the rule of law and public safety. Suspended declarations should also be used in cases of unconstitutionally under-inclusive legislation where legislatures have a range of remedial options such as extending but also reducing benefits that are not open to the court. More generally, they should be used in cases where legislatures can select among a number of options in complying with the court’s interpretation

(b) *La suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité*

[240] Dans l’arrêt *Schachter*, précité, le juge en chef Lamer énonce trois situations qui justifient la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité (*Schachter*, à la page 715) :

Un tribunal peut déclarer une loi ou une disposition législative inopérante, mais suspendre l’effet de cette déclaration jusqu’à ce que le législateur fédéral ou provincial ait eu l’occasion de combler le vide. Cette méthode est fort appropriée lorsque l’annulation d’une disposition présente un danger pour le public (*R. c. Swain*, précité) ou porte atteinte à la primauté du droit (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721). Cette méthode pourrait également être appropriée dans les cas où une disposition est limitative par opposition aux cas où elle aurait une portée trop large.

[241] Le professeur Roach estime qu’il ne s’agit pas de catégories étanches et rigides. Voici la description qu’il donne de ce pouvoir (Kent Roach, « Enforcement of the Charter – Subsections 24(1) and 52(1) », précité, à la page 1155) :

Courts have often been attracted to suspended declarations of invalidity because of their recognition that legislatures have a legitimate role and a broader range of options in devising constitutional responses to court decisions. At the same time, the Supreme Court in *Schachter* warned that suspended declarations of invalidity should not become routine and that they can force matters back on the legislative agenda. A number of commentators have criticized the Court for routinely suspending declarations of invalidity and not justifying its decisions. These criticisms have some validity, but the answer is not to abandon the useful technique of a suspended declaration of invalidity or to retreat to the three limited categories or pigeonholes outlined in *Schachter*. Rather, courts should justify the use of suspended declarations in each case on the basis of remedial principles.

Suspended declarations should be used where an immediate declaration could cause a significant social harm including but not limited to threats to the rule of law and public safety. Suspended declarations should also be used in cases of unconstitutionally under-inclusive legislation where legislatures have a range of remedial options such as extending but also reducing benefits that are not open to the court. More generally, they should be used in cases where legislatures can select among a number of options in complying with the court’s interpretation of the Charter.

of the Charter. This latter principle is in tension with Lamer C.J.C.'s statement in *Schachter* that the use of suspended declarations of invalidity should “turn not on considerations of the role of the courts and legislatures” but rather on the three listed categories. Nevertheless, the need to respect the roles of courts and legislatures has emerged as important principles that govern constitutional remedies in the Court's subsequent remedial jurisprudence and indeed in its own decision in *Schachter* with respect to when reading in would be an appropriate subsection 52(1) remedy. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[242] In my opinion, it is clear that the declaration of section 230.1's invalidity must be suspended because not suspending it would have consequences on the exercise of all rights of appeal under the NDA.

[243] The immediate effect of a declaration of invalidity would be to deprive the Minister of the ability to act (see rule 19 of the *Court Martial Appeal Court Rules*, SOR/86-959) in cases of appeals by an accused, including the ability to instruct the DMP to represent him in such appeals, which would in practice prevent this Court from hearing appeals by the accused and any related motions.

[244] The prosecution would also be deprived of its own right of appeal. It is important to note that “an assessment of the fairness of the trial process must be made ‘from the point of view of fairness in the eyes of the community and the complainant’ and not just the accused” (*R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paragraph 72).

[245] The obstacles created by not suspending the effect of the declaration of invalidity are thus likely to compromise access to the courts, which is a pillar of the rule of law (*Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31, at paragraphs 38 to 40). It is true that this is a matter of the exercise of rights of appeal that are statutory in nature, but the rule of law justifies maintaining equitable access to these rights for all parties.

[246] These concerns are enough to conclude that an order suspending the declaration of invalidity is needed.

This latter principle is in tension with Lamer C.J.C.'s statement in *Schachter* that the use of suspended declarations of invalidity should “turn not on considerations of the role of the courts and legislatures” but rather on the three listed categories. Nevertheless, the need to respect the roles of courts and legislatures has emerged as important principles that govern constitutional remedies in the Court's subsequent remedial jurisprudence and indeed in its own decision in *Schachter* with respect to when reading in would be an appropriate subsection 52(1) remedy. [Je souligne; notes en bas de pages omises.]

[242] À mon avis, il est évident que l'effet de la déclaration d'invalidité de l'article 230.1 doit être suspendu, car l'absence d'une suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité aurait des conséquences sur l'exercice de tous les droits d'appel prévus à la LDN.

[243] L'effet immédiat d'une déclaration d'invalidité priverait le Ministre d'agir (voir la règle 19 des *Règles de la Cour d'appel de la cour martiale*, DORS/86-959) dans le cas des appels d'un accusé et y compris la faculté de donner des instructions au DPM de le représenter aux fins de ces appels ce qui, en pratique, empêcherait notre Cour d'entendre les appels des accusés ainsi que toutes les requêtes connexes.

[244] La poursuite serait aussi privée de son propre droit d'appel. Or, il est important de rappeler que « l'équité du processus judiciaire doit être considérée “du point de vue de la collectivité et du plaignant”, et non pas uniquement du point de vue de l'accusé » (*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au paragraphe 72).

[245] Ainsi, les obstacles posés par l'absence d'une suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité sont susceptibles de compromettre l'accès aux tribunaux ce qui est essentiel à la primauté du droit (*Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31, aux paragraphes 38 à 40). Il est vrai qu'il s'agit de l'exercice de droits d'appel qui sont d'origine statutaire, cependant, la primauté du droit justifie d'en préserver l'accès d'une manière équitable pour toutes les parties.

[246] Ces préoccupations suffisent à conclure à la nécessité de rendre une ordonnance suspendant l'effet de la déclaration d'invalidité.

[247] Finally, I will summarily dispose of the respondents' argument that this Court is not an independent court because the Minister is not an independent prosecutor. All members of this Court enjoy the essential conditions of judicial independence as described by the Supreme Court, and they have no ties to the Minister. This argument is without merit (Lamer report, above, at page 124).

[248] This leaves only one issue to be examined, namely, whether the respondents should benefit personally from section 230.1 of the NDA being declared invalid, which would lead to dismissal of the Minister's appeals.

(c) *Should the respondents benefit from the invalidity of section 230.1?*

[249] The respondents are correct in arguing that the Supreme Court has rendered certain decisions in which the parties challenging the constitutionality of a law benefited from a declaration of invalidity.

[250] In the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* ([1998] 1 S.C.R. 3, at paragraph 20), Chief Justice Lamer wrote:

In the rare cases in which this Court makes a prospective ruling, it has always allowed the party bringing the case to take advantage of the finding of unconstitutionality: see, e.g., *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 117.

[251] However, this principle has not been applied in all cases (Kent Roach. "Enforcement of the Charter—Subsections 24(1) and 52(1)", above, at page 1156). *R. v. Demers* (2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489 (*Demers*)) provides one such example.

[252] In that case, the Supreme Court concluded that, because of the combined effect of sections 672.33 and 672.54 and subsection 672.81(1) of the *Criminal Code*, which at the time provided that accused persons found

[247] Je dispose finalement et sommairement de l'argument des intimés selon lequel notre Cour n'est pas un tribunal indépendant, car le Ministre n'est pas un poursuivant indépendant. Tous les membres de notre Cour disposent de l'indépendance judiciaire selon les exigences posées par la Cour suprême et ils n'ont aucun lien avec le Ministre. Cet argument est sans fondement (rapport Lamer, précité, à la page 124).

[248] Il n'y a plus qu'une seule question à examiner, celle de savoir si les intimés devraient bénéficier personnellement de la déclaration d'invalidité de l'article 230.1 de la LDN, ce qui entraînerait le rejet des appels du Ministre.

(c) *Les intimés doivent-ils bénéficier de la déclaration d'invalidité de l'article 230.1?*

[249] Les intimés font valoir avec raison que la Cour suprême a rendu certaines décisions où ceux qui contestaient la constitutionnalité d'une loi ont pu profiter de la déclaration d'invalidité.

[250] Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* ([1998] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 20), le juge en chef Lamer écrit :

Dans les rares cas où notre Cour a rendu une décision applicable pour l'avenir, elle a toujours permis à la partie qui a porté l'affaire devant le tribunal de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité : voir, par exemple, *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 117.

[251] Cependant, l'application de ce principe n'est pas universelle (Kent Roach. « Enforcement of the Charter—Subsections 24(1) and 52(1) », précité, à la page 1156). L'arrêt *R. c. Demers* (2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489 (*Demers*)) fournit un tel exemple.

[252] Dans cette affaire, la Cour suprême a conclu, qu'en raison de l'effet conjugué des articles 672.33 et 672.54 et du paragraphe 672.81(1) du *Code criminel* qui prévoyait alors que l'accusé jugé inapte à subir son

unfit to stand trial would remain subject to the “regime” established under Part XX.1 (sections 672.1 to 672.95) of the *Criminal Code* until they became fit, “persons who are permanently unfit to stand trial and do not pose a significant threat to public safety suffer a breach of their liberty interest under section 7 of the Charter because they are subject to indefinite appearances before the Review Board and to the exercise of its powers over them” (*Demers*, at paragraph 2).

[253] Mr. Demers was also seeking an immediate remedy, namely, a stay of proceedings.

[254] The Supreme Court decided that an immediate remedy was not possible during the period of suspended invalidity but that a prospective remedy was.

[255] The majority of the Supreme Court made the following remarks regarding the grant of an additional remedy based on subsection 24(1) of the Charter (at paragraph 63):

Although the rule in *Schachter*, *supra*, precludes courts from combining retroactive remedies under s. 24(1) with s. 52 remedies, it does not stop courts from awarding prospective remedies under s. 24(1) in conjunction with s. 52 remedies. Therefore, if Parliament does not amend the invalid legislation within one year, those accused who do not pose a significant threat to the safety of the public can ask for a stay of proceedings as an individual remedy under s. 24(1) of the *Charter*. This will quash the criminal charge and liberate them from what will remain of the impugned regime. [Emphasis in original.]

[256] The disposition of the majority judgment in that case was as follows (at paragraph 66):

For the above reasons, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Superior Court, and declare that ss. 672.33, 672.54 and 672.81(1) Cr. C. are overbroad, thus violating the s. 7 rights of permanently unfit accused who do not pose a significant threat to society. Because we find the impugned provisions unconstitutional as violating s. 7 of the *Charter*, it is unnecessary for us to consider the other *Charter* questions posed. The most appropriate remedy in this case is a suspended declaration of invalidity for a period of twelve months. If after twelve

procès demeurerait soumis au « régime » établi en vertu de la partie XX.1 (articles 672.1 à 672.95) du *Code criminel* jusqu’à ce qu’il devienne apte, « les personnes inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public sont privées du droit à la liberté garanti par l’article 7 de la Charte parce qu’elles sont tenues de comparaître devant la commission d’examen pour une période indéfinie et soumises à ses pouvoirs » (*Demers*, au paragraphe 2).

[253] M. Demers recherchait aussi une réparation immédiate, soit l’arrêt des procédures.

[254] La Cour suprême a décidé qu’une réparation immédiate n’est pas possible pendant la période de suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité, mais qu’une réparation prospective est possible.

[255] Les juges majoritaires formulent les observations suivantes au sujet de l’octroi d’une réparation additionnelle fondée sur le paragraphe 24(1) de la Charte (au paragraphe 63) :

Même si la règle énoncée dans *Schachter*, précité, interdit aux tribunaux de combiner réparations rétroactives fondées sur le par. 24(1) et réparations fondées sur le par. 52, elle ne les empêche pas d’accorder des réparations prospectives en vertu du par. 24(1) en même temps qu’une réparation fondée sur l’art. 52. Par conséquent, si le Parlement ne modifie pas le texte législatif invalide d’ici un an, les accusés qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public auront alors le droit de demander l’arrêt des procédures à titre de réparation individuelle fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. L’arrêt annulera leur accusation criminelle et les libérera de ce qui restera du régime contesté. [Souligné dans l’original.]

[256] Le dispositif du jugement majoritaire dans cette affaire est le suivant (au paragraphe 66) :

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler le jugement de la Cour supérieure et de déclarer que les art. 672.33 et 672.54 et le par. 672.81(1) C. cr. ont une portée excessive, violant ainsi les droits garantis par l’art. 7 de la Charte aux accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la société. Vu notre conclusion que les dispositions contestées sont inconstitutionnelles du fait qu’elles contreviennent à l’art. 7 de la Charte, il est inutile d’examiner les autres questions relatives à la Charte qui

months Parliament does not cure the unconstitutionality of the regime, accused who qualify can ask for a stay of proceedings. [Emphasis added.]

[257] In *R. v. Ferguson* (2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96 (*Ferguson*)), Chief Justice McLachlin confirmed that, in exceptional cases, it is possible to combine a declaration of invalidity made under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* with an additional relief under subsection 24(1) of the Charter to provide a claimant with an effective remedy. She wrote the following (at paragraph 63):

The jurisprudence of this Court allows a s. 24(1) remedy in connection with a s. 52(1) declaration of invalidity in unusual cases where additional s. 24(1) relief is necessary to provide the claimant with an effective remedy: *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46. However, the argument that s. 24(1) can provide a stand-alone remedy for laws with unconstitutional effects depends on reading s. 24(1) in isolation, rather than in conjunction with the scheme of the *Charter* as a whole, as required by principles of statutory and constitutional interpretation. When s. 24(1) is read in context, it becomes apparent that the intent of the framers of the Constitution was that it functions primarily as a remedy for unconstitutional government acts. [Emphasis added.]

[258] How is such a remedy identified? In *Vancouver (City) v. Ward* (2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28), the Supreme Court summarized the relevant factors (at paragraph 20):

The general considerations governing what constitutes an appropriate and just remedy under s. 24(1) were set out by Iacobucci and Arbour JJ. in *Doucet Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3. Briefly, an appropriate and just remedy will: (1) meaningfully vindicate the rights and freedoms of the claimants; (2) employ means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy; (3) be a judicial remedy which vindicates the right while invoking the function and powers of a court; and (4) be fair to the party against whom the order is made: *Doucet Boudreau*, at paras. 55-58.

ont été formulées. La réparation qui convient le mieux en l'espèce consiste en une déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu pour 12 mois. Si, à l'échéance, le Parlement n'a pas corrigé l'inconstitutionnalité du régime, ces accusés pourront demander l'arrêt des procédures. [Je souligne.]

[257] Dans l'arrêt *R. c. Ferguson* (2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96 (*Ferguson*)), la juge en chef McLachlin confirme qu'il est exceptionnellement possible de joindre une déclaration d'invalidité prononcée sous le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* à une réparation additionnelle en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte pour accorder une réparation efficace au demandeur. Elle écrit (au paragraphe 63) :

La jurisprudence de notre Cour permet d'associer une réparation fondée sur le par. 24(1) à une déclaration d'invalidité prononcée en application du par. 52(1) dans les cas exceptionnels où la réparation additionnelle fondée sur le par. 24(1) est nécessaire pour accorder une réparation efficace au demandeur : *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46. Toutefois, pour soutenir que le par. 24(1) peut permettre une réparation autonome à l'égard d'une disposition législative ayant des effets inconstitutionnels, il faut interpréter ce paragraphe isolément plutôt que de le considérer au regard de l'ensemble de la *Charte*, ainsi que l'exigent les principes d'interprétation législative et constitutionnelle. Lorsque le par. 24(1) est interprété dans son contexte, il devient manifeste que les rédacteurs de la Constitution voulaient qu'il constitue principalement un recours en cas d'actes gouvernementaux inconstitutionnels. [Je souligne.]

[258] Comment identifier une telle réparation? Dans l'arrêt *Vancouver (Ville) c. Ward* (2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28), la Cour suprême résume les facteurs pertinents (au paragraphe 20) :

Les facteurs généraux permettant de reconnaître une réparation convenable et juste au sens du par. 24(1) ont été énoncés par les juges Iacobucci et Arbour dans *Doucet Boudreau c. Nouvelle Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3. En résumé, une réparation convenable et juste : (1) permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur; (2) fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle; (3) est une réparation judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal; (4) est équitable pour la partie visée par l'ordonnance : *Doucet Boudreau*, par. 55-58.

[259] Although, in *Demers*, above, Justice LeBel would have favoured a different additional remedy from the one chosen by his colleagues, he did provide an analytical framework that is helpful in the case now before this Court. He wrote (at paragraph 104):

The crafting of a remedy is highly contextual and is intimately linked to the nature of the violation and the facts of the particular case. In determining when to combine remedies under ss. 52 and 24(1), the following questions should be considered. First, from the perspective of the public role of the *Charter*, what remedy or remedies would most effectively foster compliance with the *Charter* and deter future infringements without unduly interfering with the effective operation of government and the implementation of legitimate public policy? Second, from the perspective of the claimant, what remedy or remedies would most effectively redress the wrong he or she has suffered, putting him or her in the position he or she would have been in had his or her rights not been violated? This will often call for the consideration of the adequacy of a s. 52 remedy standing alone. At this stage, a court may also weigh the deleterious effects of delay to the claimant against the salutary effects of delay to the public. Third, can the courts effectively implement the proposed remedy or remedies? See M. L. Pilkington, “Monetary Redress for Charter Infringement”, in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), 307, at pp. 308-9; and Shandal, *supra*, at pp. 196 ff.

[260] I note the following factors in Justice LeBel’s analysis that are similar to those set out in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* (2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3 (*Doucet-Boudreau*)): (1) the remedy is linked to the context and nature of the violation; (2) it must foster compliance with the Charter without interfering with the effective operation of the justice system; (3) the remedy redresses the wrong suffered or prevents it from occurring; (4) the court weighs the deleterious effects of delay to the claimant against the salutary effects of delay to society; and (5) the court can effectively implement the proposed remedy.

[261] In my opinion, *Doucet-Boudreau*, *Demers* and *Ferguson* allow this Court to grant the respondents an additional, effective remedy based on subsection 24(1) of the Charter even if it suspends the effect of the declaration of section 230.1 of the DNA’s invalidity. This remedy must be prospective, fair and reasonable, which

[259] Même si, dans l’arrêt *Demers*, précité, le juge LeBel favorise une réparation additionnelle différente de celle de ses collègues, il fournit un cadre d’analyse utile à la situation à laquelle notre Cour est confrontée. Il écrit (au paragraphe 104) :

L’élaboration d’une réparation est largement tributaire du contexte et étroitement liée à la nature de la violation et des faits en cause. Pour déterminer s’il y a lieu de combiner des réparations fondées sur l’art. 52 et le par. 24(1), il faut examiner les questions qui suivent. Premièrement, en ce qui concerne le rôle public que doit jouer la *Charte*, quelle réparation permettrait le mieux d’inciter au respect de la *Charte* et de décourager les atteintes futures sans entraver indûment le bon fonctionnement du gouvernement et la mise en œuvre d’une politique légitime? Deuxièmement, du point de vue du demandeur, quelle réparation permettrait le mieux de corriger le préjudice qu’il a subi, afin de le placer dans la situation où il aurait dû se trouver n’eût été l’atteinte à ses droits? Il faudra souvent à cette fin examiner la suffisance d’une seule réparation fondée sur l’art. 52. À ce stade, le tribunal peut aussi soupeser les effets préjudiciables du délai pour le demandeur et ses effets salutaires pour le public. Troisièmement, les tribunaux peuvent-ils mettre en œuvre efficacement les réparations proposées? Voir M. L. Pilkington, « Monetary Redress for Charter Infringement », dans R. J. Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987), 307, p. 308-309; et Shandal, *loc. cit.*, p. 196 et suiv.

[260] Je retiens les éléments suivants de l’analyse du juge LeBel qui sont similaires à ceux formulés dans l’arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)* (2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3 (*Doucet-Boudreau*) : 1) la réparation est liée au contexte et à la nature de la violation; 2) elle doit inciter au respect de la Charte sans entraver le bon fonctionnement de la société et du système judiciaire; 3) la réparation corrige le préjudice subi ou évite qu’il ne se matérialise; 4) le tribunal pondère les effets préjudiciables du délai pour le demandeur et les effets salutaires pour la société; 5) le tribunal est en mesure de mettre en œuvre efficacement la réparation envisagée.

[261] À mon avis, les arrêts *Doucet-Boudreau*, *Demers* et *Ferguson* autorisent notre Cour à accorder aux intimés une réparation additionnelle et efficace fondée sur le paragraphe 24(1) de la Charte même si elle suspend l’effet de la déclaration d’invalidité de l’article 230.1 de la LDN. Celle-ci doit être prospective, juste et raisonnable,



means that it must be consistent with the nature of the violated constitutional right and the context in which the violation occurred.

[262] The right at issue in this case is the right to an independent prosecutor in the context of the exercise of a right to appeal against the acquittal of respondent Gagnon and of the conclusion that the Court Martial did not have jurisdiction in the case of respondent Thibault.

[263] This case is different from the usual situations where a declaration of invalidity is made in the context of a criminal trial. A declaration of invalidity normally addresses (1) the offence; (2) the impugned independence of the court or of a procedure governing its constitution; (3) certain rules of evidence; or (4) sentencing.

[264] In most of these scenarios, the fate of the appeals is dictated by the usual outcomes of criminal appeal proceedings: an order for a new trial, the acquittal of the accused or a stay of proceedings, if need be. It is for this reason that it can be said that the accused is granted an immediate remedy in these situations, as “[n]o one should be subjected to an unconstitutional law” (*Nur*, above, at paragraph 51).

[265] The respondents’ situation more closely resembles the situation in *Demers* than other situations.

[266] Indeed, section 230.1 is of no force or effect, not because the right of appeal *per se* is unconstitutional (see *R. v. Morgentaler*, above), but because the person exercising that right is not independent within the meaning of section 7 of the Charter.

[267] In the context of an appeal where the constitutional challenge concerns the right of appeal itself, it is impossible to make an order equivalent to an order for a new trial. Moreover, the circumstances do not warrant a stay of proceedings based on an abuse of process. An approach that takes the context of the violation into account is therefore justified.

c’est-à-dire qu’elle correspond à la nature du droit constitutionnel violé et le contexte dans lequel la violation survient.

[262] Le droit en cause dans la présente affaire est le droit à un poursuivant indépendant dans le cadre de l’exercice d’un droit d’appel à l’encontre de l’acquiescement de l’intimé Gagnon et de la conclusion que la cour martiale n’avait pas compétence dans le dossier Thibault.

[263] La présente affaire est différente des situations usuelles où une déclaration d’invalidité est prononcée dans le contexte d’un procès criminel. En effet, la déclaration d’invalidité vise normalement l’une des situations suivantes : 1) le texte d’incrimination; 2) l’indépendance du tribunal qui est contestée ou d’une procédure qui encadre sa mise en place; 3) certaines règles de preuve; 4) la détermination de la peine.

[264] Dans la plupart de ces cas de figure, le sort des pourvois est celui dicté par les issues usuelles du processus d’appel criminel : une ordonnance de nouveau procès, l’acquiescement de l’accusé ou l’arrêt des procédures, le cas échéant. C’est dans cette mesure qu’on peut affirmer qu’une réparation immédiate est accordée à l’accusé dans ces situations, car « [n]ul ne doit être soumis à une loi inconstitutionnelle » (*Nur*, précité, au paragraphe 51).

[265] La situation des intimés se rapproche davantage de la situation de l’arrêt *Demers* que des autres situations.

[266] En effet, l’article 230.1 est inopérant, non pas parce que le droit d’appel *en tant que tel* est inconstitutionnel (voir *R. c. Morgentaler*, précité), mais parce que le titulaire de l’exercice de ce droit n’est pas indépendant au sens de l’article 7 de la Charte.

[267] Dans le contexte d’un pourvoi en appel où la contestation constitutionnelle vise le droit d’appel lui-même, il n’est pas possible de formuler une ordonnance équivalente à celle d’une ordonnance de nouveau procès. Par ailleurs, les circonstances ne justifient pas un arrêt des procédures fondé sur l’abus de procédures. Une approche qui tient compte du contexte de la violation est alors justifiée.

[268] Since, according to *Demers*, above, the suspension of the effect of declaration of section 230.1 of the NDA's invalidity applies to the respondents (*Demers*, above, at paragraphs 61 and 62), it must be asked whether the remedy they seek, the dismissal of the appeals, is an appropriate solution.

[269] Contrary to the respondents' argument based on *Powley*, in which the Supreme Court stated "that it is particularly important to have a clear justification for a stay where the effect of that stay would be to suspend the recognition of a right that provides a defence to a criminal charge" (*Powley*, above, at paragraph 52), their situation is different here.

[270] The respondents do not necessarily have a right to any particular defence (*R. v. Irwin*, 107 O.A.C. 102, 1998 CanLII 2957, at paragraph 37) or to a specific result, namely the dismissal of the appeals, but rather to an additional remedy that is effective, fair and reasonable, which in the circumstances does not include the dismissal of the appeals.

[271] In my opinion, there is no link between the dismissal of the appeals and the right to an independent prosecutor who makes the decision to appeal and acts in that appeal. I am troubled by the fact that the dismissal of the appeals could be seen as a windfall (*R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309 (*Babos*), at paragraph 43; *Regan*, above, at paragraph 211, Binnie J. (dissenting on another point)) that has no link to the constitutional right they are trying to have enforced.

[272] What would be an effective, fair and reasonable additional remedy in this case?

[273] We must consider the possibility of allowing the DMP to continue exercising powers independently from the Minister's instructions. The parties gave compelling reasons for opposing such an order. They note, with good reason, the numerous stumbling blocks posed by this possible solution, the most important of which would be that such an order is entirely contrary to Parliament's clear intention to reserve the power to appeal for the Minister, as evidenced by the recent reforms to the military justice

[268] Puisque selon l'arrêt *Demers*, précité, la suspension de l'effet de la déclaration de l'invalidité de l'article 230.1 s'applique aux intimés (*Demers*, précité, aux paragraphes 61 et 62), il faut se demander si la réparation recherchée par ceux-ci, le rejet des appels, est une solution appropriée.

[269] Contrairement à l'affirmation des intimés fondée sur l'arrêt *Powley* où la Cour suprême a affirmé « qu'il est particulièrement important de faire valoir des raisons manifestes pour justifier le sursis demandé dans les cas où une telle mesure aura pour effet de suspendre la reconnaissance d'un droit qui, comme en l'espèce, confère un moyen de défense à une accusation criminelle » (*Powley*, précité, au paragraphe 52), leur situation est ici différente.

[270] Les intimés n'ont pas nécessairement un droit à une défense donnée (*R. c. Irwin*, 107 O.A.C. 102, 1998 CanLII 2957, au paragraphe 37) ou à un résultat précis, le rejet des appels, mais plutôt à une réparation supplémentaire efficace, juste et raisonnable, ce que n'est pas, dans les circonstances, le rejet des appels.

[271] À mon avis, le rejet des appels n'a aucun lien avec le droit à un poursuivant indépendant qui prend la décision d'interjeter appel et qui agit dans le cadre de cet appel. Je suis préoccupé par le fait que le rejet des appels apparaisse comme une aubaine (*R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309 (*Babos*), au paragraphe 43; *Regan*, précité, au paragraphe 211, le juge Binnie (dissident sur un autre point)) qui n'a aucun lien avec le droit constitutionnel dont ils réclament le respect.

[272] Quelle est la réparation supplémentaire efficace, juste et raisonnable dans les circonstances de la présente affaire?

[273] Il faut aborder la possibilité de confier au DPM la continuation des pourvois d'une manière indépendante des instructions reçues du Ministre. Les parties ont fait valoir des motifs dirimants qui s'opposent à une telle ordonnance. Elles soulignent, avec raison, les nombreux écueils que pose cette éventualité. Le plus important d'entre eux étant qu'une telle ordonnance est totalement contraire à l'intention claire du Parlement de laisser le pouvoir d'interjeter appel au Ministre lors des réformes

system. Such an order poses very real problems in terms of a DMP's duty of commitment to the cause of his or her client, the Minister, regardless of the instructions received (*Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, above. The DMP's duty of commitment is to a client who does not have the necessary independence). This solution must be rejected.

[274] In practice, however, dismissing the appeals before this Court has even ruled on the merits of those appeals is tantamount to a stay of proceedings (*R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at page 148). This similarity prompts me to assess the situation with which we are confronted using the analytical framework recently set out by the Supreme Court in *Babos*, above.

[275] For this reason, the determination of whether dismissing the appeals is an effective, fair and reasonable additional remedy within the meaning of *Ferguson*, *Doucet-Boudreau* and *Demers* requires a balancing or weighing similar to the exercise described by Justice Moldaver in *Babos* in a stay of proceedings.

[276] In my opinion, dismissing the Minister's appeals would amount to an exemption from the period of suspended invalidity. Such a remedy is prohibited by *Demers*, *Ferguson* and *Carter v. Canada (Attorney General)* (2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at paragraphs 124, 125 and 129). Moreover, this result is disproportionate to the societal interest in having the merits of the appeals considered by this Court (*Babos*, at paragraph 44).

[277] The lack of an immediate remedy is not an injustice if it is possible to devise another remedy that is less drastic than a dismissal of the appeals (*Babos*, at paragraphs 39 and 40) so that an independent prosecutor might act in appeals which, when they were brought, were entirely consistent with the law then in force.

[278] In my opinion, the solution is instead to adjourn the hearing of the appeals on the merits until after the end of the period of suspended invalidity for section 230.1

récentes au système de justice militaire. Une telle ordonnance pose des problèmes aigus quant au devoir de dévouement du DPM dans la représentation de son client, le Ministre et ce, quelle que soit la nature des instructions reçues (*Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, précité. Le devoir de dévouement du DPM s'exerce à l'égard d'un client qui n'a pas l'indépendance nécessaire). Cette solution doit être rejetée.

[274] En pratique toutefois, le rejet des appels avant même que notre Cour n'ait décidé du bien fondé de ceux-ci est l'équivalent d'un arrêt de procédures (*R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, à la page 148). Cette similitude m'incite à évaluer la situation à laquelle nous sommes confrontés avec le cadre d'analyse exposé récemment par la Cour suprême dans l'arrêt *Babos*, précité.

[275] Pour cette raison, la question de savoir si le rejet des appels est une réparation additionnelle, efficace, juste et raisonnable au sens des arrêts *Ferguson*, *Doucet-Boudreau* et *Demers* justifie de procéder à une mise en balance ou une pondération similaire à celle décrite par le juge Moldaver dans l'arrêt *Babos* en matière d'arrêt des procédures.

[276] À mon avis, accorder le rejet des appels du Ministre serait équivalent à une exemption de la période de suspension de la déclaration d'invalidité. Cette réparation est interdite par les arrêts *Demers*, *Ferguson* et *Carter c. Canada (Procureur général)* (2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, aux paragraphes 124, 125 et 129). De plus, ce résultat est disproportionné à l'intérêt qu'a la société à ce que le bien-fondé des appels soit évalué par notre Cour (*Babos*, au paragraphe 44).

[277] L'absence d'une réparation immédiate n'est pas une source d'injustice s'il est possible de façonner une autre réparation moins draconienne que le rejet des appels (*Babos*, aux paragraphes 39 et 40) afin qu'un procureur indépendant agisse pour la conduite des appels qui, lorsqu'ils ont été entamés, étaient tout à fait respectueux du droit alors en vigueur.

[278] À mon avis, la solution réside plutôt dans l'ajournement de l'audition des appels au fond après la fin de la période de suspension de la déclaration d'invalidité

of the NDA. Adjournment is an appropriate remedy in other contexts, for example, in the case of a violation of the right to disclosure (*R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at paragraphs 3 and 24 to 27). I think this remedy is suited to the specific context of the present case.

[279] It is reasonable to believe that Parliament will act to find a solution and designate an independent prosecutor to exercise the prosecution's right of appeal under the NDA, one that will give the respondents the effective remedy referred to in *Ferguson*, above, a case which I mentioned above. This remedy is consistent with the approach adopted in *Demers*, above.

[280] Clearly, the timeframe for implementing this remedy is not the perfect or ideal solution, but the Constitution does not require perfect remedies (*R. v. Mills*, above, at paragraph 72).

[281] However, when we consider the nature of the claimed constitutional right, namely, the right to have an independent prosecutor exercise the right to appeal, dismissing the appeals would in my view be disproportionate to the societal interest in having appeals heard and judged on the merits. In my opinion, an assessment of the fairness of the appeal process is made not only from the point of view of the accused, but also from the point of view of society and complainants (*R. v. Mills*, at paragraph 72).

#### V. Conclusion

[282] I would dismiss the respondent's motions. Section 230.1 of the NDA should be invalidated.

[283] The declaration of invalidity should be suspended for a period of six months from the date of this judgment.

[284] The hearing of the appeals on the merits is therefore adjourned. The parties shall confer with the Chief Justice to set a new hearing date.

DESCHÊNES J.A.: I agree.

de l'article 230.1 de la LDN. L'ajournement est une réparation appropriée dans d'autres contextes, notamment dans le cas d'une violation au droit à la communication de la preuve (*R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, aux paragraphes 3 et 24 à 27). Il me semble que cette réparation est adaptée au contexte particulier de la présente affaire.

[279] Il est raisonnable de croire que le Parlement agira pour trouver une solution et désigner un poursuivant indépendant pour l'exercice du droit d'appel de la poursuite dans le cadre de la LDN, solution qui accordera aux intimés la réparation efficace qu'évoque l'arrêt *Ferguson*, précité, auquel je réfèrais antérieurement. Cette réparation est conforme à l'approche adoptée dans l'arrêt *Demers*, précité.

[280] Il est évident que le délai de mise en œuvre de cette réparation n'est pas la solution parfaite ou idéale, mais il ne s'agit pas là de l'exigence constitutionnelle (*R. c. Mills*, précité, au paragraphe 72).

[281] Cependant, si on considère la nature du droit constitutionnel revendiqué, c'est à dire, le droit à un poursuivant indépendant lors de l'exercice du droit d'appel, le rejet des appels m'apparaît disproportionné à l'intérêt de la société à ce que les appels soient entendus et évalués sur le fond. À mon avis, un processus d'appel équitable s'évalue aussi tant du point de vue de l'accusé que celui de la société et des plaignants (*R. c. Mills*, au paragraphe 72).

#### V. Conclusion

[282] Je propose le rejet des requêtes présentées par les intimés. L'article 230.1 de la LDN doit être invalidé.

[283] La déclaration d'invalidité doit être suspendue pour un délai de six mois à compter du présent jugement.

[284] L'audition des appels au fond est donc ajournée. Les parties communiqueront avec le juge en chef pour fixer une nouvelle date d'audition.

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