

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ordinary Seaman Cawthorne *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia and
Director of Criminal and Penal Prosecutions
of Quebec** *Intervenors*

- and -

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

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

and

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Corporal A.J.R. Thibault *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec and
Attorney General of
British Columbia** *Intervenors*

INDEXED AS: **R. v. CAWTHORNE**

2016 SCC 32

File Nos.: 36466, 36844.

2016: April 25; 2016: July 22.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Matelot de 3^e classe Cawthorne *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la
Colombie-Britannique et directeur
des poursuites criminelles et pénales
du Québec** *Intervenants*

- et -

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Adjudant J.G.A. Gagnon *Intimé*

et

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Caporal A.J.R. Thibault *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec et
procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. CAWTHORNE**

2016 CSC 32

N^{os} du greffe : 36466, 36844.

2016 : 25 avril; 2016 : 22 juillet.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL
APPEAL COURT OF CANADA

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

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Armed forces — Prosecutorial independence — Right to trial by independent tribunal — Members of Canadian Forces charged with criminal offences — Sections 230.1 and 245(2) of National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, giving Minister of National Defence authority to appeal from decisions of court martial or Court Martial Appeal Court — Whether these provisions violate ss. 7 and 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Forces armées — Indépendance de la poursuite — Droit d'être jugé par un tribunal indépendant — Militaires canadiens accusés d'infractions criminelles — Articles 230.1 et 245(2) de la Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, qui confèrent au ministre de la Défense nationale le pouvoir d'interjeter appel des décisions d'une cour martiale ou de la Cour d'appel de la cour martiale — Ces dispositions violent-elles les art. 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Criminal law — Trial — Evidence — Mistrial — Accused bringing motion for mistrial on basis of prejudice arising from inadmissible re-examination evidence — Whether military judge erred in declining to grant mistrial.

Droit criminel — Procès — Preuve — Annulation du procès — Requête en annulation du procès présentée par l'accusé en raison du préjudice causé par un témoignage inadmissible donné en réinterrogatoire — Le juge militaire a-t-il commis une erreur en refusant d'annuler le procès?

C was charged with two child pornography offences. At trial, defence counsel objected to re-examination evidence given by C's former girlfriend. The military judge ruled that it was inadmissible and advised the jury panel to disregard it, but C brought a motion for a mistrial on the basis of the prejudice arising from it. The military judge dismissed the motion and gave a further limiting instruction to the panel. C was found guilty. On appeal, a majority of the Court Martial Appeal Court found that the mistrial ought to have been granted and ordered a new trial. The Minister of National Defence ("Minister") appeals as of right to this Court, pursuant to s. 245(2) of the *National Defence Act*, arguing that the military judge made no error in declining to grant a mistrial. C brings a motion to quash the Minister's appeal, on the basis that s. 245(2), which gives the Minister the authority to appeal to this Court, violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

C a été accusé de deux infractions de pornographie juvénile. Au procès, l'avocat de la défense s'est opposé au témoignage donné en réinterrogatoire par l'ex-petite amie de C. Le juge militaire a décidé que ce témoignage était inadmissible et a dit au jury de ne pas en tenir compte, mais C a déposé une requête en annulation du procès en raison du préjudice causé par le témoignage. Le juge militaire a rejeté la requête et a donné au jury une autre directive restrictive. C a été déclaré coupable. En appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel de la cour martiale ont conclu que le procès aurait dû être annulé et ils ont ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le ministre de la Défense nationale (« ministre ») interjette appel de plein droit à la Cour en vertu du par. 245(2) de la *Loi sur la défense nationale*, prétendant que le juge militaire n'a pas commis d'erreur en refusant d'annuler le procès. C dépose une requête pour faire casser l'appel du ministre au motif que le par. 245(2), qui confère à ce dernier le pouvoir d'interjeter appel à la Cour, viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

G and T were each charged with sexual assault. G was acquitted and the Minister appealed, seeking a new trial. T presented a plea in bar of trial, on the basis that the matter was not under military jurisdiction because of an insufficient nexus with military service. The military judge allowed the plea and the Minister appealed. G and T brought motions to quash the Minister's appeals on the basis that s. 230.1 of the *National Defence Act*, which gives the Minister the authority to appeal to the Court Martial Appeal Court, violates s. 7 of the *Charter*. The Court Martial

G et T ont tous deux été accusés d'agression sexuelle. G a été acquitté et le ministre a interjeté appel de cette décision et demandé la tenue d'un nouveau procès. T a soulevé une fin de non-recevoir parce que l'affaire ne relevait pas de la compétence des tribunaux militaires à cause de l'insuffisance de son lien avec le service militaire. Le juge militaire a accueilli ce moyen et le ministre a interjeté appel de cette décision. G et T ont demandé par voie de requête la cassation des appels formés par le ministre, car l'art. 230.1 de la *Loi sur la défense nationale*, qui confère

Appeal Court dismissed the motions to quash but agreed that s. 230.1 should be invalidated, as it violates the right to an independent prosecutor. The Minister appeals to this Court.

Held: The motion to quash should be dismissed and the appeals should be allowed. Sections 230.1 and 245(2) of the *National Defence Act* are constitutional.

The power that ss. 230.1 and 245(2) of the *National Defence Act* confer on the Minister — that is, to initiate an appeal — may effect a deprivation of liberty. Therefore, s. 7 of the *Charter* is engaged. The law recognizes as constitutional the principle that prosecutors must not act for improper purposes, such as purely partisan motives. This principle is a basic tenet of our legal system. It safeguards the rights of the individual and the integrity of the justice system, and it satisfies the criteria to be considered a principle of fundamental justice. A prosecutor — whether it be an Attorney General, a Crown prosecutor, or some other public official exercising a prosecutorial function — has a constitutional obligation to act independently of partisan concerns and other improper motives.

The Minister, like the Attorney General or other public officials with a prosecutorial function, is entitled to a strong presumption that he exercises prosecutorial discretion independently of partisan concerns. The mere fact of the Minister's membership in Cabinet does not displace that presumption. The law presumes that the Attorney General, also a member of Cabinet, can and does set aside partisan duties in exercising prosecutorial responsibilities, and there is no compelling reason to treat the Minister differently in this regard. Accordingly, Parliament's conferral of authority over appeals in the military justice system on the Minister does not violate s. 7 of the *Charter*. As to the argument that the impugned provisions violate the right to an independent tribunal guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, it cannot succeed.

The military judge in C's case did not err in declining to grant a mistrial. Once an error has occurred at trial, a trial judge may, in deciding whether to grant a mistrial, consider whether the error has been or can be remedied at trial. The decision of whether to grant a mistrial falls within the discretion of the judge, who must assess

au ministre le pouvoir d'interjeter appel à la Cour d'appel de la cour martiale, viole l'art. 7 de la *Charte*. La Cour d'appel de la cour martiale a rejeté les requêtes en cassation, mais a convenu qu'il y a lieu d'invalider l'art. 230.1 parce qu'il viole le droit à un poursuivant indépendant. Le ministre se pourvoit devant la Cour.

Arrêt : La requête en cassation est rejetée et les pourvois sont accueillis. L'article 230.1 et le par. 245(2) de la *Loi sur la défense nationale* sont constitutionnels.

Le pouvoir que confèrent au ministre l'art. 230.1 et le par. 245(2) de la *Loi sur la défense nationale* — soit d'interjeter appel — peut entraîner une privation de liberté. Par conséquent, l'art. 7 de la *Charte* entre en jeu. Le droit reconnaît le caractère constitutionnel du principe voulant que les poursuivants n'agissent pas à des fins illégitimes, comme des motifs purement partisans. Ce principe est un précepte fondamental de notre système juridique. Il sauvegarde les droits de la personne et l'intégrité du système de justice. En outre, il satisfait aux critères de reconnaissance d'un principe de justice fondamentale. Un poursuivant — qu'il s'agisse d'un procureur général, d'un procureur du ministère public ou d'un autre fonctionnaire exerçant une fonction de poursuivant — a l'obligation constitutionnelle d'agir indépendamment de toute considération partisane et d'autres motifs illégitimes.

À l'instar du procureur général ou des autres fonctionnaires exerçant une fonction de poursuivant, le ministre a droit au bénéfice d'une forte présomption qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites indépendamment de toute considération partisane. Le simple fait que le ministre est membre du Cabinet n'écarte pas cette présomption. La loi présume que le procureur général — lui aussi membre du Cabinet — peut faire abstraction des obligations partisanses et en fait abstraction dans l'exercice de ses responsabilités de poursuivant et il n'y a aucune raison impérieuse de traiter le ministre différemment à cet égard. Par conséquent, l'octroi par le législateur au ministre d'un pouvoir sur les appels interjetés au sein du système de justice militaire ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. Quant à l'argument que les dispositions attaquées violent le droit à un tribunal indépendant garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, il ne saurait être retenu.

Le juge militaire dans l'affaire C n'a pas commis d'erreur en refusant d'annuler le procès. Lorsqu'une erreur survient au cours du procès, le juge du procès peut, pour décider s'il convient d'annuler le procès, se demander si l'erreur a été corrigée ou s'il est possible d'y remédier lors du procès. La décision d'annuler le procès ou non

whether there is a real danger that trial fairness has been compromised. That discretion is not absolute, but its exercise must not be routinely second-guessed by the court of appeal.

Cases Cited

Referred to: *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 130, 230.1, 245(2).

Authors Cited

Rosenberg, Marc. “The Attorney General and the Administration of Criminal Justice” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813.
 Scott, Ian. “Law, Policy, and the Role of the Attorney General: Constancy and Change in the 1980s” (1989), 39 *U.T.L.J.* 109.
 Sterling, Lori, and Heather Mackay. “Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions: *Krieger v. Law Society of Alberta*” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169.

MOTION to quash the appeal from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Veit, Zinn and Abra JJ.A.), 2015 CMAC 1, 472 N.R. 47, [2015] C.M.A.J. No. 1 (QL), 2015 CarswellNat 1361 (WL Can.), setting aside the accused’s convictions for possession of child pornography and accessing child pornography and ordering a new trial. Motion to quash dismissed. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Bell C.J. and Deschênes and Cournoyer JJ.A.), 2015 CMAC 2, [2015]

relève du pouvoir discrétionnaire du juge, qui doit vérifier s’il existe un danger réel que l’équité du procès ait été compromise. Ce pouvoir discrétionnaire n’est pas absolu, mais la cour d’appel doit se garder d’en mettre systématiquement l’exercice en doute après coup.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 130, 230.1, 245(2).

Doctrine et autres documents cités

Rosenberg, Marc. « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813.
 Scott, Ian. « Law, Policy, and the Role of the Attorney General : Constancy and Change in the 1980s » (1989), 39 *U.T.L.J.* 109.
 Sterling, Lori, and Heather Mackay. « Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions : *Krieger v. Law Society of Alberta* » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169.

REQUÊTE en cassation de l’appel d’un arrêt de la Cour d’appel de la cour martiale du Canada (les juges Veit, Zinn et Abra), 2015 CACM 1, 472 N.R. 47, [2015] A.C.A.C. n° 1 (QL), 2015 CarswellNat 5288 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité de possession de pornographie juvénile et d’accès à la pornographie juvénile prononcées contre l’accusé et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Requête en cassation rejetée. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la cour martiale du Canada (le juge en chef Bell et les juges Deschênes et Cournoyer), 2015 CACM 2,

C.M.A.J. No. 2 (QL), 2015 CarswellNat 7156 (WL Can.), declaring invalid s. 230.1 of the *National Defence Act*. Appeal allowed.

David Antonyshyn, Dylan Kerr and B. W. MacGregor, for the appellant.

Mark Létourneau and Jean-Bruno Cloutier, for the respondents.

François Lacasse and Ginette Gobeil, for the intervener the Attorney General of Canada.

Patrick J. Monahan and Jamie Klukach, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Sylvain Leboeuf, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Joyce DeWitt-Van Oosten, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Joanne Marceau and Patrick Michel, for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] These appeals present two issues. First, do provisions of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, giving the Minister of National Defence (“Minister”) the authority to appeal from decisions of a court martial or the Court Martial Appeal Court violate ss. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? Second, did the military judge in the Cawthorne matter err in declining to grant a mistrial?

[2015] A.C.A.C. n° 2 (QL), 2015 CarswellNat 9263 (WL Can.), qui a déclaré invalide l’art. 230.1 de la *Loi sur la défense nationale*. Pourvoi accueilli.

David Antonyshyn, Dylan Kerr et B. W. MacGregor, pour l’appelante.

Mark Létourneau et Jean-Bruno Cloutier, pour les intimés.

François Lacasse et Ginette Gobeil, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Patrick J. Monahan et Jamie Klukach, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Sylvain Leboeuf, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Joyce DeWitt-Van Oosten, c.r., pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Joanne Marceau et Patrick Michel, pour l’intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Les présents pourvois soulèvent deux questions. Premièrement, les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5, qui confèrent au ministre de la Défense nationale (« ministre ») le pouvoir d’interjeter appel des décisions d’une cour martiale ou de la Cour d’appel de la cour martiale violent-elles l’art. 7 ou l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Deuxièmement, dans l’affaire Cawthorne, le juge militaire a-t-il commis une erreur en refusant d’annuler le procès?

II. Background

A. *Ordinary Seaman Cawthorne*

[2] In July 2012, Ordinary Seaman Cawthorne was on exercise near Hawaii. On July 20, an able seaman found an iPhone on board the ship. To determine the owner of the phone, the seaman swiped the screen. He saw an image of a man having sex with a child. The seaman took the phone to a superior. The phone belongs to O.S. Cawthorne.

[3] O.S. Cawthorne was charged with two child pornography offences under s. 130 of the *National Defence Act*. O.S. Cawthorne did not contest ownership of the phone, nor did he deny accessing and possessing pornographic images of teenage girls. He testified, however, that his practice was to download an entire thread of pornographic images, without reviewing each image individually. He claimed that his download of the child pornography was inadvertent, and that he had not knowingly possessed or accessed child pornography.

[4] O.S. Cawthorne's former girlfriend testified for the prosecution at trial. During her examination-in-chief, she testified about several conversations she had with him. She stated that he told her that he had been arrested "for having inappropriate images on his phone". She also asked him what types of images were on his phone. When asked if she recalled his answer, her response was the following: "He said they were children and I believe that he said they were both male and female."

[5] In brief cross-examination, she was asked whether her conversations with O.S. Cawthorne amounted to his merely advising her of the allegations against him (i.e., as opposed to his admitting culpability). She agreed.

[6] In re-examination, she was asked, "During any of those conversations, do you recall him

II. Contexte

A. *Matelot de 3^e classe Cawthorne*

[2] En juillet 2012, le matelot de 3^e classe Cawthorne participait à un exercice près d'Hawaii. Le 20 juillet, un matelot de 2^e classe a trouvé un iPhone à bord du navire. Cherchant à savoir qui en était le propriétaire, le matelot a glissé son doigt sur l'écran. Il a alors vu l'image d'un homme ayant des rapports sexuels avec un enfant. Le matelot a remis le téléphone à un supérieur. Le téléphone appartient au mat 3 Cawthorne.

[3] Le mat 3 Cawthorne a été accusé de deux infractions de pornographie juvénile en application de l'art. 130 de la *Loi sur la défense nationale*. Le mat 3 Cawthorne n'a pas nié que le téléphone lui appartenait ni qu'il accédait à des images pornographiques d'adolescentes et qu'il en possédait. Il a cependant déclaré qu'il avait l'habitude de télécharger un fil complet d'images pornographiques sans examiner chacune d'elles individuellement. Il a prétendu avoir téléchargé de la pornographie juvénile par inadvertance et qu'il n'avait pas sciemment accédé à de la pornographie juvénile ou été en possession de pornographie juvénile.

[4] Au procès, l'ex-petite amie du mat 3 Cawthorne a témoigné pour la poursuite. Au cours de son interrogatoire principal, elle a parlé de plusieurs conversations qu'elle avait eues avec l'accusé. Selon elle, il lui a dit qu'il avait été arrêté [TRADUCTION] « parce que des images inappropriées se trouvaient sur son téléphone ». Elle lui a demandé de quel type d'images il s'agissait. Lorsqu'on lui a demandé si elle se souvenait de la réponse de l'accusé, elle a répondu : « Il a dit que c'étaient des enfants et je crois qu'il a dit que c'étaient des garçons et des filles. »

[5] Durant un bref contre-interrogatoire, on lui a demandé si, dans les conversations qu'elle avait eues avec le mat 3 Cawthorne, ce dernier s'était contenté de l'informer des faits qui lui étaient reprochés (c.-à-d. plutôt que d'admettre sa culpabilité). Elle a répondu par l'affirmative.

[6] En réinterrogatoire, on lui a demandé : [TRADUCTION] « Pendant ces conversations, vous

saying that he did in fact do these things?” She said: “Yes.”

[7] Defence counsel objected, and the military judge ruled that her evidence on re-examination was inadmissible because it did not arise from cross-examination. The military judge advised the jury panel to disregard the question and answer.

[8] The defence then brought a motion for a mistrial on the basis of the prejudice arising from the inadmissible re-examination evidence. The military judge dismissed the motion and gave a further limiting instruction to the panel:

. . . I further instruct you that you shall not draw any inference against the accused . . . from that inadmissible evidence because it is both unreliable and prejudicial. I therefore instruct you to completely and absolutely ignore the inadmissible evidence and that you shall evacuate from your mind anything about it.

[9] The panel returned a verdict of guilty on both counts charged.

[10] A majority of the Court Martial Appeal Court found that the mistrial ought to have been granted. The court allowed O.S. Cawthorne’s appeal and ordered a new trial (2015 CMAC 1, 472 N.R. 47).

[11] The Minister appeals as of right to this Court, pursuant to s. 245(2)(a) of the *National Defence Act*. The Minister argues that the military judge made no error in declining to grant a mistrial. O.S. Cawthorne seeks to quash the Minister’s appeal on the basis that s. 245(2) violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

B. *Warrant Officer Gagnon and Corporal Thibault*

[12] Warrant Officer Gagnon and Corporal Thibault were each charged with sexual assault.

[13] Warrant Officer Gagnon was acquitted. The Minister appealed to seek a new trial, on the basis that the military judge erred by putting the defence

rappelez-vous s’il a dit qu’il avait vraiment fait ces choses? » Elle a répondu : « Oui. »

[7] L’avocat de la défense s’y est opposé et le juge militaire a décidé que la réponse du témoin en réinterrogatoire était inadmissible parce qu’elle ne découlait pas du contre-interrogatoire. Le juge militaire a dit au jury de ne pas tenir compte de la question et de la réponse.

[8] La défense a alors déposé une requête en annulation du procès en raison du préjudice causé par la réponse inadmissible donnée lors du réinterrogatoire. Le juge militaire a rejeté la requête et a donné au jury une autre directive restrictive :

[TRADUCTION] . . . je vous donne aussi comme directive de ne pas tirer une conclusion défavorable à l’accusé [. . .] de cette preuve inadmissible, parce que celle-ci est à la fois non digne de foi et préjudiciable. Je vous donne donc comme directive de ne tenir aucunement compte de la preuve inadmissible et de ne plus penser à tout ce qui s’y rapporte.

[9] Le jury a rendu un verdict de culpabilité à l’égard des deux chefs d’accusation.

[10] Les juges majoritaires de la Cour d’appel de la cour martiale ont conclu que le procès aurait dû être annulé. La cour a accueilli l’appel du mat 3 Cawthorne et ordonné la tenue d’un nouveau procès (2015 CACM 1).

[11] Le ministre interjette appel de plein droit à la Cour en vertu de l’al. 245(2)a) de la *Loi sur la défense nationale*. Il prétend que le juge militaire n’a pas commis d’erreur en refusant d’annuler le procès. Le mat 3 Cawthorne demande la cassation de l’appel du ministre au motif que le par. 245(2) viole l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*.

B. *Adjudant Gagnon et caporal Thibault*

[12] L’adjudant Gagnon et le caporal Thibault ont tous deux été accusés d’agression sexuelle.

[13] L’adjudant Gagnon a été acquitté. Le ministre a interjeté appel de cette décision et demandé la tenue d’un nouveau procès, parce que le juge

of honest but mistaken belief in consent to the panel.

[14] Corporal Thibault presented a plea in bar of trial, claiming that the matter was not under military jurisdiction because of an insufficient nexus with military service. The military judge allowed the plea (2015 CM 1001). The Minister appealed.

[15] Warrant Officer Gagnon and Corporal Thibault brought motions to quash the Minister's appeals on the basis that s. 230.1 of the *National Defence Act*, which gives the Minister the authority to appeal to the Court Martial Appeal Court, violates s. 7 of the *Charter*.

[16] The Court Martial Appeal Court dismissed the motions to quash but agreed that s. 230.1 of the *National Defence Act* should be invalidated. It found that the law's conferral of the authority to appeal on the Minister violates the right to an independent prosecutor, which it held is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* (2015 CMAc 2).

III. The Challenged Legislation

[17] Sections 230.1 and 245(2) of the *National Defence Act* provide the following:

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;
- (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;

militaire a commis une erreur en soumettant au jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

[14] Le caporal Thibault a soulevé une fin de non-recevoir, prétendant que l'affaire ne relevait pas de la compétence des tribunaux militaires à cause de l'insuffisance de son lien avec le service militaire. Le juge militaire a accueilli ce moyen (2015 CM 1001). Le ministre a interjeté appel de cette décision.

[15] L'adjudant Gagnon et le caporal Thibault ont demandé par voie de requête la cassation des appels formés par le ministre, car l'art. 230.1 de la *Loi sur la défense nationale*, qui confère au ministre le pouvoir d'interjeter appel à la Cour d'appel de la cour martiale, viole l'art. 7 de la *Charte*.

[16] La Cour d'appel de la cour martiale a rejeté les requêtes en cassation, mais a convenu qu'il y a lieu d'invalider l'art. 230.1 de la *Loi sur la défense nationale*. Elle a conclu que le pouvoir de faire appel conféré par la loi au ministre viole le droit à un poursuivant indépendant, droit qui constitue, selon elle, un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* (2015 CACM 2).

III. Les dispositions législatives contestées

[17] L'article 230.1 et le par. 245(2) de la *Loi sur la défense nationale* disposent :

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) 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) 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).

245 . . .

(2) The Minister, or counsel instructed by the Minister for that purpose, may appeal to the Supreme Court of Canada against a decision of the Court Martial Appeal Court

(a) on any question of law on which a judge of the Court Martial Appeal Court dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

IV. Analysis

A. *Is the Conferral of the Authority to Appeal on the Minister of National Defence Unconstitutional?*

[18] The main question on these appeals is whether provisions of the *National Defence Act* that give the Minister the authority to appeal from decisions of a court martial or Court Martial Appeal Court infringe the right to liberty under s. 7 of the *Charter*, and if so, whether the limitation is justified under s. 1 of the *Charter*. It is also argued that the law infringes the right to trial by an independent tribunal under s. 11(d) of the *Charter*.

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).

245 . . .

(2) Le ministre ou un avocat à qui il a donné des instructions à cette fin peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada d'une décision de la Cour d'appel de la cour martiale sur toute question de droit, dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

a) un juge de la Cour d'appel de la cour martiale exprime son désaccord à cet égard;

b) l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême.

IV. Analyse

A. *L'octroi au ministre de la Défense nationale du pouvoir d'interjeter appel est-il inconstitutionnel?*

[18] La principale question soulevée dans les présents pourvois est celle de savoir si les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* qui confèrent au ministre le pouvoir d'interjeter appel des décisions d'une cour martiale ou de la Cour d'appel de la cour martiale portent atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si l'atteinte est justifiée par application de l'article premier de la *Charte*. Ces dispositions portent également atteinte, soutient-on, au droit, garanti à l'al. 11d) de la *Charte*, d'être jugé par un tribunal indépendant.

[19] Section 7 of the *Charter* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[20] The power that ss. 230.1 and 245(2) of the *National Defence Act* confer on the Minister — that is, to initiate an appeal — may effect a deprivation of liberty. Section 7 is engaged.

[21] The next question is whether the deprivation of liberty conforms to the principles of fundamental justice. If it does not, the law violates s. 7.

[22] The answer is found in this Court’s jurisprudence on prosecutorial independence and abuse of process. It establishes, as a matter of constitutional law, that partisan or other improper considerations must not influence prosecutorial decisions.

[23] Our cases on prosecutorial independence tend to discuss this principle in the context of the role of the Attorney General. In *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, Iacobucci and Major JJ., writing for the Court, noted that there is a “constitutional principle in this country that the Attorney General must act independently of partisan concerns when supervising prosecutorial decisions”: para. 30. Charron J. reiterated this point in *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, describing the independence of the Attorney General as a “constitutionally entrenched” principle that “requires that the Attorney General act independently of political pressures from government”: para. 46. But the logic of these statements clearly extends to Crown prosecutors and other public officials exercising a prosecutorial function. Indeed, both *Krieger* and *Miazga* cited with approval Binnie J.’s reasons (dissenting on another point) in *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 157, where he remarked that a Crown Attorney’s duty “to respect his or her ‘Minister of Justice’ obligations of objectivity and independence” easily

[19] L’article 7 de la *Charte* dispose :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[20] Le pouvoir que confèrent au ministre l’art. 230.1 et le par. 245(2) de la *Loi sur la défense nationale* — soit d’interjeter appel — peut entraîner une privation de liberté. L’article 7 entre en jeu.

[21] La question suivante est celle de savoir si la privation de liberté respecte les principes de justice fondamentale. Si elle ne les respecte pas, les dispositions violent l’art. 7.

[22] La réponse se trouve dans la jurisprudence de la Cour sur l’indépendance de la poursuite et l’abus de procédure. Cette jurisprudence établit qu’en droit constitutionnel, les considérations partisans ou autres considérations illégitimes ne doivent pas influencer les décisions d’un procureur du ministère public.

[23] Notre jurisprudence relative à l’indépendance de la poursuite tend à analyser ce principe sous l’angle du rôle joué par le procureur général. S’exprimant au nom de la Cour dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, les juges Iacobucci et Major ont souligné que « [d]ans notre pays, un principe constitutionnel veut que le procureur général agisse indépendamment de toute considération partisane lorsqu’il supervise les décisions d’un procureur du ministère public » (par. 30). La juge Charron a repris cette idée dans *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339, décrivant l’indépendance du procureur général comme un principe « consacré[é] par la Constitution » qui « veut que le procureur général agisse indépendamment de toute pression politique du gouvernement » (par. 46). Or, la logique de ces affirmations s’étend clairement aux procureurs du ministère public et aux autres fonctionnaires exerçant une fonction de poursuivant. D’ailleurs, les arrêts *Krieger* et *Miazga* citent tous deux avec approbation les motifs du juge Binnie (dissentant sur un autre point) dans *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002]

met the criteria for a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

[24] These cases establish that a prosecutor — whether it be an Attorney General, a Crown prosecutor, or some other public official exercising a prosecutorial function — has a constitutional obligation to act independently of partisan concerns and other improper motives: see generally L. Sterling and H. Mackay, “Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions: *Krieger v. Law Society of Alberta*” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169, at p. 170; see also M. Rosenberg, “The Attorney General and the Administration of Criminal Justice” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813, at pp. 832-36.

[25] This principle is also reflected in this Court’s abuse of process jurisprudence. We have long recognized that the Crown’s unfair or oppressive treatment of an accused can rise to the level of an abuse of the court’s process and warrant judicial intervention: see *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at pp. 612-15. Both the common law and s. 7 of the *Charter* empower a court to stay proceedings

where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community’s sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court’s process through oppressive or vexatious proceedings.

(*R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at pp. 136-37, quoted in *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at p. 455.)

Those principles of justice may be violated where there is “conspicuous evidence of improper motives or of bad faith” on the Crown’s part: *Power*, at p. 616.

1 R.C.S. 297, par. 157, où il a fait remarquer que le devoir d’un procureur de la Couronne « de s’acquitter de ses obligations d’objectivité et d’indépendance de “représentant de la justice” » répondait aisément aux critères de reconnaissance d’un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte*.

[24] Cette jurisprudence établit qu’un poursuivant — qu’il s’agisse d’un procureur général, d’un procureur du ministère public ou d’un autre fonctionnaire exerçant une fonction de poursuivant — a l’obligation constitutionnelle d’agir indépendamment de toute considération partisane et d’autres motifs illégitimes (voir, de façon générale, L. Sterling et H. Mackay, « Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions : *Krieger v. Law Society of Alberta* » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169, p. 170; voir aussi M. Rosenberg, « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813, p. 832-836).

[25] Ce principe se dégage aussi de la jurisprudence de la Cour sur l’abus de procédure. Nous reconnaissons depuis longtemps que le traitement injuste ou oppressif réservé par le ministère public à un accusé peut constituer un abus des procédures de la cour et justifier une intervention judiciaire (voir *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 612-615). La common law et l’art. 7 de la *Charte* habilite tous deux la cour à suspendre l’instance

lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société, ainsi que pour empêcher l’abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire.

(*R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, p. 136-137, cité dans *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, p. 455.)

Il peut y avoir violation de ces principes de justice si la « preuve démontre clairement l’existence de motifs illégitimes [ou] de mauvaise foi » de la part du ministère public (*Power*, p. 616).

[26] I conclude that the law recognizes as constitutional the principle that prosecutors must not act for improper purposes, such as purely partisan motives. This principle is a basic tenet of our legal system. It safeguards the rights of the individual and the integrity of the justice system. And it satisfies the criteria for a principle of fundamental justice identified in *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 113, and *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 8. This principle is, accordingly, a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

[27] I emphasize that the scope of “partisan” in this context is narrow. “Partisan” is not broadly synonymous with “political”. An Attorney General — like other public officials exercising a prosecutorial function — is a “protector of the public interest”: Sterling and Mackay, at p. 179. As L’Heureux-Dubé J. explained in *Power*, at p. 616:

... the Attorney General is a member of the executive and as such reflects, through his or her prosecutorial function, the interest of the community to see that justice is properly done. The Attorney General’s role in this regard is not only to protect the public, but also to honour and express the community’s sense of justice. Accordingly, courts should be careful before they attempt to “second-guess” the prosecutor’s motives when he or she makes a decision.

[28] Decisions to prosecute (or to not prosecute) can have broad social repercussions, and regard for those repercussions properly informs prosecutorial discretion: Sterling and Mackay, at p. 179; Rosenberg, at pp. 821-22, fn. 24. It is not open to a court to scrutinize this exercise of discretion, or to question a prosecutor’s particular conception of the public interest. A government policy of strict prosecution of certain offences, if motivated by concerns for the public interest, does not offend s. 7. It is only when the considerations underlying a prosecution are partisan — that is, when a prosecutor acts not for the public good, but “for the good of the

[26] Je conclus que le droit reconnaît le caractère constitutionnel du principe voulant que les poursuivants n’agissent pas à des fins illégitimes, comme des motifs purement partisans. Ce principe est un précepte fondamental de notre système juridique. Il sauvegarde les droits de la personne et l’intégrité du système de justice. En outre, il satisfait aux critères de reconnaissance d’un principe de justice fondamentale qui sont énoncés dans *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 113, et *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 8. Il s’agit par conséquent d’un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte*.

[27] Je tiens à souligner que le mot « partisan » a une portée restreinte dans ce contexte. Le mot « partisan » n’est pas, au sens large, synonyme de « politique ». Le procureur général, tout comme les autres fonctionnaires exerçant une fonction de poursuivant, est un [TRADUCTION] « défenseur de l’intérêt public » (Sterling et Mackay, p. 179). Comme l’a expliqué la juge L’Heureux-Dubé dans *Power*, p. 616 :

... le procureur général est un représentant de l’exécutif et, à ce titre, il reflète, de par sa fonction de poursuivant, l’intérêt de la collectivité à faire en sorte que justice soit adéquatement rendue. Le rôle du procureur général à cet égard consiste non seulement à protéger le public, mais également à honorer et à exprimer le sens de justice de la collectivité. Aussi, les tribunaux devraient-ils être prudents avant de s’adonner à des conjectures rétrospectivement sur les motifs qui poussent le poursuivant à prendre une décision.

[28] Les décisions de poursuivre ou non peuvent avoir de vastes répercussions sur le plan social et la prise en compte de ces répercussions guide à juste titre le poursuivant dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire (Sterling et Mackay, p. 179; Rosenberg, p. 821-822, note de bas de page 24). Il n’est pas loisible à un tribunal d’examiner minutieusement l’exercice de ce pouvoir ou de mettre en question la conception particulière qu’un poursuivant se fait de l’intérêt public. Une politique gouvernementale prévoyant la poursuite stricte de certaines infractions ne contrevient pas à l’art. 7 si elle est motivée par un souci de l’intérêt public. Ce

government of the day” — that a court’s intervention is warranted: *Sterling and Mackay*, at p. 179, citing I. Scott, “Law, Policy, and the Role of the Attorney General: Constancy and Change in the 1980s” (1989), 39 *U.T.L.J.* 109, at p. 121.

[29] Whether a prosecutor’s purposes are “improper” will depend on the facts of the case. It would be impossible to exhaustively define all considerations that are improper in the context of a prosecution, but our abuse of process decisions provide some guidance on that issue. These decisions indicate that, whatever the circumstances of the particular case, the bar for finding that a prosecutor’s conduct was prompted by an improper motive is rightly very high.

[30] Recognition of this principle as one of fundamental justice does not affect the existing and well-developed doctrine of abuse of process; indeed, the two are integrally related. Claims of improper prosecutorial conduct, including partisan-motivated conduct, will continue to be brought and assessed under the doctrine of abuse of process, which determines the standard for improper conduct and the appropriate remedy: see *Power*, at pp. 615-16; *O’Connor*, at pp. 465-68.

[31] There is no evidence of any improper prosecutorial conduct in the cases before us. But the respondents say such evidence is unnecessary. In their view, the principle of prosecutorial independence requires both that a prosecutor be independent *and* that a reasonable person perceive him or her as independent. The Minister, they say, is independent neither in fact nor in appearance. They emphasize that the Minister is a member of Cabinet not bound by the conventions of independence that apply to the Attorney General, and that the Minister’s “quasi-judicial” role is incompatible with his control and administration of the Canadian Forces. Accordingly,

n’est que lorsque les considérations sous-tendant une poursuite sont partisanses, soit lorsqu’un poursuivant agit non pas pour le bien public, mais [TRADUCTION] « pour le bien du gouvernement au pouvoir », que l’intervention d’un tribunal est justifiée (*Sterling et Mackay*, p. 179, citant I. Scott, « Law, Policy, and the Role of the Attorney General : Constancy and Change in the 1980s » (1989), 39 *U.T.L.J.* 109, p. 121).

[29] Pour ce qui est de savoir si les objectifs d’un poursuivant sont « illégitimes », cela dépend des faits en cause. Il serait impossible de définir de façon exhaustive toutes les considérations qui sont illégitimes dans le contexte d’une poursuite, mais notre jurisprudence en matière d’abus de procédure fournit certaines indications sur ce point. Cette jurisprudence indique que, quelles que soient les circonstances de l’affaire en cause, la barre à atteindre pour conclure que la conduite d’un poursuivant était motivée par un motif illégitime est très haute avec raison.

[30] Reconnaître que ce principe en est un de justice fondamentale ne modifie pas la doctrine actuelle et bien établie de l’abus de procédure; en fait, les deux font partie intégrante l’un de l’autre. Les allégations de conduite irrégulière du poursuivant, notamment de conduite partisane, seront encore présentées et évaluées en fonction de la doctrine de l’abus de procédure, qui établit la norme applicable pour établir l’existence d’une conduite irrégulière ainsi que la réparation convenable (voir *Power*, p. 615-616; *O’Connor*, p. 465-468).

[31] Aucune preuve n’indique que les poursuivants ont agi irrégulièrement dans les affaires qui nous occupent. Les intimés disent toutefois qu’une telle preuve n’est pas nécessaire. À leur avis, le principe de l’indépendance de la poursuite requiert à la fois que le poursuivant soit indépendant *et* qu’une personne raisonnable le perçoive ainsi. Le ministre, disent-ils, n’est indépendant ni dans les faits, ni en apparence. Ils soulignent que le ministre est un membre du Cabinet qui n’est pas lié par les conventions d’indépendance applicables au procureur général, et que le rôle « quasi judiciaire » du ministre est incompatible avec les fonctions de

the respondents argue that the law's conferral on the Minister of authority over appeals in the military justice system violates s. 7 of the *Charter*.

[32] I cannot agree. The Minister, like the Attorney General or other public officials with a prosecutorial function, is entitled to a strong presumption that he exercises prosecutorial discretion independently of partisan concerns. The mere fact of the Minister's membership in Cabinet does not displace that presumption. Indeed, the law presumes that the Attorney General — also a member of Cabinet — can and does set aside partisan duties in exercising prosecutorial responsibilities. There is no compelling reason to treat the Minister differently in this regard.

[33] It follows that Parliament's conferral of authority over appeals in the military justice system on the Minister does not violate s. 7 of the *Charter*.

[34] It is conceivable that a statute could create a prosecutorial framework that genuinely casts doubt on a prosecutor's independence, for example, by requiring the prosecutor to take partisan or other improper considerations into account in the exercise of prosecutorial discretion. But short of such a statutory regime, and in the absence of "conspicuous evidence" of partisan conduct in a particular case, there is no violation of s. 7 of the *Charter*.

[35] The respondents did not press the argument that the law violates s. 11(d) of the *Charter*, except to suggest that an abusive prosecution may taint the entire judicial process. In my view, the argument that the law violates the right to an independent tribunal cannot succeed.

[36] I conclude, accordingly, that the impugned provisions of the *National Defence Act* do not violate s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*.

contrôle et d'administration qu'il exerce à l'égard des Forces armées canadiennes. En conséquence, les intimés soutiennent que l'octroi par la loi au ministre d'un pouvoir sur les appels interjetés au sein du système de justice militaire viole l'art. 7 de la *Charte*.

[32] Je ne peux partager cet avis. À l'instar du procureur général ou des autres fonctionnaires exerçant une fonction de poursuivant, le ministre a droit au bénéfice d'une forte présomption qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites indépendamment de toute considération partisane. Le simple fait que le ministre est membre du Cabinet n'écarte pas cette présomption. En effet, la loi présume que le procureur général — lui aussi membre du Cabinet — peut faire abstraction des obligations partisans et en fait abstraction dans l'exercice de ses responsabilités de poursuivant. Il n'y a aucune raison impérieuse de traiter le ministre différemment à cet égard.

[33] Par conséquent, l'octroi par le législateur au ministre d'un pouvoir sur les appels interjetés au sein du système de justice militaire ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

[34] Il se peut qu'une loi instaure un cadre de poursuite qui jette réellement un doute sur l'indépendance d'un poursuivant, par exemple en exigeant de lui qu'il tienne compte de considérations partisans ou d'autres considérations illégitimes dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Mais faute d'un tel régime législatif et à défaut d'une « preuve [qui] démontre clairement » l'existence d'une conduite partisane dans un cas donné, il n'y a pas violation de l'art. 7 de la *Charte*.

[35] Les intimés n'ont pas plaidé que la loi viole l'al. 11d) de la *Charte*, si ce n'est qu'en laissant entendre qu'une poursuite abusive peut vicier l'intégralité du processus judiciaire. À mon avis, l'argument voulant que la loi viole le droit à un tribunal indépendant ne saurait être retenu.

[36] Je conclus donc que les dispositions contestées de la *Loi sur la défense nationale* ne violent ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*.

B. *Did the Military Judge in the Cawthorne Matter Err in Declining to Grant a Mistrial?*

[37] The Crown says that the Court Martial Appeal Court should not have disturbed the military judge's considered decision to not grant a mistrial. It argues that the evidence of O.S. Cawthorne's former girlfriend was not inadmissible, but that even if it was, the military judge correctly applied the proper law. The respondent says that the inadmissibility of the evidence is not properly before this Court, and further that the military judge erred in dismissing the motion for a mistrial.

[38] I would give effect to this ground of appeal. Even if the evidence in question was inadmissible, of which I am not convinced, the military judge did not err in declining to grant a mistrial.

[39] The legal principles on the granting of a mistrial were discussed by LeBel J. in his reasons in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823. Once an error has occurred at trial, a trial judge may, in deciding whether to grant a mistrial, consider whether the error has been or can be remedied at trial: para. 79. The decision of whether to grant a mistrial "falls within the discretion of the judge, who must assess whether there is a real danger that trial fairness has been compromised": *ibid.* That discretion is not absolute, but "its exercise must not be routinely second-guessed by the court of appeal": *ibid.*

[40] The majority of the Court Martial Appeal Court did not ask itself whether the judge had erred in declining to grant a mistrial, but instead focused on the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The curative proviso applies only when an error has been established. The issue on appeal is the following: Did the military judge commit a reviewable error in declining to grant a mistrial? Only if the answer to that question is yes do we turn to the curative proviso.

B. *Dans l'affaire Cawthorne, le juge militaire a-t-il commis une erreur en refusant d'annuler le procès?*

[37] Le ministère public affirme que la Cour d'appel de la cour martiale n'aurait pas dû modifier la décision réfléchie du juge militaire de ne pas annuler le procès. Il soutient que le témoignage de l'ex-petite amie du mat 3 Cawthorne n'était pas inadmissible, et que même s'il l'était, le juge militaire a correctement appliqué les bonnes règles de droit. L'intimé affirme que la Cour n'est pas saisie à bon droit de la question de l'inadmissibilité du témoignage et ajoute que le juge militaire a commis une erreur en rejetant la requête en annulation du procès.

[38] Je suis d'avis de faire droit à ce moyen d'appel. Même si le témoignage en cause était inadmissible, ce dont je ne suis pas convaincue, le juge militaire n'a pas commis d'erreur en refusant d'annuler le procès.

[39] Les principes juridiques relatifs à l'annulation d'un procès ont été examinés par le juge LeBel dans les motifs qu'il a rédigés dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823. Lorsqu'une erreur survient au cours du procès, le juge du procès peut, pour décider s'il convient d'annuler le procès, se demander si l'erreur a été corrigée ou s'il est possible d'y remédier lors du procès (par. 79). La décision d'annuler le procès ou non « relève du pouvoir discrétionnaire du juge, qui doit vérifier s'il existe un danger réel que l'équité du procès ait été compromise » (*ibid.*). Ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu, mais « la cour d'appel doit se garder d'en mettre systématiquement l'exercice en doute après coup » (*ibid.*).

[40] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la cour martiale ne se sont pas demandé si le juge avait commis une erreur en refusant d'annuler le procès. Ils se sont plutôt concentrés sur la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. La disposition réparatrice ne s'applique que lorsqu'une erreur est établie. La question en litige est la suivante : Le juge militaire a-t-il commis une erreur susceptible de révision en refusant d'annuler le procès? Ce n'est que

The Court Martial Appeal Court erred in failing to ask itself the right question: see *Khan*, at para. 19, per Arbour J.

[41] In my view, the military judge did not err in declining to grant the motion for a mistrial. As LeBel J. stated in *Khan*, at paras. 80-82:

A decision on whether an incident has affected trial fairness in a way which would warrant declaring a mistrial must take into account any corrective measure which has been brought, or could be brought, by the judge to remedy the irregularity

Thus, when a trial judge realizes that an error has occurred but decides not to order a mistrial, the court should consider the remedy selected by the judge, if any, as one of the elements in its assessment of whether the trial has been or has appeared unfair. If the remedy chosen by the judge consisted of a warning to the jury on what they should or should not consider in reaching their verdict, the ability of a jury to follow instructions must be recognized, although this reality is obviously subject to its own limits. . . .

Thus, we should not presume that jurors are incapable of following instructions given by the judge. On the contrary, when the judge issues a clear and forceful warning about the use of some information, we are entitled to presume that it diminishes the danger that the jury will misuse this information when rendering its verdict. [Emphasis added.]

[42] Here, the decision not to grant a mistrial was within the military judge's discretion. He made a reasonable attempt to remedy the error through two instructions, one immediate and another mid-trial. In his mid-trial instruction, he instructed the panel to disregard the evidence because it was both "unreliable and prejudicial". Nothing suggested to the judge that the panel was unwilling or unlikely to follow his instruction. I would not interfere with his decision.

si la réponse à cette question est affirmative que nous pouvons recourir à la disposition réparatrice. La Cour d'appel de la cour martiale a fait erreur en ne se posant pas la bonne question (voir *Khan*, par. 19, la juge Arbour).

[41] À mon avis, le juge militaire n'a pas commis d'erreur en refusant de faire droit à la requête en annulation du procès. Comme l'a dit le juge LeBel dans l'arrêt *Khan*, par. 80-82 :

Pour décider si un incident a porté atteinte à l'équité du procès de manière à en justifier l'annulation, il faut tenir compte de toute mesure réparatrice que le juge a prise ou pouvait prendre afin de remédier à l'irrégularité

Par conséquent, lorsque le juge du procès se rend compte d'une erreur commise sans pour autant décider d'annuler le procès, la cour devrait considérer la réparation choisie par le juge, le cas échéant, comme l'un des éléments à prendre en compte pour déterminer si le procès a été ou a paru inéquitable. Si la réparation choisie par le juge consiste en une mise en garde au jury sur ce que celui-ci devrait ou ne devrait pas prendre en considération pour rendre son verdict, il faut reconnaître la capacité du jury de suivre des directives même s'il va de soi que, dans les faits, cette capacité a des limites qui lui sont inhérentes. . . .

Nous ne devons donc pas présumer que les jurés sont incapables de suivre les directives données par le juge. Au contraire, lorsque le juge fait une mise en garde claire et ferme sur l'utilisation de certains renseignements, nous pouvons présumer que le risque que le jury fasse mauvais usage de ces renseignements pour rendre son verdict s'en trouve réduit. [Je souligne.]

[42] Ici, la décision de ne pas annuler le procès relevait du pouvoir discrétionnaire du juge militaire. Ce dernier a raisonnablement tenté de remédier à l'erreur en donnant deux directives, une première sur-le-champ et une autre à mi-procès. Dans cette dernière directive, il a demandé au jury de ne pas tenir compte du témoignage en question parce qu'il était à la fois [TRADUCTION] « non digne de foi et préjudiciable ». Rien ne laissait croire au juge que le jury n'était pas disposé à respecter cette directive ou qu'il n'allait vraisemblablement pas la respecter. Je suis d'avis de ne pas modifier sa décision.

V. Conclusion

[43] In the Cawthorne matter, I would dismiss O.S. Cawthorne's motion to quash the appeal. Section 245(2) of the *National Defence Act* is constitutional. The Minister's appeal is allowed and the convictions entered at trial against O.S. Cawthorne are reinstated.

[44] In the Gagnon and Thibault matter, I would allow the Minister's appeal. Section 230.1 of the *National Defence Act* is constitutional. The matter is remitted to the Court Martial Appeal Court for the hearing of the appeals on the merits.

Motion to quash appeal dismissed. Appeals allowed.

Solicitor for the appellant: Canadian Military Prosecution Service, Ottawa.

Solicitor for the respondents: Defence Counsel Services, Gatineau.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec: Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec, Québec.

V. Conclusion

[43] Dans l'affaire Cawthorne, je suis d'avis de rejeter la requête en cassation de l'appel présentée par le mat 3 Cawthorne. Le paragraphe 245(2) de la *Loi sur la défense nationale* est constitutionnel. Le pourvoi du ministre est accueilli et les déclarations de culpabilité inscrites à l'issue du procès contre le mat 3 Cawthorne sont rétablies.

[44] Dans l'affaire Gagnon et Thibault, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministre. L'article 230.1 de la *Loi sur la défense nationale* est constitutionnel. L'affaire est renvoyée à la Cour d'appel de la cour martiale pour qu'elle entende les appels sur le fond.

Requête en cassation de l'appel rejetée. Pourvois accueillis.

Procureur de l'appelante : Service canadien des poursuites militaires, Ottawa.

Procureur des intimés : Service d'avocats de la défense, Gatineau.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.