

Federal Court



Cour fédérale

Date : 20090916

Dossier : T-1685-08

Référence : 2009 CF 918

Toronto (Ontario), le 16 septembre 2009

EN PRÉSENCE DE MONSIEUR LE JUGE HARRINGTON

ENTRE :

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL
DU CANADA**

demandeur

et

**AMNESTY INTERNATIONAL CANADA ET
L'ASSOCIATION DES LIBERTÉS CIVILES
DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE**

défenderesses

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE

[1] Au sein des Forces canadiennes (FC) se trouve un groupe connu sous le nom de police militaire. Contrairement aux services de police civile, les policiers militaires exercent à la fois des fonctions militaires et policières. Cette distinction est la toile de fond de deux demandes de contrôle judiciaire introduites par le procureur général du Canada à l'encontre des décisions de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire, laquelle devait examiner deux

plaintes déposées par Amnesty International Canada et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (ci-après appelées Amnesty International). Les plaintes portent sur la conduite du prévôt responsable de la police militaire et sur celle d'autres policiers dans l'exercice de leurs fonctions de nature policière en ce qui concerne le traitement réservé aux détenus en Afghanistan.

[2] La Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire a été créée en 1999 comme mesure corrective pour remédier à la mauvaise conduite de certains membres des Forces canadiennes en Somalie. Il s'agit d'une commission indépendante chargée de surveiller la conduite des policiers militaires dans leurs fonctions de nature policière. Toutefois, elle n'a pas compétence pour enquêter sur des plaintes déposées contre des policiers militaires au sujet d'opérations d'ordre militaire découlant « de coutumes ou pratiques militaires établies ».

[3] Dans la première plainte (« la plainte relative aux détenus »), Amnesty International a allégué que le prévôt et certains policiers militaires «...ont transféré ou permis que soient transférés des détenus... » aux autorités afghanes même si le système de transfert n'offrait pas de mesures de protection efficaces contre la torture et qu'il existait des preuves selon lesquelles les autorités afghanes torturaient régulièrement des détenus.

[4] Dans la seconde plainte, Amnesty International a demandé une prorogation de délai pour déposer sa première plainte, et a allégué, à titre de question distincte, que la police militaire a omis d'enquêter sur certains officiers [TRADUCTION] «...qui ont ordonné le transfert de détenus aux

autorités afghanes malgré l'existence d'un risque connu de torture. » Ces officiers, a-t-on prétendu, peuvent avoir enfreint le *Code de discipline militaire*, la *Loi sur les Conventions de Genève* et d'autres lois canadiennes et internationales.

[5] Dès réception de la plainte relative aux détenus, la Commission, par l'entremise de son président, a annoncé la tenue d'une enquête d'intérêt public au motif que « ...arrêter ou détenir des personnes... » est l'une des fonctions de nature policière expressément énumérées dans le *Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires*, C.P. 1999-2065, lorsqu'elle est accomplie par un policier militaire.

[6] En ce qui concerne la première partie de la seconde plainte, la prorogation du délai de la plainte relative aux détenus a été accordée. Cette prorogation devra être considérée comme faisant partie de la première plainte. La Commission a aussi convenu d'examiner le second aspect de la plainte, c'est-à-dire le fait que la police militaire aurait omis d'enquêter sur la conduite des personnes qui ont décidé de transférer les détenus aux autorités afghanes (« la plainte relative à l'enquête »). La Commission a aussi décidé de tenir une audience d'intérêt public relativement à ces deux plaintes.

[7] La décision de faire enquête sur la plainte relative aux détenus a été prise sans que ne soient sollicités les commentaires de la police militaire. Cela a entraîné une longue correspondance entre la Commission, le Cabinet du Juge-avocat général et le procureur général, puis la présente demande de contrôle judiciaire. Selon le procureur général, la capture, la détention et le transfert des insurgés, et

des autres personnes, en Afghanistan ne sont pas des fonctions de nature policière liées à l'arrestation ou à la détention de personnes, mais plutôt des fonctions qui se rapportent à une opération d'ordre militaire découlant de coutumes ou pratiques militaires établies. Il est d'ailleurs admis que c'est le commandant de la force opérationnelle, et non un policier militaire, qui prend la décision de transférer les détenus aux autorités afghanes.

[8] Le procureur général adopte une position plus nuancée à l'égard de la seconde plainte selon laquelle la police militaire n'a pas enquêté sur des crimes qu'ont commis ou qu'auraient commis des officiers supérieurs, lesquels étaient possiblement au courant que les détenus transférés aux autorités afghanes risquaient d'être torturés. Il reconnaît qu'une enquête visant à déterminer si des membres des Forces canadiennes ont enfreint le *Code de discipline militaire* et d'autres lois canadiennes et internationales constitue une fonction de nature policière habituellement accomplie par la police militaire. Toutefois, il soutient que la Commission a clairement indiqué qu'elle prévoyait outrepasser sa compétence en menant une enquête sur la politique gouvernementale. Cette politique ne s'inscrit pas dans les limites du mandat conféré à la Commission et fait intervenir des personnes qui ne sont pas des policiers militaires agissant dans le cadre de leurs fonctions de nature policière.

[9] Les avis de demande ont une portée un peu plus large que celle que je viens tout juste d'exposer. Cependant, au fil du temps, certains fondements du contrôle judiciaire ont été abandonnés. Le procureur général ne cherche plus à faire annuler la décision de la Commission de proroger le délai pour déposer la plainte relative aux détenus au motif qu'il n'y avait aucune raison

de ne pas respecter les délais habituels. La plainte, dont le délai a été prorogé, reposera sur la question de la compétence. Si la Commission a compétence, le procureur général reconnaît qu'elle n'a pas mal exercé son pouvoir discrétionnaire en décidant de tenir une enquête publique sur la plainte relative aux détenus et sur celle relative à l'enquête.

[10] Amnesty International dénonce depuis longtemps le traitement que réservent les Canadiens aux détenus afghans. Lorsqu'elle a sollicité, sans succès, un jugement déclaratoire selon lequel la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique aux personnes détenues par les forces militaires canadiennes en Afghanistan (*Amnesty International Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2008 CF 336, [2008] 4 R.C.F. 546), Amnesty International s'est vue accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public. Dans cette décision, l'article 250.18 de la *Loi sur la défense nationale* dispose que « quiconque » peut déposer une plainte. Le statut des plaignantes devant la Commission n'est donc pas en cause.

[11] Le moment auquel le procureur général a déposé sa demande de contrôle judiciaire de la décision initiale de la Commission de mener une enquête sur la plainte relative aux détenus n'est pas non plus en litige. Cette décision a été rendue en février 2007 et la demande de contrôle judiciaire n'a été déposée qu'en avril 2008. Normalement, une demande de contrôle judiciaire doit être faite dans les 30 jours. Toutefois, pour les motifs exposés ci-dessous, la demande de contrôle judiciaire du procureur général n'est pas prescrite.

DÉCISION

[12] Bien que la position du procureur général puisse paraître quelque peu exagérée et que la détention des insurgés en Afghanistan ainsi que leur transfert subséquent aux autorités afghanes peuvent être présentés comme des fonctions de nature policière accomplies par des policiers militaires en Afghanistan se rapportant à l'arrestation ou la détention de personnes, ces fonctions, qu'elles soient de nature policière ou non, se rapportent à des opérations d'ordre militaire qui découlent de coutumes ou pratiques militaires établies et ne relèvent donc pas de la compétence de la Commission.

[13] En ce qui concerne la seconde plainte, je suis d'avis que l'omission d'enquêter sur une plainte est une fonction de nature policière puisque la conduite d'une enquête au sens du Règlement comporte l'omission d'enquêter. Toutefois, comme il ressort clairement de la *Loi sur la défense nationale*, la Commission ne peut examiner que la conduite des policiers militaires dans l'exercice des fonctions de nature policière. Elle n'a pas compétence pour mener une enquête sur la conduite des militaires en général, encore moins celle des personnes qui ne sont pas des militaires. Par conséquent, bien que la Commission puisse légitimement s'enquérir de ce que savaient les policiers militaires, ou pouvaient savoir, ce serait outrepasser sa compétence que d'enquêter sur la politique gouvernementale et de chercher à connaître l'état des connaissances du gouvernement du Canada en général, plus précisément du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI), et dans la mesure où le Ministère disposait de renseignements pertinents, que de se demander pourquoi les renseignements n'ont pas été communiqués à la police militaire.

QUESTIONS EN LITIGE

[14] Il y a trois questions. La première consiste à déterminer si les demandes de contrôle judiciaire sont prématurées. Ces demandes concernent les décisions interlocutoires et les tribunaux sont peu enclins à procéder à un contrôle judiciaire avant que la décision finale ne soit rendue. La deuxième question est de savoir si je devrais tenir compte de la preuve se rapportant à la pratique militaire dont je dispose, mais dont ne disposait pas la Commission. Le contrôle judiciaire repose habituellement sur les éléments de preuve présentés à l'office fédéral sous-jacent. Cependant, il y a exception lorsque le contrôle judiciaire porte sur la compétence. Cette exception n'est toutefois pas absolue et elle est assujettie au pouvoir discrétionnaire. Il n'est donc pas nécessaire de me prononcer sur ce point puisque je n'ai pas tenu compte de la preuve dont ne disposait pas la Commission.

[15] La troisième question est celle de la norme de contrôle applicable. Je vais donc préciser le contexte de la partie IV de la *Loi sur la défense nationale* et son règlement, énoncer le droit applicable, résumer brièvement le rôle du Canada en Afghanistan ainsi que la chronologie des événements qui ont conduit aux présents contrôles judiciaires, présenter les décisions contestées et faire une analyse des questions en soi.

LE DROIT

[16] En 1992, des membres des Forces canadiennes ont été déployés en Somalie dans le cadre d'une mission internationale destinée à favoriser les efforts de secours humanitaire au milieu d'un conflit civil et de l'effondrement des autorités gouvernementales. Des membres du groupement tactique du Régiment aéroporté du Canada ont été impliqués dans des incidents qui ont entraîné la

mort de civils somaliens. Une Commission d'enquête, présidée par Monsieur le juge Gilles Létourneau de la Cour d'appel fédérale, a été mise sur pied. La Commission a formulé un certain nombre de recommandations au sujet de la police militaire, de la nécessité d'agir de manière indépendante par rapport à la chaîne de commandement militaire et de l'importance d'une surveillance impartiale.

[17] Peu de temps après la publication du rapport en 1997, un Groupe consultatif spécial, présidé par le très honorable Brian Dickson, ancien Juge en chef du Canada, a examiné le rôle et les fonctions de la police militaire. Ce Groupe a aussi formulé des recommandations au sujet de l'indépendance des services de police militaire, des mécanismes de surveillance indépendants et du processus d'enquête sur les plaintes relatives à la police militaire.

[18] À la suite de ces rapports, la *Loi sur la défense nationale* a été modifiée en 1998 pour y inclure la partie IV, à savoir les articles 250 à 250.53. La partie IV comporte quatre sections. La première section porte sur la constitution de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire, la deuxième, sur les plaintes, la troisième, sur les enquêtes et audiences publiques de la Commission, et la quatrième, sur les conclusions, le rapport et les recommandations.

[19] Comme je l'ai déjà dit, quiconque peut déposer une plainte portant sur la conduite d'un policier militaire dans l'exercice des fonctions de nature policière. Par ailleurs, tout policier militaire qui mène une enquête peut déposer une plainte pour ingérence. Les présents contrôles judiciaires ne portent pas sur une plainte pour ingérence.

[20] Habituellement, c'est le prévôt qui traite les plaintes pour inconduite. Un demandeur mécontent peut alors renvoyer sa plainte devant la Commission pour examen. Toutefois, le président peut, à tout moment, faire tenir une enquête et convoquer une audience.

[21] L'article 250.18 et le paragraphe 250.38(1) prévoient ce qui suit :

250.18 (1) Quiconque — y compris un officier ou militaire du rang — peut, dans le cadre de la présente section, déposer une plainte pour inconduite d'un policier militaire dans l'exercice des fonctions de nature policière qui sont déterminées par règlement du gouverneur en conseil pour l'application du présent article.
(2) Elle peut déposer une plainte qu'elle en ait ou non subi un préjudice.

250.38 (1) S'il l'estime préférable dans l'intérêt public, le président peut, à tout moment en cours d'examen d'une plainte pour inconduite ou d'une plainte pour ingérence, faire tenir une enquête par la Commission et, si les circonstances le justifient, convoquer une audience pour enquêter sur cette plainte.

250.18 (1) Any person, including any officer or non-commissioned member, may make a complaint under this Division about the conduct of a member of the military police in the performance of any of the policing duties or functions that are prescribed for the purposes of this section in regulations made by the Governor in Council.
(2) A conduct complaint may be made whether or not the complainant is affected by the subject-matter of the complaint.

250.38 (1) If at any time the Chairperson considers it advisable in the public interest, the Chairperson may cause the Complaints Commission to conduct an investigation and, if warranted, to hold a hearing into a conduct complaint or an interference complaint.

[22] Conformément à l'article. 250.18 et à d'autres articles de la *Loi sur la défense nationale*, le *Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires* a été édicté. Les paragraphes 2(1) et 2(2) prévoient en partie ce qui suit :

- | | |
|--|---|
| <p>1. Pour l'application du paragraphe 250.18(1) de la Loi, « fonctions de nature policière » s'entend des fonctions ci-après lorsqu'elles sont accomplies par un policier militaire :</p> | <p>2. (1) For the purpose of subsection 250.18(1) of the Act, any of the following, if performed by a member of the military police, are policing duties or functions:</p> |
| <p>a. enquêter;</p> <p>[...]</p> | <p>a. the conduct of an investigation;</p> <p>[...]</p> |
| <p>g. faire respecter la loi;</p> <p>[...]</p> | <p>g. the enforcement of laws;</p> <p>[...]</p> |
| <p>i. arrêter ou détenir des personnes.</p> | <p>i. the arrest or custody of a person.</p> |
| <p>(2) Il est entendu que les fonctions exercées par le policier militaire qui se rapportent à l'administration ou à la formation, ou aux opérations d'ordre militaire qui découlent de coutumes ou pratiques militaires établies ne sont pas comprises parmi les fonctions de nature policière.</p> | <p>(2) For greater certainty, a duty or function performed by a member of the military police that relates to administration, training, or military operations that result from established military custom or practice is not a policing duty or function.</p> |

LE RÔLE DU CANADA EN AFGHANISTAN

[23] Le rôle du Canada en Afghanistan a clairement été expliqué par Madame la juge Mactavish dans l'affaire susmentionnée, *Amnesty International Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2008 CF 336, [2008] 4 R.C.F. 546, confirmée, 2008 CAF 401, 305 D.L.R. (4th) 741, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 33029 (21 mai 2009), et par Peter Tinsley, président de la Commission d'examen des plaintes, dans les motifs de sa décision du 30 septembre 2008, décision fondamentale sur laquelle porte le présent contrôle judiciaire. Il n'est donc pas nécessaire de reprendre ce qu'ils ont dit.

[24] Il suffit de dire que le Canada participe aux missions de l'OTAN et des Nations Unies et qu'il exerce des opérations de sécurité particulières dans la région de Kandahar. Il a été reconnu dans diverses ententes conclues entre le Canada et la République islamique d'Afghanistan que le personnel canadien peut avoir besoin de recourir à la force mortelle lors de la capture et de la détention des insurgés ou de ceux qui leur viennent en aide. Les détenus bénéficient du même traitement que les prisonniers de guerre. S'ils ne sont pas libérés, ils doivent être transférés aux autorités afghanes conformément au droit international. L'Afghanistan a convenu de traiter les détenus d'une manière conforme à la Troisième Convention de Genève, c'est-à-dire avec humanité et sans aucune torture.

[25] Divers organismes, dont le Comité international de la Croix-Rouge et le personnel du gouvernement du Canada (du MAECI), ont accès aux personnes transférées des autorités canadiennes aux autorités afghanes.

[26] Selon la procédure habituelle, les personnes capturées par les Forces canadiennes sont confiées à la police militaire pour être interrogées et détenues. Si elles ne sont pas libérées sans condition, elles sont transférées aux autorités afghanes dans les jours qui suivent. Cette procédure a toutefois été interrompue de novembre 2007 à février 2008, après qu'il y ait eu des allégations selon lesquelles certains des détenus confiés à la garde des Afghans étaient torturés. Il convient de souligner que le Chef d'état-major de la Défense commande toutes les opérations au niveau stratégique et que le commandant de la force opérationnelle, et non la police militaire, prend les décisions de détenir ou de libérer les prisonniers.

[27] Bien qu'il y ait des policiers militaires en Afghanistan qui prodiguent des conseils et que ces derniers relèvent de la chaîne de commandement militaire, il existe une autre chaîne, soit la chaîne de commandement technique mise sur pied pour assurer l'indépendance des policiers en matière d'enquête. Les seuls policiers militaires en Afghanistan qui ne relèvent pas de la chaîne de commandement militaire sont membres du Service national des enquêtes. Le prévôt de la force opérationnelle en Afghanistan relève à la fois du commandant de la force opérationnelle en Afghanistan et du prévôt des Forces canadiennes. Les policiers militaires qui font partie du Service national des enquêtes ne relèvent pas de la chaîne de commandement militaire.

LA CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTS

[28] Le 21 février 2007, Amnesty International a déposé sa plainte initiale pour inconduite relativement à la détention des ressortissants afghans.

[29] Le 26 février 2007, la Commission a décidé de mener une enquête. Le président a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Ces allégations se rapportent à la conduite de certains policiers militaires relativement à la détention de personnes, laquelle est expressément reconnue dans le règlement pertinent comme l'une des 'fonctions de nature policière' de la police militaire pouvant faire l'objet d'une plainte pour inconduite... » Il a décidé qu'il était dans l'intérêt public que la Commission fasse tenir sa propre enquête sans délai conformément à l'article 250.38 de la *Loi sur la défense nationale*, mais il a mis en délibéré sa décision sur la tenue d'une audience publique. Cette décision a été communiquée au ministre de la Défense nationale, au Chef d'état-major de la Défense, au juge-avocat général et au prévôt des Forces canadiennes même s'ils n'avaient pas été consultés auparavant.

[30] Le 3 mars 2007, le Cabinet du juge-avocat général, au nom du ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes, a décidé qu'il ne s'agissait pas d'une plainte pour inconduite. Le Colonel Gleason a notamment indiqué que la pratique qui consiste à transférer des détenus en vertu d'une entente conclue avec le gouvernement de l'Afghanistan est imposée par la chaîne de commandement opérationnel et est suivie par tous les membres des Forces canadiennes, pas seulement les policiers militaires. Avant de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision, il a demandé des précisions sur le fondement juridique de la compétence de la

Commission, plus précisément le fondement de la conclusion selon laquelle il s'agit d'une fonction de nature policière et, dans la mesure où sa demande est instruite, il a aussi demandé un aperçu des sujets et des questions qui feront l'objet de l'enquête compte tenu de la très vaste portée de la plainte.

[31] Le 15 mars 2007, l'avocat de la Commission a tout simplement répondu que la détention de personnes, comme le président l'a déjà dit, est une fonction de nature policière expressément énumérée.

[32] Aucune demande de contrôle judiciaire n'a été présentée entre mars 2007 et mars 2008. Le procureur général était apparemment d'avis que la coopération représentait la solution la plus facile, que la Commission finirait par réaliser qu'elle n'avait pas compétence et que, de toute façon, les allégations n'étaient pas fondées. Le ministère de la Défense nationale a collaboré et des témoins ont été interrogés. D'autres ministères étaient toutefois moins coopératifs. Plusieurs documents expurgés ont été présentés.

[33] Le 12 mars 2008, le président a décidé de tenir une audience publique. Selon lui, la principale difficulté à l'origine de sa décision était le refus du gouvernement de donner à la Commission plein accès aux documents et renseignements pertinents relevant de ministères ou d'organismes, tels que le MAECI et le Service correctionnel du Canada.

[34] La première demande de contrôle judiciaire a été déposée le 11 avril 2008 (dossier T-581-08).

[35] Le 12 juin 2008, Amnesty International a déposé une seconde plainte visant à élargir jusqu'à cette date la période visée par sa plainte relative aux détenus et présentant les allégations relatives à l'omission d'enquêter.

[36] Ce même jour, le président a porté la seconde plainte à l'attention du Chef d'état-major de la Défense et du prévôt des Forces canadiennes. Bien qu'il ait affirmé ne pas être tenu de le faire, il les a invités à présenter leurs commentaires sur six questions, dont la demande visant à mettre à jour et à élargir la portée de la plainte relative aux détenus et la compétence. Il a confirmé qu'il disposait d'une copie du document déposé par le procureur général dans le cadre de la première, et alors la seule, demande de contrôle judiciaire. Ce document traitait en détail des coutumes et pratiques militaires établies.

[37] Le procureur général a répondu le 27 juin 2008. Il a indiqué qu'à la suite de la plainte initiale relative aux détenus contre le prévôt, le Service national des enquêtes, réticent à enquêter sur le dirigeant de la police militaire, a demandé à la Gendarmerie royale du Canada (GRC) d'examiner les allégations. La GRC a fait savoir qu'elle n'avait aucune raison de mener une enquête relative à une infraction criminelle ou à une infraction d'ordre militaire. Je tiens à dire que cela n'écarte aucunement la compétence que la loi et le règlement confèrent à la Commission. Aucun autre

commentaire n'a été formulé à l'égard de la position du procureur général selon laquelle la Commission n'avait pas compétence.

[38] Le 30 septembre 2008, la Commission, par l'entremise de son président, a rendu une décision de 78 pages sur la plainte du 12 juin 2008. À ce moment-là, dans le contexte de la plainte élargie relative aux détenus, la Commission n'a pas simplement dit qu'elle avait compétence en matière d'arrestation ou de détention de personnes; elle a examiné en profondeur le par. 2(2) du Règlement et les principes d'interprétation des lois.

[39] Le 30 octobre 2008, le procureur général a déposé une seconde demande de contrôle judiciaire (T-1685-08). À partir de ce moment-là, les deux contrôles judiciaires ont été réunis sous ce numéro de dossier, et comme la compétence était en litige, la Commission elle-même a été autorisée à intervenir.

ANALYSE

[40] Essentiellement, la chronologie des événements permet de répondre aux deux premières questions. C'est le législateur, non les parties, qui confère la compétence aux offices fédéraux. La Cour peut soulever la question de la compétence de sa propre initiative (*Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et autres*, [1981] 1 R.C.S. 363). De toute façon, la demande de contrôle judiciaire de la deuxième décision, laquelle traite également de la compétence, a été présentée dans le délai prévu.

[41] Pour ce qui est de la prétention selon laquelle les demandes de contrôle judiciaire sont prématurées, l'argument est clairement énoncé au paragraphe 3:4100 de l'ouvrage de Brown et Evans intitulé *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles (Toronto : Cansvasback Publishing, 2008) dans lequel les auteurs déclarent ce qui suit : [TRADUCTION] « ...en général, les cours reportent maintenant leur décision sur l'allégation selon laquelle un décideur administratif n'a pas compétence sur une matière [...] jusqu'à ce que le processus administratif soit terminé ». (Renvois omis.)

[42] Malgré tout, la décision demeure discrétionnaire et j'ai décidé qu'il était davantage approprié de statuer maintenant sur la question de la compétence. Les parties ont pratiquement tout dit ce qui est possible de dire sur la compétence. La décision du président était fondée sur l'interprétation des lois, non pas sur son expertise au sein d'un tribunal spécialisé comparativement à la Cour fédérale qui est beaucoup plus généraliste du fait qu'elle est appelée à examiner des décisions rendues en vertu de plus de 100 lois. Enfin, la Commission s'apprête à s'engager dans un processus fort coûteux et à dépenser les deniers publics sans justification valable en droit.

[43] La nouvelle preuve se rapportant à la compétence, laquelle est contestée, comprend les affidavits de M. Yves Tremblay, un historien du gouvernement, et du Colonel Dorothy Cooper, lequel appuie essentiellement ce que d'autres déposants ont déjà affirmé. Je souscris à l'opinion d'Amnesty International selon laquelle le procureur général a eu la chance de produire cette preuve avant que la Commission ne rende sa seconde décision. Toutefois, comme je n'ai pas tenu compte de cette preuve, il n'est pas nécessaire de me prononcer sur la question.

[44] Il ne s'agit pas ici d'une affaire où la Cour met fin prématurément à une enquête en formulant des conclusions se rapportant à des faits attributifs de compétence, ce qui relève davantage de l'expertise d'un tribunal spécialisé. La décision de la Commission de reconnaître sa compétence ne repose pas sur une conclusion quant à la teneur des « coutumes ou pratiques militaires établies ».

[45] Cela nous amène à la norme de contrôle judiciaire.

CONTRÔLE JUDICIAIRE – DÉCISION CORRECTE OU DÉFÉRENCE

[46] Depuis l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, il existe deux normes de contrôle : celle de la décision correcte et celle de la raisonnable. Les conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit sont examinées en appliquant la norme de la décision raisonnable, ce qui signifie que la décision ne devrait pas être modifiée à moins qu'elle n'appartienne pas aux issues clairement rationnelles.

[47] Bien que les questions de pur droit soient plus souvent examinées selon la norme de la décision correcte, il existe certaines exceptions principalement fondées sur l'expertise du tribunal qui a rendu la décision. Par exemple, dans l'arrêt *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23, la Cour a fait preuve de retenue à l'égard de l'interprétation donnée par l'arbitre à une convention collective. L'arrêt *Nolan*

c. Kerry (Canada) Inc., 2009 CSC 39, est un exemple très récent où la Cour a fait preuve de retenue à l'égard des conclusions de droit tirées par un tribunal.

[48] Cependant, on pourrait dire que le législateur a imposé une norme différente à la Cour fédérale. Le paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit que la Cour fédérale peut prendre des mesures si elle est convaincue que l'office fédéral « a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier ».

[49] Les motifs majoritaires dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 2 R.C.S. 339, selon lesquels le paragraphe 18.1(4) établit uniquement les motifs de contrôle, et non la norme de contrôle, ont permis d'écarter cette préoccupation.

[50] La première étape consiste à déterminer si le degré de déférence dont il faut faire preuve à l'égard de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire a été établi (*Dunsmuir*, précité, au par. 62, et *Nolan*, précité, aux par. 23-24). Pour autant que je sache, c'est le premier cas lié à la Commission. Par conséquent, une analyse relative à la norme de contrôle est nécessaire.

[51] Dans leurs motifs conjoints s'appliquant à l'arrêt *Dunsmuir*, les juges Bastarache et LeBel ont examiné différents facteurs qui permettraient de déterminer la norme de contrôle appropriée, notamment la question de savoir si le tribunal interprète sa propre loi constitutive ou des lois qui y sont liées, l'existence ou l'absence d'une clause privative, un régime administratif distinct et

particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale et la nature de la question de droit (par. 54 et 55). Ils précisent toutefois ce qui suit au par. 59 :

Un organisme administratif doit également statuer correctement sur une question touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité. Nous mentionnons la question touchant véritablement à la constitutionnalité afin de nous distancier des définitions larges retenues avant l'arrêt *SCFP*. Il importe en l'espèce de considérer la compétence avec rigueur. Loin de nous l'idée de revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui, dans ce domaine, a pesé sur la jurisprudence pendant de nombreuses années. La « compétence » s'entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question. Autrement dit, une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question. L'interprétation de ces pouvoirs doit être juste, sinon les actes seront tenus pour *ultra vires* ou assimilés à un refus injustifié d'exercer sa compétence : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 14-3 et 14-6. [...]

La référence de SCFP est *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

[52] Selon moi, la compétence de la Commission pour statuer sur la plainte relative aux détenus est une véritable question de compétence. Ou bien le législateur a conféré la compétence à la Commission, ou bien il ne l'a pas fait. Il ne s'agit pas d'une « théorie de la compétence ou de la condition préalable » ou d'un fait attributif de compétence comme celui invoqué par la Cour suprême du Canada suivant les principes du droit administratif, d'ailleurs rejetés aujourd'hui, énoncés dans l'arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756. Par conséquent, il faut appliquer la norme de contrôle de la décision correcte.

[53] Toutefois, si je me trompe au sujet de cette conclusion, je dirai que j'estime aussi, pour les motifs énoncés ci-dessous, que la décision de la Commission est déraisonnable.

[54] En ce qui a trait à la plainte relative à « l'omission d'enquêter », le procureur général ne conteste pas la compétence de la Commission de mener une enquête sur une omission alléguée de la police militaire d'enquêter. J'ai plutôt tendance à croire qu'aller au-delà de la police militaire et enquêter sur la conduite d'autres personnes constitue un excès de compétence, lequel doit aussi être examiné d'après la norme de la décision correcte. Cependant, en fin de compte, il importe peu de savoir quelle norme de contrôle s'applique. Il est déraisonnable pour la Commission d'utiliser sa compétence pour enquêter sur des plaintes contre la police militaire comme un moyen d'enquêter sur la politique gouvernementale.

[55] L'arrêt *Public Service Alliance of Canada c. Canadian Federal Pilots Association*, 2009 CAF 223, est une décision récente portant sur la compétence d'un office fédéral qui a été rendue par la Cour d'appel fédérale. Dans cette affaire, les trois juges ont convenu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable. Deux d'entre eux ont conclu que la décision était raisonnable, alors que l'autre n'était pas de cet avis. Cependant, les facteurs contextuels étaient fort différents. À mon avis, cette affaire rentre parfaitement dans les questions touchant véritablement à la compétence, comme il est indiqué au paragraphe 59 de l'arrêt *Dunsmuir*, précité.

LES DÉCISIONS DE LA COMMISSION

[56] La décision du 30 septembre 2008 renferme tous les motifs se rapportant aux deux plaintes.

[57] La décision d'accepter la compétence à l'égard de la plainte relative aux détenus était fondée sur la « méthode moderne » d'interprétation des lois, selon laquelle il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. Cette méthode a été reprise à plusieurs occasions par la Cour suprême du Canada dans des arrêts comme *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42. Cette méthode s'applique aussi à l'interprétation des règlements (*Glykis c. Hydro-Québec*, 2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285). Selon le président, l'expression « il est entendu » (« *for greater certainty* ») qui figure au paragraphe 2(2) du Règlement est une clarification qui ne diminue pas la portée des fonctions de nature policière énumérées au paragraphe 2(1). Il a déclaré ce qui suit au paragraphe 93 :

Autrement dit, les fonctions exclues qui sont décrites au paragraphe 2(2) sont déjà (c'est-à-dire sans l'application du paragraphe 2(2)) distinctes en soi des activités énumérées au paragraphe 2(1).

[58] Le président de la Commission s'est inspiré de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comme on peut le lire aux paragraphes 88 et 89 de la décision :

88. L'expression des mots « il est entendu que » (et son synonyme : « pour plus de certitude ») apparaît souvent dans la jurisprudence relative au partage de pouvoirs. L'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au gouvernement fédéral le pouvoir de :

« [...] faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les

matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignées aux législatures des provinces par la présente loi mais, *pour plus de certitude*, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérées ci-dessous [...]. [Non en italiques dans l'original.]

89. Il a été décidé que l'expression « pour plus de certitude » qui précède l'énumération de pouvoirs particuliers, dans le contexte constitutionnel, n'enlève rien au pouvoir exclusif qu'a le gouvernement fédéral de faire des lois pour la paix, l'ordre ou le bon gouvernement, relativement à toutes les matières qui ne sont pas exclusivement assignées à la province : « [...] il faut avant tout considérer que les pouvoirs spécifiques sont énumérés seulement "pour plus de certitude", la règle fondamentale étant que l'autorité législative générale à l'égard de tout ce qui ne relève pas du domaine provincial, est l'autorité fédérale ».

[59] Contrairement à sa décision initiale, le président a examiné l'incidence des opérations d'ordre militaire qui découlent « de coutumes ou de pratiques militaires établies ». Les paragraphes 121 à 123 se lisent comme suit :

121. Enfin, je signale que même si le rapport Dickson et le Rapport d'enquête sur la Somalie indiquent bel et bien que la garde et le contrôle des personnes détenues sont des fonctions opérationnelles ou de combat, c'était dans un contexte où les deux rapports visaient principalement à dissocier les « enquêtes » de toutes les autres fonctions qu'exerce un PM. Par exemple, le rapport Dickson n'a pas dit que ces rôles opérationnels n'étaient pas aussi des fonctions de nature policière. De plus, la disposition législative qui en a découlé – l'article 2 du *Règlement sur la conduite* – dépasse nettement le cadre d'une préoccupation à l'égard des enquêtes. Le gouverneur en conseil a jugé bon d'intégrer de nombreuses autres activités des PM, y compris les fonctions de garde ou d'arrestation, sous la rubrique des fonctions de nature policière.

122. Il semble donc que l'affirmation du procureur général selon laquelle le traitement des personnes détenues se range sous la rubrique des « coutumes militaires » soit erronée, et qu'il y a plus de chances que ce soit le contraire qui est vrai. Au vu de tous les documents qui m'ont été soumis, de même que de l'expertise de la Commission en matière de services policiers de nature militaire, je conclus qu'il est plutôt de coutume que l'arrestation et la garde est une fonction de nature policière, y compris lorsque ces mesures sont prises à l'appui d'opérations militaires de déploiement.

123. Je signale tout d'abord que la Doctrine des FC, le Règlement de sécurité, les Instructions permanentes d'opération de la formation et la Doctrine de la police militaire confient tous les services de garde, y compris les opérations de détention, à la police militaire, et ce, à juste titre. Dans le contexte des opérations, il est logique que ce soit la police militaire, compte tenu de son expertise, qui s'occupe des personnes détenues. Les PM sont expressément tenus de connaître le droit des conflits armés et de l'appliquer au traitement des prisonniers de guerre, qui, d'après la Doctrine de la PM, « intéresse particulièrement la police militaire [...] ». Les PM doivent bien connaître les normes qu'imposent les Conventions de Genève et les Protocoles.

[60] Il faudrait en dire plus long au sujet du rapport Dickson et du Rapport d'enquête sur la Somalie, de même que sur les coutumes. Bien qu'il ait été question de l'expertise de la Commission, il n'a pas été expliqué comment cette expertise a facilité l'interprétation de la réglementation ni comment elle permettrait de conclure que les coutumes ont changé et, le cas échéant, à quel moment.

[61] La compétence fondamentale de la Commission en ce qui concerne la plainte relative à « l'omission d'enquêter » n'est pas en cause. Selon le président, les personnes visées par la plainte relative à l'enquête sont notamment le prévôt des Forces canadiennes, le prévôt de la force opérationnelle, le commandant du Service national des enquêtes et l'officier (ou l'adjudant)

responsable du détachement du Service national des enquêtes en Afghanistan à ce moment-là. Compte tenu des changements de personnel, 10 personnes sont alors visées. Toutefois, la Commission a sollicité, directement ou par l'entremise de l'avocat, la production des documents émanant des autres ministères sans prouver que des copies ont été remises à la police militaire ou que cette dernière était en mesure de les obtenir.

[62] En ce qui a trait à la seconde plainte, je tiens à souligner de nouveau que la Commission a compétence pour enquêter sur des plaintes visant des policiers militaires dans l'exercice de leurs fonctions de nature policière. Elle n'a pas compétence pour enquêter sur des plaintes visant des fonctionnaires, qu'ils exercent ou non des fonctions de nature policière. S'il fallait pousser l'approche de la Commission jusqu'à l'extrême, il ne serait pas question de l'inconduite des policiers militaires en Afghanistan en l'absence des Forces canadiennes. Les tenants et aboutissants de cette décision de principe échappent au contrôle de la Commission et de la Cour. Voici ce qu'a dit Francis Bacon :

[TRADUCTION] Le droit n'en finirait plus de juger les causes des causes et leurs répercussions l'une sur l'autre; par conséquent, il se contente de juger les causes immédiates et les actes en découlant, sans aller plus loin.

[63] Pour revenir à la décision d'accepter la compétence à l'égard de la plainte relative aux détenus, le dossier est rempli de détails sur ce que l'on appelle la « doctrine militaire ». Depuis la constitution de la police militaire durant la Première Guerre mondiale, plusieurs ordonnances, règlements et directives ont été formulés. Il n'est toutefois pas nécessaire d'aller au-delà du rapport du rapport Dickson publié en mars 1997 et du Rapport d'enquête sur la Somalie publié en juin 1997.

[64] Tel que précisé dans le rapport Dickson, la police militaire n'a pas pour rôle principal d'enquêter sur les infractions d'ordre militaire. La plupart des policiers militaires exercent plusieurs fonctions assignées par le commandant :

Les policiers militaires ont des responsabilités très larges que l'on peut diviser en quatre domaines principaux : les fonctions policières, les fonctions de sécurité, les fonctions de détention et le soutien direct aux opérations militaires. L'exercice des fonctions policières est semblable à ce qui se fait dans les autres forces policières, et inclut le maintien de l'ordre, la prévention du crime, et la conduite d'enquêtes. Les fonctions de sécurité incluent celles liées à la sécurité du personnel, du matériel, de l'information et des technologies de l'information, ainsi que les fonctions reliées aux service [sic] de renseignements militaires. Les policiers militaires exercent aussi des fonctions de détention associées aux prisons militaires ou aux casernes de détention de campagne dont on peut avoir besoin durant les opérations.

C'est dans les opérations sur le terrain que se trouvent les fonctions de temps de guerre les plus importantes de la police militaire. En outre, les policiers militaires exercent des fonctions opérationnelles qui incluent, entre autres choses, la sécurité de la zone arrière du champ de bataille et de sites particuliers, la reconnaissance d'itinéraire ainsi que le contrôle de la circulation pour les mouvements tactiques, le contrôle des réfugiés, la garde des prisonniers de guerre et diverses tâches de défense directe dans des secteurs donnés tels que les aérodromes. En résumé, la prépondérance de la mission opérationnelle fait en sorte que les fonctions opérationnelles l'emportent sur les autres fonctions lorsque les policiers militaires sont déployés avec des forces sur le terrain, que ce soit durant des opérations réelles ou à l'entraînement. [Je souligne.]

[65] On peut lire ce qui suit dans le Rapport d'enquête sur la Somalie :

Outre le rôle qu'ils jouent dans le système de justice militaire, les policiers militaires remplissent d'importantes fonctions de combat. Qu'il suffise de mentionner le contrôle tactique et administratif des mouvements; la réception, la garde et le contrôle des prisonniers de guerre ou des détenus; le contrôle des réfugiés ainsi que tout ce qui se rapporte à la sécurité. Nous reconnaissons que les policiers militaires qui remplissent ces fonctions opérationnelles doivent faire partie intégrante de la formation de campagne et relever de la chaîne de commandement opérationnel. Toutefois, pareille formule appliquée aux policiers militaires qui offrent des services de soutien policier au système de justice militaire risque ne pas assurer une protection suffisante contre l'influence des commandements, compromettant de ce fait leur efficacité. [Je souligne.]

[66] Il a été conclu dans ces rapports que la garde des prisonniers de guerre ou des détenus était une fonction opérationnelle même si les policiers militaires sont des « agents de la paix » au sens du *Code criminel* et que les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* indiquaient et indiquent toujours que l'arrestation et la garde de personnes sont des fonctions d'un agent de la paix.

[67] Il n'y a rien dans le *Hansard* ou dans la réglementation en soi qui permette de croire que le gouverneur en conseil avait l'intention de donner un sens nouveau aux « coutumes ou pratiques militaires établies », comme il est clairement énoncé dans le rapport Dickson et dans le Rapport d'enquête sur la Somalie. En l'absence de preuve, il était déraisonnable pour la Commission de tirer cette conclusion. En effet, dans un rapport spécial publié en décembre 2002, l'ancienne présidente, Louise Cobetto, affirmait ce qui suit :

Enfin, en plus de leurs fonctions policières, les policiers militaires occupent d'importantes fonctions militaires puisqu'ils ont notamment, dans le cadre des opérations, la garde et le contrôle des détenus ou des prisonniers de guerre, la surveillance des casernes de détention et la reconnaissance des itinéraires.

[68] Le président a fait référence à l'expertise de la Commission, mais il n'a pas expliqué pourquoi cette expertise facilite l'interprétation législative moderne ou pourquoi elle mène à la conclusion que le gouverneur en conseil voulait, par règlement, modifier les coutumes militaires établies. L'obligation de motiver est une exigence de l'équité procédurale. Aucun motif n'a été donné quant à savoir pourquoi l'expertise de la Commission dans le domaine de la police militaire a été utile (*R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *North c. West Region Child and Family Services Inc.*, 2007 CAF 96, 362 N.R. 83).

[69] Sur le plan de l'interprétation des lois, je n'ai pas à faire preuve de retenue. Les juges interprètent les lois et les règlements. Je ne peux souscrire à l'analogie établie avec la *Loi constitutionnelle* selon laquelle l'énumération de pouvoirs législatifs particuliers relevant de la compétence provinciale ne compromet pas la compétence du gouvernement fédéral de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement. N'eût été l'expression « pour plus de garantie » (« *for greater certainty* ») à l'article 91, certaines matières se rapportant à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement seraient considérées comme relevant de la compétence provinciale, comme c'est le cas des matières touchant à la propriété et aux droits civils.

[70] Paradoxalement, le procureur général appuie la position de la Commission selon laquelle les paragraphes 2(1) et 2(2) du *Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires* s'excluent mutuellement. Selon lui, la capture et la détention d'insurgés ne sont pas et n'ont jamais été des fonctions de nature policière ayant trait à l'arrestation et à la garde d'une

personne. En outre, il soutient que la mise en liberté et la mise sous garde sont deux concepts bien différents. Ceux qui étaient arrêtés ou mis sous garde n'étaient que des militaires et, dans certaines circonstances, d'autres Canadiens à l'intérieur du Canada. Comme il s'agit de la première décision sur la compétence de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire, je crois qu'il est préférable d'en dire le moins possible à l'égard des observations qui n'ont pas influencé ma décision.

[71] Je me fonde sur l'observation subsidiaire du procureur général selon laquelle, même si la capture et la détention d'insurgés en Afghanistan pouvaient être considérées comme des fonctions de nature policière, comme elles découlent « de coutumes ou pratiques militaires établies », elles sont réputées ne pas être de nature policière.

[72] Je ne suis pas d'avis, pour reprendre une image utilisée dans l'interprétation de la Constitution, que les paragraphes (1) et (2) de l'article 2 constituent des « compartiments étanches ». La raison même pour laquelle les expressions « *for greater certainty* » et « il est entendu » (et je ne vois aucune différence entre les deux) figurent dans cet article est que, sans elles, la portée des « fonctions de nature policière », notamment « l'arrestation ou la garde d'une personne » serait incertaine. La Commission a interprété hors contexte et isolément la garde d'un détenu en Afghanistan de sorte qu'elle pouvait être interprétée comme la garde d'une personne. En fait, il s'agit de la garde d'une personne, mais ce n'est pas une fonction de nature policière. En pratique, les policiers militaires se voient confier cette tâche parce qu'ils ont reçu une formation

spéciale pour s'occuper des personnes et les interroger, ainsi que pour appliquer le droit canadien et international, notamment les Conventions de Genève.

[73] À titre d'exemple, il n'est pas expressément question d'assurance dans les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle*. Un cas qui a résisté à l'épreuve du temps est la décision du Conseil privé *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96. La question était de savoir si la réglementation des polices d'assurance en vigueur ou appliquée dans une province relevait de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils (paragraphe 92(13)) ou relevait de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre ou de bon gouvernement, plus particulièrement « la réglementation du trafic et du commerce ». Leurs seigneuries, par l'entremise de sir Montague Smith, ont conclu que les assurances étaient une question de propriété et de droits civils et que, par conséquent, la loi adoptée par la province d'Ontario était constitutionnelle.

[74] Sir Montague Smith s'est exprimé en ces mots aux pages 108 et 109 :

[TRADUCTION] Par conséquent, en ce qui a trait à certaines catégories de sujets décrits en termes généraux à l'art. 91, il se peut que la compétence législative sur certains aspects d'un sujet, pris dans son ensemble, appartienne aux législatures provinciales. Chaque fois que cela se produit, et même si la question à trancher est extrêmement compliquée, les tribunaux ont le devoir de déterminer jusqu'à quel point et de quelle façon chaque législature a compétence pour légiférer sur les questions tombant dans ces catégories de sujets et de définir, dans chaque cas précis qui leur est soumis, les limites de leurs pouvoirs respectifs. On n'a certainement pas voulu qu'il y ait conflit; pour empêcher un tel résultat, les deux articles doivent se lire en corrélation, et les termes de l'un interprétés et, lorsque nécessaire modifiés, par ceux de l'autre. De cette manière, on pourra, dans presque tous les cas, en arriver à une interprétation équitable et pratique des termes de ces articles, de façon à réconcilier les compétences respectives qu'ils contiennent et leur donner plein effet.

En accomplissant ce devoir difficile, il serait sage que ceux qui en sont chargés jugent de leur mieux chaque affaire qui se présente sans pousser l'interprétation de l'Acte plus loin que ne l'exige le règlement de la question soumise.

Il poursuit à la page 110 :

[TRADUCTION] Il devient évident dès que l'on tente d'interpréter les termes généraux dans lesquels sont décrites les catégories de sujets aux articles 91 et 92 qu'il faut examiner chacun de ces deux articles ainsi que les autres parties de la Loi pour pouvoir décider si les termes de nature générale ne doivent pas, par déduction nécessaire ou entendement raisonnable, être modifiés ou limités. En examinant l'article 91, non seulement on constate qu'il n'y a aucune catégorie couvrant, de façon générale, les contrats et les droits qui en découlent, mais qu'il y a une catégorie de contrats qui est spécifiée, à savoir : "18. Les lettres de change et les billets à ordre." Il aurait été inutile de le préciser si le Parlement du Dominion s'était vu conférer la compétence exclusive sur tous les contrats et droits qui en découlent.

[75] L'arrêt *Zavarovalna Skupnost Triglav (Insurance Community Triglav Ltd.) c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283, de la Cour suprême du Canada fait suite à cette décision. La question était de savoir si l'alinéa 22(2)r) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui donne compétence à la Cour à l'égard de « toute demande née d'un contrat d'assurance maritime ou y relative », était constitutionnel.

[76] S'exprimant au nom de la Cour, le juge Chouinard a écrit ce qui suit aux pages 291 et 292 :

Le procureur général du Canada, intervenant à l'appui des intimées, soumet que l'assurance maritime fait partie du droit maritime. Le droit maritime, y compris l'assurance maritime, entre dans le champ de la navigation et des expéditions par eau. Si l'assurance maritime doit être qualifiée de matière relevant de la propriété et des droits civils, elle a néanmoins été confiée au Parlement comme partie de la navigation et des expéditions par eau,

sauf quant à la partie de ce pouvoir qui demeure de compétence provinciale.

À mon avis le procureur général du Canada a raison de qualifier l'assurance maritime de matière relevant à proprement parler de la propriété et des droits civils, mais qui a néanmoins été confiée au Parlement comme partie de la navigation et des expéditions par eau. Il en va de même par exemple des lettres de change et des billets promissoires qui sont matières de propriété et de droits civils, mais au sujet desquelles la compétence a été attribuée au Parlement par le par. 18 de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [Je souligne.]

[77] Pour conclure, en ce qui concerne le contrôle judiciaire de la décision de la Commission de mener une enquête sur la plainte relative aux détenus, disons que même si la capture, la détention et le transfert des insurgés en Afghanistan pouvaient être interprétés comme des fonctions de nature policière si elles étaient accomplies par des policiers militaires, le paragraphe 2(1) du *Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires* devrait recevoir une interprétation atténuante pour soustraire ces fonctions découlant « de coutumes ou pratiques militaires établies ».

[78] Priver la Commission de la compétence ne vise pas à autoriser les policiers militaires ou les membres des Forces canadiennes à ignorer ou violer les lois canadiennes et internationales se rapportant aux droits de la personne. Comme l'a dit la juge Mactavish dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'arrêt antérieur *Amnisty International*, au paragraphe 344 :

[L]es membres des Forces canadiennes ne peuvent agir dans l'impunité à l'égard des prisonniers dont ils ont la garde. Les militaires canadiens sont passibles non seulement de sanctions disciplinaires et de poursuites criminelles en vertu du droit canadien si les actes qu'ils commettent en Afghanistan contreviennent aux normes juridiques du droit humanitaire international, mais aussi de sanctions ou de poursuites en vertu du droit international.

[79] Cette décision ne laisse pas la Commission dépourvue de pouvoirs. Les modifications apportées à la *Loi sur la défense nationale* visent principalement à rendre la police militaire plus indépendante et transparente dans l'exercice de ses fonctions de nature policière. Une plainte distincte a été déposée à l'effet que la police militaire a omis d'enquêter sur des allégations de mauvais traitements infligés par les Forces canadiennes à des détenus en Afghanistan. La compétence de la Commission n'est pas en cause.

[80] Pour ce qui est de la réparation, la Cour a le pouvoir, en vertu de l'alinéa 18.1(3)*b* de la *Loi sur les cours fédérales* de :

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

[81] Tel que précisé dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, le jugement déclaratoire est un recours qui n'est pas restreint par la forme ni limité par le fond. Comme une véritable question se pose ici et que les parties s'opposent, il convient de résoudre la question immédiatement.

[82] Quant à savoir si la Commission mènera éventuellement une enquête sur la plainte relative à « l'omission d'enquêter », il existe un véritable litige, et non un litige hypothétique, entre, d'une part, les plaignantes et la Commission, et d'autre part, le procureur général. Si les parties étaient liées par contrat, il serait possible d'invoquer un recours pour inexécution anticipée du contrat. Voir *Hochster c. de la Tour* (1853), [1843-1860] All E.R. Rep. 12 (Q.B.); *Pompeani c. Bonik Inc.* (1997), 35 O.R. (3d) 417 (C.A.).

[83] Les ordonnances et jugements déclaratoires doivent être rendus en conséquence.

[84] Malgré le fait que les deux demandes de contrôle judiciaire du procureur général aient été accueillies; que la compétence de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire n'ait jamais été contestée; que les questions soulevées soient difficiles et qu'il y ait un grand intérêt public dans les Forces canadiennes, j'estime approprié que chacune des parties assume ses propres dépens conformément aux articles 400 et suivants des *Règles des Cours fédérales*.

[85] Une copie des présents motifs et ordonnances sera déposée dans le dossier T-581-08.

ORDONNANCE POUR LA DEMANDE T-581-08

VU la demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général du Canada, déposée initialement dans le dossier T-581-08;

POUR LES MOTIFS ÉNONCÉS CI-DESSUS;

LA COUR ORDONNE que :

- a. La demande est accueillie.
- b. Il est déclaré que la plainte des défenderesses ne constitue pas une plainte portant sur la conduite d'un policier militaire dans l'exercice de ses « fonctions de nature policière », au sens du paragraphe 250.18(1) de la *Loi sur la défense nationale* et de l'article 2 du *Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires*, C.P. 1999-2065.
- c. Les décisions de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire rendues le 26 février 2007 ou le 12 mars 2007 et le 30 septembre 2008 d'enquêter sur les plaintes selon lesquelles le prévôt et certains policiers militaires ont transféré ou permis que soient transférés des détenus aux autorités afghanes malgré les allégations voulant que le système de transfert n'offrait pas de mesures de protection efficaces contre la torture qu'il existait des preuves selon lesquelles les autorités afghanes torturaient régulièrement des détenus, sont annulées étant donné que la Commission a agi sans compétence.
- d. Il est interdit à la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire et à son président d'enquêter sur la plainte.

ORDONNANCE POUR LA DEMANDE T-1685-08

VU la demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général du Canada, dans le dossier T-1685, de la décision de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire du 30 septembre 2008 d'enquêter et de tenir une audience publique sur la plainte déposée par les défenderesses à l'effet que la police militaire a omis d'enquêter sur les officiers responsables d'ordonner le transfert de détenus aux autorités afghanes malgré les risques apparemment connus de torture;

POUR LES MOTIFS ÉNONCÉS CI-DESSUS;

LA COUR ORDONNE que :

- a. La demande est accueillie.
- b. Il est déclaré par la présente que la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire peut uniquement enquêter sur ce que les policiers militaires visés par la plainte savaient, ou pouvaient savoir. En agissant autrement, la Commission outrepasserait sa compétence.

LA COUR ne rend aucune ordonnance à l'égard des dépens dans ni l'une ni l'autre des demandes.

Sean Harrington

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1685-08

INTITULÉ : LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA c.
AMNESTY INTERNATIONAL CANADA ET
L'ASSOCIATION DES LIBERTÉS CIVILES DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

LIEU DE L'AUDIENCE : OTTAWA (ONTARIO)

DATES DE L'AUDIENCE : LES 25 ET 26 AOÛT 2009

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE
ET ORDONNANCE :** LE JUGE HARRINGTON

DATE DES MOTIFS : LE 16 SEPTEMBRE 2009

COMPARUTIONS :

Alain Préfontaine
Zoe Oxaal

POUR LE DEMANDEUR

Paul Champ

POUR LES DÉFENDERESSES

Freya Kristjanson
Nigel Marshman

POUR L'INTERVENANT, COMMISSION
D'EXAMEN DES PLAINTES
CONCERNANT LA POLICE MILITAIRE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

John H. Sims, c.r.
Sous-procureur général du Canada

POUR LE DEMANDEUR

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck
LLP/s.r.l.
Avocats
Ottawa (Ontario)

POUR LES DÉFENDERESSES

Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre &
Cornish, LLP
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR L'INTERVENANT, COMMISSION
D'EXAMEN DES PLAINTES
CONCERNANT LA POLICE MILITAIRE