

T-1685-08
2009 FC 918

T-1685-08
2009 CF 918

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association (*Respondents*)

Amnesty International Canada et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (*défenderesses*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. AMNESTY INTERNATIONAL CANADA

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. AMNESTY INTERNATIONAL CANADA

Federal Court, Harrington J.—Ottawa, August 25 and 26; Toronto, September 16, 2009.

Cour fédérale, juge Harrington—Ottawa, 25 et 26 août; Toronto, 16 septembre 2009.

Armed Forces — Judicial review of Military Police Complaints Commission decision pursuant to National Defence Act, s. 250.38 to investigate complaints alleging military police allowed transfer of Afghan detainees despite evidence of torture, failed to investigate officers responsible for transfers — Commission claiming jurisdiction on basis custody, arrest of person policing duty under Complaints about the Conduct of Members of the Military Police Regulations, s. 2(1) — Applicant stating capture, detention, transfer of detainees military operation resulting from established military custom, practice, thus not policing duty, function pursuant to Regulations, s. 2(2) — Whether Commission having jurisdiction to investigate complaints — Unreasonable for Commission to find that Governor in Council intending to change meaning of “established military custom or practice” set out in Somalia, Special Advisory Group Inquiry reports — While possible to construe capture, detention, transfer of insurgents as policing duty, function if carried out by military police, Regulations, s. 2(1) having to be read down to exclude such duties, functions as they arise from established military custom, practice — Commission lacking jurisdiction to investigate complaints — Applications allowed.

Forces armées — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire d'instituer une enquête en application de l'art. 250.38 de la Loi sur la défense nationale relativement à des plaintes alléguant que la police militaire avait permis le transfert de détenus afghans malgré la preuve faisant état de torture et que la police militaire avait omis d'enquêter sur les officiers responsables des transferts — La Commission a affirmé avoir compétence au motif que la garde et l'arrestation de personnes sont des fonctions de nature policière en vertu de l'art. 2(1) du Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires — Le demandeur soutenait que la capture, la détention et le transfert de détenus se rapportent à une opération d'ordre militaire découlant de coutumes ou pratiques militaires établies et qu'il ne s'agit donc pas de fonctions de nature policière au sens de l'art. 2(2) du Règlement — Il s'agissait de savoir si la Commission avait compétence pour enquêter sur les plaintes — Il était déraisonnable pour la Commission de conclure que le gouverneur en conseil avait l'intention de modifier le sens de l'expression « coutumes ou pratiques militaires établies » énoncée dans le rapport sur la Somalie et le rapport du Groupe consultatif spécial — Bien que la capture, la détention et le transfert d'insurgés puissent être présentés comme des fonctions de nature policière s'ils sont accomplis par des policiers militaires, l'art. 2(1) du Règlement doit recevoir une interprétation atténuante pour soustraire ces fonctions parce qu'elles découlent de coutumes ou pratiques militaires établies — La Commission n'avait pas la compétence pour enquêter sur les plaintes — Demandes accueillies.

Construction of Statutes — Military Police Complaints Commission investigating allegations military police allowed transfer of Afghan detainees despite evidence of torture, failed to investigate officers responsible for transfers — Commission

Interprétation des lois — La Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire a enquêté sur des allégations selon lesquelles la police militaire avait permis le transfert de détenus afghans malgré la preuve faisant état de

wrongly interpreting “[f]or greater certainty” in Complaints about the Conduct of Members of the Military Police Regulations, s. 2(2) as clarification not detracting from scope of enumerated police duties, functions set out in Regulations, s. 2(1) — Regulations, s. 2(1), (2) not watertight compartments — Without term “[f]or greater certainty”, scope of “policing duties or functions”, including “arrest or custody of a person”, uncertain — While possible to construe capture, detention, transfer of insurgents as policing duty, function if carried out by military police, Regulations, s. 2(1) having to be read down to exclude such duties, functions as they arise from established military custom, practice.

These were consolidated applications for judicial review of the Military Police Complaints Commission’s decision to initiate an investigation pursuant to section 250.38 of the *National Defence Act* in relation to two complaints filed by the respondents. In the first complaint, the respondents alleged that the military police allowed the transfer of Afghan detainees despite the lack of safeguards against torture and evidence that Afghan authorities were torturing detainees. In the second complaint, the respondents alleged that the military police failed to investigate officers responsible for the transfer of detainees in the face of a known risk of torture.

The Commission stated that it was within its jurisdiction to investigate the respondents’ first complaint as the arrest or custody of a person by a member of the military police is one of the policing duties or functions enumerated in subsection 2(1) of the *Complaints about the Conduct of Members of the Military Police Regulations* (Regulations). It decided to conduct a public interest hearing in light of the Government’s refusal to provide the Commission with full access to relevant documents and information. In a subsequent decision relating to the second complaint, the Commission re-affirmed its jurisdiction arising from the arrest or custody of a person, and considered in depth subsection 2(2) of the Regulations and the principles of statutory interpretation.

The applicant’s position was that the capture, detention and transfer of Afghan detainees is related to a military operation resulting from established military custom or practice, and that the Commission therefore exceeded its jurisdiction as pursuant to subsection 2(2) of the Regulations, such operations are not a policing duty or function related to the arrest or custody of persons.

torture et avait omis d’enquêter sur les officiers responsables des transferts — La Commission a interprété à tort l’expression « [i]l est entendu » (« [f]or greater certainty ») qui figure à l’art. 2(2) du Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires comme étant une clarification qui ne diminue pas la portée des fonctions de nature policière énumérées à l’art. 2(1) du Règlement — Les art. 2(1) et (2) du Règlement ne sont pas des compartiments étanches — Sans l’expression « [i]l est entendu » (« [f]or greater certainty »), la portée des « fonctions de nature policière », notamment « l’arrestation ou la garde d’une personne », serait incertaine — Bien que la capture, la détention et le transfert d’insurgés puissent être présentés comme des fonctions de nature policière s’ils sont accomplis par des policiers militaires, l’art. 2(1) du Règlement doit recevoir une interprétation atténuante pour soustraire ces fonctions parce qu’elles découlent de coutumes ou pratiques militaires établies.

Il s’agissait de demandes réunies de contrôle judiciaire de la décision de la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire d’instituer une enquête en application de l’article 250.38 de la *Loi sur la défense nationale* relativement à deux plaintes déposées par les défenderesses. Dans la première plainte, les défenderesses ont allégué que la police militaire avait permis que soient transférés des détenus afghans malgré l’absence de mesures de protection contre la torture et l’existence de preuves démontrant que les autorités afghanes torturaient des détenus. Dans la seconde plainte, les défenderesses ont allégué que la police militaire avait omis d’enquêter sur des officiers chargés du transfert de détenus malgré l’existence d’un risque connu de torture.

La Commission a déclaré qu’elle avait compétence pour enquêter sur la première plainte des défenderesses parce que l’arrestation ou la garde de personnes par un policier militaire est l’une des fonctions de nature policière énumérées au paragraphe 2(1) du *Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires* (le Règlement). Elle a décidé de faire tenir une enquête d’intérêt public à la lumière du refus du gouvernement de lui donner plein accès aux documents et renseignements pertinents. Dans une décision ultérieure relative à la seconde plainte, la Commission a réaffirmé sa compétence découlant de l’arrestation ou de la garde de personnes, et a examiné en profondeur le paragraphe 2(2) du Règlement et les principes d’interprétation des lois.

Selon le demandeur, la capture, la détention et le transfert de détenus afghans se rapportent à une opération d’ordre militaire découlant de coutumes ou pratiques militaires établies, et la Commission avait donc outrepassé sa compétence suivant le paragraphe 2(2) du Règlement, ces opérations n’étant pas des fonctions de nature policière liées à l’arrestation ou la détention de personnes.

The main issue was whether the Commission had jurisdiction to investigate the respondents' complaints.

Held, the applications should be allowed.

While the capture, detention and transfer of insurgents in Afghanistan may possibly be described as policing duties or functions performed by members of the military police pertaining to the arrest or custody of persons, those duties or functions relate to military operations that resulted from established military custom or practice and were beyond the Commission's jurisdiction pursuant to subsection 2(2) of the Regulations. The Commission erred when it said that the term "[f]or greater certainty" found in subsection 2(2) is a clarification that does not detract from the scope of enumerated police duties and functions set out in subsection 2(1). Subsections 2(1) and 2(2) are not watertight compartments. Without the term "[f]or greater certainty", the scope of "policing duties or functions", including "the arrest or detention of a person" would be uncertain. Read out of context, the custody of a detainee could be construed as the custody of a person, which is not a policing duty or function. Military police are assigned this duty because of their special training in processing and interrogating persons and in the application of Canadian and international law. Reports by the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia and the Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services both concluded that the custody of prisoners of war was an operational function notwithstanding that military police are peace officers and that the Regulations include the arrest or custody of persons within the duties of a peace officer. It was unreasonable for the Commission to find that the Governor in Council intended to give new meaning to "established military custom or practice" as set out in those reports. Subsection 2(1) of the Regulations has to be read down to exclude such duties and functions because they arise from established military custom or practice. The Commission's decision to investigate the first complaint was therefore quashed and set aside for lack of jurisdiction.

With respect to the second complaint (the failure to investigate), the core jurisdiction of the Commission was not at issue. However, the Commission sought the production of documents from other departments without establishing if copies were available to the military police. The Commission does not have jurisdiction to investigate complaints about government officials, whether or not they are carrying out policing functions. The presence of Canadian Forces in

La principale question litigieuse était celle de savoir si la Commission avait compétence pour enquêter sur les plaintes des défenderesses.

Arrêt : les demandes doivent être accueillies.

Bien que la capture, la détention et le transfert d'insurgés en Afghanistan puissent être présentés comme des fonctions de nature policière accomplies par des policiers militaires se rapportant à l'arrestation ou la détention de personnes, ces fonctions se rapportent à des opérations d'ordre militaire qui découlent de coutumes ou pratiques militaires établies et ne relevaient pas de la compétence de la Commission en vertu du paragraphe 2(2) du Règlement. La Commission a commis une erreur lorsqu'elle a déclaré que l'expression « [il] est entendu » (« [f]or greater certainty ») qui figure au paragraphe 2(2) est une clarification qui ne diminue pas la portée des fonctions de nature policière énumérées au paragraphe 2(1). Les paragraphes 2(1) et (2) ne sont pas des compartiments étanches. Sans l'expression « [i] est entendu » (« [f]or greater certainty »), la portée des « fonctions de nature policière », notamment « l'arrestation ou la garde d'une personne » serait incertaine. Hors contexte, la garde d'un détenu pourrait être interprétée comme la garde d'une personne, ce qui n'est pas une fonction de nature policière. 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. Les rapports de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie et du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire ont tous deux conclu que la garde de prisonniers de guerre était une fonction opérationnelle même si les policiers militaires sont des agents de paix et que le Règlement indique que l'arrestation et la garde de personnes sont des fonctions d'un agent de la paix. Il était déraisonnable pour la Commission de conclure que le gouverneur en conseil avait l'intention de donner un sens nouveau aux « coutumes ou pratiques militaires établies » comme il est énoncé dans ces rapports. Le paragraphe 2(1) du Règlement doit recevoir une interprétation atténuante pour soustraire ces fonctions parce qu'elles découlent de coutumes ou pratiques militaires établies. La décision de la Commission d'enquêter sur la première plainte a donc été annulée pour défaut de compétence.

S'agissant de la seconde plainte (l'omission d'enquêter), la compétence fondamentale de la Commission n'était pas en cause. Cependant, la Commission a sollicité la production de documents émanant d'autres ministères sans prouver que la police militaire y avait accès. La Commission n'a pas compétence pour enquêter sur des plaintes visant des fonctionnaires, qu'ils exercent ou non des fonctions de nature policière. La présence des Forces canadiennes en Afghanistan est une politique

Afghanistan is a government policy whose justification is beyond the reach of the Commission.

gouvernementale dont la justification échappe au contrôle de la Commission.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
- Complaints About the Conduct of Members of the Military Police Regulations*, P.C. 1999-2065, s. 2.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91, 92.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Suppl.), c. 10, s. 22(2)(r).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(3)(b) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), (4) (as enacted *idem*; 2002, c. 8, s. 27), 22(2)(r).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400 (as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)).
- Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3.
- National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, Part III (as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 18), Part IV (as enacted *idem*, s. 82).
- Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O)*, online: <<http://www.admfincs-smafinsm.forces.gc.ca/qro-orf/index-eng.asp>>.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949*, R.S.C., 1985, G-3, Sch. III.

CASES CITED

APPLIED:

- Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 327 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.); *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) v. Terrasses Jewellers Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 283, [1983] I.L.R. 6243, (1983), 54 N.R. 321.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91, 92.
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, art. 22(2)r).
- Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, partie III (mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 18), partie IV (éditée, *idem*, art. 82).
- Loi sur les Conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(3)b) (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), (4) (édité, *idem*; 2002, ch. 8, art. 27), 22(2)r).
- Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC)*, en ligne : <<http://www.admfincs-sma-finsm.forces.gc.ca/qro-orf/index-fra.asp>>.
- Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires*, C.P. 1999-2065, art. 2.
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400 (mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, L.R.C. (1985), ch. G-3, ann. III.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.S.C. 190, 327 R.N.-B. (2^e) 1; *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.); *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) c. Terrasses Jewellers Inc. et autre*, [1983] 1 R.C.S. 283.

CONSIDERED:

Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff), 2008 FC 336, [2008] 4 F.C.R. 546, 292 D.L.R. (4th) 127, 81 Admin. L.R. (4th) 189, affd 2008 FCA 401, [2009] 4 F.C.R. 149, 305 D.L.R. (4th) 741, 182 C.R.R. (2d) 203, leave to appeal to S.C.C. refused [2009] 1 S.C.R. v; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, 2004 SCC 23, [2004] 1 S.C.R. 609, 346 A.R. 201, 238 D.L.R. (4th) 217; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756, (1971), 18 D.L.R. (3d) 1; *Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn.*, 2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 219, 98 Admin. L.R. (4th) 25, 81 C.C.E.L. (3d) 207; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745, 50 C.C.C. (2d) 495.

REFERRED TO:

Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et al., [1981] 1 S.C.R. 363, (1981), 121 D.L.R. (3d) 517, 35 N.R. 288; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, 309 D.L.R. (4th) 513, 92 Admin. L.R. (4th) 203; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, (1979), 25 N.B.R. (2d) 237, 97 D.L.R. (3d) 417; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, 212 D.L.R. (4th) 1, [2002] 5 W.W.R. 1; *Glykis v. Hydro-Québec*, 2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285, 244 D.L.R. (4th) 277, 325 N.R. 369; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, 211 Nfld. & P.E.I.R. 50, 210 D.L.R. (4th) 608; *North v. West Region Child and Family Services Inc.*, 2007 FCA 96, 362 N.R. 83; *Hochster v. de la Tour (1853)*, 118 E.R. 922 (Q.B.); *Pompeani v. Bonik Inc.* (1997), 35 O.R. (3d) 417, 104 O.A.C. 149, 13 R.P.R. (3d) 1 (C.A.).

AUTHORS CITED

- Brown, Donald M. J. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf. Toronto: Canvasback, 1998.
- Canada. Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia. *Report of the Somalia Commission of Inquiry*, July 2, 1997, online: <<http://www.forces.gc.ca/somalia/somaliae.htm>>.
- Canada. Military Police Complaints Commission. "Commission Chair's Decision to Hold a Public Interest Hearing on Detainee Treatment in Afghanistan", March 12, 2008, online: <<http://www.mpcc-cppm.gc.ca/300/afghan/2008-03-12-eng.aspx>>.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense), 2008 CF 336, [2008] 4 R.C.F. 546, conf. par 2008 CAF 401, [2009] 4 R.C.S. 149, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2009] 1 R.C.S. v; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, 2004 CSC 23, [2004] 1 R.C.S. 609; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada*, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

DÉCISIONS CITÉES :

Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et autres, [1981] 1 R.C.S. 363; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, (1979), 25 R.N.-B. (2^e) 237; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Glykis c. Hydro-Québec*, 2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *North c. West Region Child and Family Services Inc.*, 2007 CAF 96; *Hochster v. de la Tour (1853)*, 118 E.R. 922 (Q.B.); *Pompeani v. Bonik Inc.* (1997), 35 O.R. (3d) 417, 104 O.A.C. 149, 13 R.P.R. (3d) 1 (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

- Brown, Donald M. J. et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles. Toronto : Canvasback, 1998.
- Canada. Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie. *Rapport de la Commission d'enquête sur la Somalie*, 2 juillet 1977, en ligne : <<http://www.forces.gc.ca/somalia/somaliaf.htm>>.
- Canada. Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire. « Décision du président de la Commission pour la tenue d'une audience d'intérêt public concernant le traitement des détenus en Afghanistan », 12 mars 2008,

Canada. Military Police Complaints Commission. “Full Decision to Launch Probe into Second Afghanistan Complaint”, online: <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/Afghanistan/2007-02-26-2-eng.pdf>.

Canada. Military Police Complaints Commission. *Special Report: Interference with Military Police Investigations: What is it About?*, December 2002, online: <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/315-eng.pdf>.

Canada. Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services. *Report of the Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services*. Ottawa: Department of National Defence, 1997 (Chair: Rt. Hon. Brian Dickson).

APPLICATIONS for judicial review of the Military Police Complaints Commission’s decision (*Decision (s. 250.38 NDA) Regarding a Complaint by Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association in June 2008*, MPCC 2008-024 and MPCC 2008-042, September 30, 2008) to investigate complaints regarding the transfer of Afghan detainees and the failure by the military police to investigate officers responsible for the transfers in the face of a known risk of torture. Applications allowed.

APPEARANCES

Alain Préfontaine and *Zoe A. Oxaal* for applicant.
Paul Champ for respondents.
Freya J. Kristjanson and *Nigel Marshman* for interveners Military Police Complaints Commission.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l., Ottawa, for respondents.
Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish LLP, Toronto, for interveners Military Police Complaints Commission.

en ligne : <<http://www.mpcc-cppm.gc.ca/300/afghan/2008-03-12-fra.aspx>>.

Canada. Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire. « Décision intégrale sur l’enquête sur une plainte relative à l’Afghanistan », en ligne : <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/Afghanistan/2007-02-26-2-fra.pdf>.

Canada. Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire. *Rapport spécial : L’ingérence dans les enquêtes de la police militaire : de quoi s’agit-il?*, décembre 2002, en ligne : <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/315-fra.pdf>.

Canada. Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d’enquête de la police militaire. *Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d’enquête de la police militaire*, Ottawa, Ministère de la Défense nationale, 1997 (président : très honorable Brian Dickson).

DEMANDES de contrôle judiciaire de la décision (*Décision (s. 250.38 LDA) concernant une plainte d’Amnesty International (section canadienne) et l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique soumise le 12 juin 2008*, CPPM 2008-024 et CPPM 2008-042, en date du 30 septembre 2008) de la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire d’enquêter sur des plaintes concernant le transfert de détenus afghans et l’omission de la police militaire d’enquêter sur les officiers chargés du transfert de détenus malgré l’existence d’un risque connu de torture. Demandes accueillies.

ONT COMPARU

Alain Préfontaine et *Zoe A. Oxaal* pour le demandeur.
Paul Champ pour les défenderesses.
Freya J. Kristjanson et *Nigel Marshman* pour l’intervenant Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l., Ottawa, pour les défenderesses.
Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish LLP, Toronto, pour l’intervenant Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire.

The following are the reasons for order and orders rendered in English by

[1] HARRINGTON J.: Among the men and women serving in our Canadian Armed Forces is a group known as the military police. Unlike civilian police forces, their members are entrusted with both police and military duties. It is this distinction which serves as the backdrop to two judicial reviews launched by the Attorney General against decisions of the Military Police Complaints Commission to consider two complaints filed by Amnesty International Canada and the British Columbia Civil Liberties Association (to whom I shall refer collectively as Amnesty International). The complaints are about the conduct of the Provost Marshal who is the head of the military police, and others in the performance of their policing duties or functions in respect of the treatment of detainees in Afghanistan.

[2] The Military Police Complaints Commission was established in 1999 [being Part IV, ss. 250 to 250.53 (as enacted by S.C. 1998, c. 35, s. 82) of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5] as one of the corrective measures taken in light of misconduct by some members of the Canadian Forces in Somalia. It is an independent commission which has oversight over the conduct of the military police in their policing role. However it does not have jurisdiction to investigate complaints against members of the military police that relate to military operations resulting from “established military custom or practice”.

[3] In the first complaint (the detainee complaint), Amnesty International alleged that the Provost Marshal and others “transferred and/or allowed to be transferred detainees” to the authorities in Afghanistan notwithstanding that the transfer system lacked effective safeguards against torture and that there was evidence that the Afghan authorities were routinely torturing detainees.

[4] In its second complaint, Amnesty International sought an extension of the time frame of its first complaint, and as a distinct issue, alleged that the military police failed to investigate officers “having command

Ce qui suit est la version française des motifs de l’ordonnance et des ordonnances rendus par

[1] LE JUGE HARRINGTON : Au sein des Forces canadiennes 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 Grand 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 [qui constitue la partie IV, art. 250 à 250.53 (édictees par L.C. 1998, ch. 35, art. 82) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5] 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 Grand 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

responsibility for directing the transfer of detainees to the Afghan authorities, in the face of a known risk of torture”. Such officers, it was alleged, may be in breach of the Code of Service Discipline [being Part III (as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 18) of the *National Defence Act*], the *Geneva Conventions Act* [R.S.C., 1985, c. G-3] and other Canadian and international laws.

[5] On receipt of the detainee complaint, the Commission, through its Chair, stated it would conduct a public interest investigation on the grounds that one of the policing duties or functions specifically enumerated in the *Complaints About the Conduct of Members of the Military Police Regulations*, P.C. 1999-2065 [the Regulations], is the “arrest or custody of a person” [at paragraph 2(1)(i)] if performed by a member of the military police.

[6] With respect to the first component of the second complaint, the expansion of the time frame of the detainee complaint, the extension was granted. That extension shall be considered as forming part of the overall detainee complaint. The Commission also agreed to consider the second aspect of this complaint, the alleged failure of the military police to investigate the conduct of those who made the decisions to transfer detainees to the Afghan authorities (the investigation complaint). The Commission also decided to call a public interest hearing with respect to both complaints.

[7] The decision to investigate the initial detainee complaint was made without seeking comments from the military police. This led to protracted correspondence between the Commission and the Office of the Judge Advocate General, and the Attorney General, and finally to this application for judicial review. The position of the Attorney General is that the capture, detention and transfer of insurgents, and others, in Afghanistan is not a policing duty or function relating to the arrest or custody of persons, but rather is excluded therefrom as relating to a military operation that results from established military custom or practice. It is common ground that decisions to turn detainees over to the Afghan authorities are made by the Task Force Commander, and not by any member of the military police.

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 [qui constitue la partie III (mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 18) de la *Loi sur la défense nationale*], la *Loi sur les Conventions de Genève* [L.R.C. (1985), ch. G-3] 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 » [à l’alinéa 2(1)i)] 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 [le Règlement], 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] The Attorney General has a more nuanced approach to the second complaint which alleges that the military police failed to investigate crimes or potential crimes committed by senior officers who may have been aware that detainees released to the Afghan authorities were likely to be tortured. He acknowledges that an investigation as to whether members of the Canadian Forces were in breach of the Code of Service Discipline, and other Canadian law as well as international law, is a policing duty or function normally carried out by the military police. However, his position is that the Commission has given every indication that it intends to exceed its jurisdiction by investigating government policy at large. Government policy falls outside the confines of the Commission's mandate and involves persons who are not members of the military police acting within the scope of their policing duties or functions.

[9] The notices of application are somewhat broader than that which I have just outlined. However, over time, some of the bases for judicial review have fallen by the wayside. The Attorney General no longer seeks to quash the Commission's decision to expand the temporal framework of the detainee complaint on the ground that there was no reason why it could not have been made within the normal delays. The expanded detainee complaint will stand or fall on the question of jurisdiction. If there is jurisdiction, he no longer takes the point that the Commission improperly exercised its discretion in deciding to hold a public inquiry with respect to both the detention and failure to investigate complaints.

[10] Amnesty International has long been critical of Canadian treatment of Afghan detainees. In its unsuccessful attempt to seek a ruling that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] applied to Afghans held by Canadian military forces (*Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2008 FC 336, [2008] 4 F.C.R. 546), it was given public interest standing. In this case section 250.18 [as enacted by S.C. 1998, c. 35, s. 82] of the *National Defence Act* provides that "any person" may complain. The status

[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* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] s'applique aux personnes détenues par les forces militaires canadiennes en Afghanistan (*Amnistie internationale 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

of the complainants before the Commission is therefore not in issue.

[11] Another non-issue is the timing of the Attorney General's application for judicial review of the Commission's initial decision to investigate the detainee complaint. That decision was made in February 2007. The application for judicial review was only filed in April 2008. Normally, an application for judicial review is to be taken within 30 days. However, for reasons which follow, the Attorney General is not out of time.

DECISION

[12] Although the Attorney General's position may be somewhat overstated, and although the detention of insurgents in Afghanistan and their subsequent release to the Afghan authorities may possibly be described as policing duties or functions which were performed by members of the military police in Afghanistan pertaining to the arrest or custody of persons, those duties or functions, policing or not, relate to military operations that resulted from established military custom or practice and, therefore, are beyond the jurisdiction of the Commission.

[13] With respect to the second complaint, the "failure to investigate" complaint, I am satisfied that this is a policing duty or function in that the conduct of an investigation within the meaning of the Regulations includes a failure to investigate. However, as the *National Defence Act* makes clear, the Commission is limited to considering the conduct of members of the military police in the performance of their policing duties or functions. It has no jurisdiction to inquire into the conduct of the military at large, much less the conduct of persons who are not members of the military. Thus, while the Commission may legitimately inquire as to what any member of the military police knew, or had the means of knowing, it would be an excess of jurisdiction to investigate government policy and to inquire as to the state of

public. Dans cette décision, l'article 250.18 [édicte par L.C. 1998, ch. 35, art. 82] 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

knowledge of the Government of Canada at large, and more particularly the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT), and to the extent, if any, it had relevant information to question why that information was not shared with the military police.

ISSUES

[14] The first of three issues is whether the applications for judicial review are premature. They are in respect of interlocutory decisions. Courts are loath to engage in judicial review before a final decision is rendered. The second issue is whether I should take into account evidence pertaining to military practice which is before me, but which was not before the Commission. Judicial review is normally based on the material which was before the underlying federal board, tribunal or commission. An exception lies if the review pertains to jurisdiction. However, that exception is not hard and fast, and is subject to discretion. It is not necessary for me to rule on this point, as I have not taken into account evidence which was not before the Commission.

[15] The third issue is the standard of review. My method of approach is to give the background to Part IV of the *National Defence Act* and the Regulations thereunder, set out the law itself, followed by a brief summary of Canada's role in Afghanistan, the timetable leading to these judicial reviews, the decisions under review and, finally, an analysis of the issues themselves.

THE LAW

[16] Beginning in 1992, members of the Canadian Forces were deployed to Somalia as part of an international mission to facilitate humanitarian relief efforts in the midst of civil strife and ineffective state authority. Members of the Canadian Airborne Regiment Battle Group were involved in incidents which resulted in the death of Somali civilians. A commission of inquiry, headed by Mr. Justice Gilles Létourneau of the Federal

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

Court of Appeal, was established [Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia]. A number of recommendations were made with respect to military policing, the need for some independence from the military chain of command and independent oversight.

[17] Shortly before that report was issued in 1997 [*Report of the Somalia Commission of Inquiry*, July 2, 1997, online: <<http://www.forces.gc.ca/somalia/somaliae.htm>> (Somalia Inquiry Report)], a Special Advisory Group, chaired by the late Right Honourable Brian Dickson, former Chief Justice of the Supreme Court of Canada, assessed the role and function of the military police [*Report of the Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services*, March 14, 1997 (Dickson Report)]. It too made recommendations with respect to the independence of military police services, independent oversight mechanisms and a process by which complaints with respect to military police actions could be investigated.

[18] Following these reports, the *National Defence Act* was amended in 1998 to establish Part IV thereof, sections 250–250.53. Part IV comprises four divisions. The first establishes the Military Police Complaints Commission, the second deals with complaints, the third with investigations and hearings by the Commission, and finally the findings, report and recommendation process.

[19] As previously stated, any person may make a complaint about the conduct of a member of the military police in the performance of police duties. As well, any member of the military police may complain about interference with an investigation he or she is carrying out. These judicial reviews do not deal with an interference complaint.

[20] In the normal course, conduct complaints are dealt with by the Provost Marshal. A dissatisfied claimant may then refer the matter to the Complaints Commission for review. At any time, however, the Chairperson may conduct an investigation and hold a hearing.

d'enquête, présidée par M. le juge Gilles Létourneau de la Cour d'appel fédérale, a été mise sur pied [Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie]. 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 avant la publication du rapport en 1997 [*Rapport de la Commission d'enquête sur la Somalie*, 2 juillet 1997, en ligne : <<http://www.forces.gc.ca/somalia/somaliaf.htm>> (Rapport d'enquête sur la Somalie)], un Groupe consultatif spécial, présidé par le très honorable Brian Dickson, ancien juge en chef de la Cour suprême du Canada, a examiné le rôle et les fonctions de la police militaire [*Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire*, 14 mars 1997 (rapport Dickson)]. 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 Grand 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] Section 250.18 and subsection 250.38(1) provide:

Enforcement of guaranteed rights and freedoms

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.

Complainant need not be affected

(2) A conduct complaint may be made whether or not the complainant is affected by the subject-matter of the complaint.

...

Public interest

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] In accordance with section 250.18 and other sections of the *National Defence Act*, the *Complaints about the Conduct of Members of the Military Police Regulations* were enacted. Subsection 2(1) provides in part and subsection 2(2) provides:

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:

(a) the conduct of an investigation;

...

(g) the enforcement of laws;

...

(i) the arrest or custody of a person.

(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.

[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 portant sur la conduite 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.

Plainte contre un policier militaire

(2) Elle peut déposer une plainte qu'elle en ait ou non subi un préjudice.

Absence de 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.

Intérêt public

[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 :

2. (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 :

a) enquêter;

[...]

g) faire respecter la loi;

[...]

i) arrêter ou détenir des personnes.

(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.

CANADA'S ROLE IN AFGHANISTAN

[23] Canada's role in Afghanistan was clearly explained by Madam Justice Mactavish in the decision referred to earlier in *Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2008 FC 336, [2008] 4 F.C.R. 546, aff'd 2008 FCA 401, [2009] 4 F.C.R. 149, leave to appeal to S.C.C. refused, [2009] 1 S.C.R. v (21 May 2009), and by Peter Tinsley, the Chair of the Complaints Commission, in his reasons for the decision of 30 September 2008, which is the fundamental decision under review before me [*Decision (s. 250.38 NDA) Regarding a Complaint by Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association in June 2008*, MPCC 2008-024 and MPCC 2008-042, online: <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/Afghan/2008-09-30-eng.pdf>]. There is no need to repeat what they have said in any detail.

[24] Suffice it to say that Canada is part of both NATO [North Atlantic Treaty Organisation] and United Nations missions, with particular security operations in the Kandahar region. Pursuant to various arrangements between Canada and the Islamic Republic of Afghanistan, it has been acknowledged that Canadian personnel may have need to use deadly force in the capture and detention of insurgents or those assisting them. Detainees are afforded the same treatment as prisoners of war. If not released, they are to be transferred to Afghan authorities in a manner consistent with international law. Afghanistan has agreed to treat detainees in accordance with the Third Geneva Convention [*Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949*, R.S.C., 1985, c. G-3, Sch. III], i.e. humanely and without torture.

[25] Various bodies, including the International Committee of the Red Cross and Canadian government personnel (actually from DFAIT) are provided access to persons who have been transferred from Canadian to Afghan authority.

[26] The standard procedure is that those captured by Canadian Forces are turned over to the military police

LE RÔLE DU CANADA EN AFGHANISTAN

[23] Le rôle du Canada en Afghanistan a clairement été expliqué par M^{me} la juge Mactavish dans l'affaire susmentionnée, *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2008 CF 336, [2008] 4 R.C.F. 546, conf. par 2008 CAF 401, [2009] 4 R.C.F. 149, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2009] 1 R.C.S. v (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 [*Décision (s. 250.38 LDA) concernant une plainte d'Amnesty International (section canadienne) et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique soumise le 12 juin 2008*, CPPM 2008-024 et CPPM 2008-042, en ligne : <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/Afghan/2008-09-30-fra.pdf>]. 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 [Organisation du Traité de l'Atlantique Nord] 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 [*Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, L.R.C. (1985), ch. G-3, annexe III], 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

for interrogation and detention. If not released outright, detainees are turned over to the Afghan authorities within days. That policy was, however, interrupted from November 2007 until February 2008, upon receipt of reports of the very real possibility that some of the detainees released into Afghan custody were tortured. It is important to note that the Chief of the Defence Staff commands all operations at the strategic level and that decisions to detain or release prisoners are made by the Task Force Commander, not by the military police.

[27] Although there are military police in Afghanistan providing advice, and although they are under the military chain of command, there is another chain, the technical chain of command designed to help ensure investigative independence. The only military police in Afghanistan who are not under the military chain of command are members of the National Investigation Service. The Task Force Provost Marshal in Afghanistan reports both to the Task Force Commander in Afghanistan and to the Canadian Forces Provost Marshal. The military police who form part of the National Investigation Service do not report within the military chain of command.

THE TIMELINE

[28] On 21 February 2007, Amnesty International filed its initial conduct complaint with respect to the detention of Afghan nationals.

[29] On 26 February 2007, the Commission decided to investigate [Full Decision to Launch Probe into Second Afghanistan Complaint, online: <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/Afghanistan/2007-02-26-2-eng.pdf>]. The Chair said: “[T]hese allegations relate to the conduct of members of the military police with respect to the custody of persons, which is expressly enumerated in the relevant regulations as one of the ‘policing duties or functions’ of the military police which may be the subject of a conduct complaint”. He decided it was in the public interest for the Commission to immediately initiate its own independent investigation pursuant to section 250.38 of the *National Defence Act*,

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 Grand prévôt de la force opérationnelle en Afghanistan relève à la fois du commandant de la force opérationnelle en Afghanistan et du Grand 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 [Décision intégrale sur l’enquête sur une plainte relative à l’Afghanistan, en ligne : <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/Afghanistan/2007-02-26-2-fra.pdf>]. Le président a déclaré ce qui suit : « [C]es allégations portent sur la conduite de membres de la police militaire relativement à la détention de personnes, expressément identifiée dans le règlement pertinent comme l’une des “responsabilités ou fonctions policières” de la police militaire pouvant faire l’objet d’une plainte concernant la conduite ». Il a décidé qu’il était dans l’intérêt public que la Commission fasse tenir sa propre enquête sans délai conformément à l’article

but reserved his decision on the holding of a public hearing. Although they had not been consulted beforehand, this decision was distributed to the Minister of National Defence, the Chief of the Defence Staff, the Judge Advocate General and the Canadian Forces Provost Marshal.

[30] On 3 March 2007, the Office of the Judge Advocate General, on behalf of the Department of National Defence and the Canadian Forces, took the position that the complaint was not a conduct complaint. More particularly, Colonel Gleason stated, among other things, that the practice of transferring detainees pursuant to an arrangement with the Government of Afghanistan is directed by the operational chain of command and is followed by all Canadian Forces members involved, not just the military police. Before instituting an application for judicial review of the decision, he asked for clarification of the legal basis of the Commission's jurisdiction, more particularly the basis for its conclusion that this is a policing duty or function, and, should it proceed, for an outline of subjects and issues to be investigated in light of the very broad scope of the complaint.

[31] On 15 March 2007, counsel for the Commission simply replied that as earlier stated by the Chair the custody of persons is specifically enumerated as a police duty or function.

[32] No application for judicial review was filed between March 2007 and March 2008. The Attorney General was apparently of the view that co-operation was the course of least resistance, that the Commission would ultimately realize that it was without jurisdiction, and that, in any event, there was no merit to the allegations. The Department of National Defence generally co-operated, and a number of witnesses were interviewed. Other departments were, however, less forthcoming. Many documents were provided in redacted form.

[33] On 12 March 2008, the Chair decided to conduct a public hearing [Commission Chair's Decision to Hold a Public Interest Hearing on Detainee Treatment in Afghanistan, online: <<http://www.mpcc-cppm.gc.ca/300/>

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 Grand 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 [Décision du président de la Commission pour la tenue d'une Audience d'intérêt public concernant le traitement des détenus en Afghanistan, en

afghan/2008-03-12-eng.aspx>]. He stated that the main difficulty, which gave rise to his decision, was the Government's refusal to provide the Commission with full access to relevant documents and information under the control of departments or agencies such as DFAIT and the Correctional Service of Canada.

[34] The first application for judicial review was filed on 11 April 2008 under docket number T-581-08.

[35] On 12 June 2008, Amnesty International filed its second complaint expanding the time frame of its detainee complaint up to that date, as well as the allegations with respect to the alleged failure to investigate.

[36] That same day the Chair brought the second complaint to the attention of the Chief of the Defence Staff and the Canadian Forces Provost Marshal. Although he stated that he was under no obligation to do so, he invited comment on six issues including the request to update and expand the scope of the detainee complaint and jurisdiction. He confirmed he had copy of the material already filed by the Attorney General in the first, and then only, application for judicial review. This material dealt in detail with established military customs and practices.

[37] The Attorney General responded on 27 June 2008. Mention was made of the fact that following the initial detention complaint against the Provost Marshal, the National Investigation Service, reluctant to investigate the head of the military police, asked the Royal Canadian Mounted Police [RCMP] to review the allegations. The RCMP had reported that it found no grounds to proceed with either a criminal or service offence investigation. I pause to mention that this report in no way ousts the jurisdiction confided upon the Commission by statute and by regulation. No additional comment was made with respect to the Attorney General's position that the Commission had no jurisdiction in the first place.

[38] On 30 September 2008, the Commission, through its Chair, issued a 78-page decision with respect to the 12 June 2008 complaint. This time, in the context of the

ligne : <<http://www.mpcc-cppm.gc.ca/300/afghan/2008-02-12-fra.aspx>>]. 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 Grand 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 Grand 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

expanded detainee complaint, the Commission did not simply state that it had jurisdiction arising from the arrest or custody of a person, but considered in depth subsection 2(2) of the Regulations and the principles of statutory interpretation.

[39] On 30 October 2008, the Attorney General filed the second application for judicial review under T-1685-08. Subsequent thereto, the two judicial reviews were consolidated under that number and since jurisdiction was in issue, the Commission itself was given leave to intervene.

DISCUSSION

[40] In essence, the timeline provides the answer to the first two issues. It is Parliament which gives federal boards, tribunals and commissions their jurisdiction, not the parties. The Court could have raised the issue of jurisdiction on its own motion (*Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et al.*, [1981] 1 S.C.R. 363). In any event, the application for judicial review of the second decision, which also deals with jurisdiction, was taken within time.

[41] With respect to the contention that the applications for judicial review are premature, the argument is clearly set out at paragraph 3:4100 in Brown and Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf (Toronto: Canvasback, 1998) where the authors state: “courts now generally defer a determination of an allegation that an administrative decision-maker has no jurisdiction over a matter ... until the administrative process is complete.”

[42] Nevertheless, the decision is still a discretionary one, and I have decided it is more appropriate to rule on jurisdiction now. The parties have said just about all that can be said with respect to jurisdiction. The decision of the Chair was based on statutory interpretation, and not his expertise within a specialized tribunal as compared to the Federal Court which is far more generalist in that it

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 paragraphe 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 : Canvasback, 1998) 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 ».

[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

is called upon to review decisions made under more than 100 statutes. Finally, the Commission is about to embark on a very expensive process and would be spending the public purse without legal justification.

[43] As to the new evidence pertaining to jurisdiction, which is being contested, it consists of the affidavits of Dr. Yves Tremblay, a government historian, and Colonel Dorothy Cooper, who essentially supports what other affiants have already said. I agree with Amnesty International that the Attorney General had the opportunity to put this evidence in before the Commission rendered its second decision. However, it is not necessary for me to make a ruling on this point as I have not taken that evidence into account.

[44] This is not a case in which the Court is prematurely cutting short an inquiry by findings of jurisdictional facts, which are more within the expertise of a specialized tribunal. The Commission's decision to accept jurisdiction does not turn on a finding as to the content of "established military custom or practice".

[45] This brings us to the standard of judicial review.

JUDICIAL REVIEW—CORRECTNESS OR DEFERENCE

[46] Following the decision of the Supreme Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, there are two standards of review: correctness or reasonableness. Findings of fact and mixed findings of fact and law are reviewed on a reasonableness standard, meaning that the decision should not be disturbed unless it falls outside a range of rational, articulate outcomes.

[47] Although questions of pure law are reviewed more often than not on a correctness standard, there are exceptions, primarily based on the expertise of the tribunal which rendered the decision. For instance, in *Voice Construction Ltd. v. Construction & General*

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 raisonabilité. 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*

Workers' Union, Local 92, 2004 SCC 23, [2004] 1 S.C.R. 609, the Court deferred to an arbitrator's interpretation of a collective agreement. A very recent instance of the Court deferring to determinations of law by a tribunal is *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678.

[48] However, it was arguable that Parliament imposed a different standard upon the Federal Court. Subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] provides that one ground of review upon which the Federal Court may grant relief is that the federal board, commission or other tribunal "erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record".

[49] That concern has been put to rest by the reasons of the majority in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 which held that subsection 18.1(4) only establishes the grounds of review, not the standard of review.

[50] The first step in the process is to determine whether the degree of deference owed to the Military Police Complaints Commission has already been established (*Dunsmuir*, above, at paragraph 62 and *Nolan*, above, at paragraphs 23–24). As far as I am aware, this is the first case dealing with the Commission. Consequently, a standard of review analysis is required.

[51] In their joint reasons for judgment in *Dunsmuir*, Justices Bastarache and LeBel considered the ways and means in which the appropriate standard of review could be determined, such as whether the tribunal is interpreting its own statute or statutes related thereto, the presence or absence of a privative clause, a discrete and specialist administrative regime in which the decision maker has expertise and the nature of the question of law (paragraphs 54 and 55). However, at paragraph 59 they state:

Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92, 2004 CSC 23, [2004] 1 R.C.S. 609, 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, [2009] 2 R.C.S. 678, 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) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] 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 l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 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 paragraphe 62 et *Nolan*, précité, aux paragraphes 23 et 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 (paragraphes 54 et 55). Ils précisent toutefois ce qui suit au paragraphe 59 :

Administrative bodies must also be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*. We mention true questions of *vires* to distance ourselves from the extended definitions adopted before *CUPE*. It is important here to take a robust view of jurisdiction. We neither wish nor intend to return to the jurisdiction/ preliminary question doctrine that plagued the jurisprudence in this area for many years. “Jurisdiction” is intended in the narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry. In other words, true jurisdiction questions arise where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter. The tribunal must interpret the grant of authority correctly or its action will be found to be *ultra vires* or to constitute a wrongful decline of jurisdiction: D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 14-3 to 14-6.

The reference to CUPE is to *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227.

[52] In my opinion, the jurisdiction of the Commission to entertain the detainee complaint is a true question of jurisdiction. Either Parliament gave the Commission jurisdiction or it did not. This is not a “jurisdiction/ preliminary question” or jurisdictional fact such as that seized upon by the Supreme Court under now discarded principles of administrative law in *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756. Thus the standard of review is correctness.

[53] However, should I be wrong in this characterization, for reasons to follow, I also consider the Commission’s decision to be unreasonable.

[54] With respect to the “failure to investigate” complaint, the Attorney General does not contest the Commission’s jurisdiction to inquire into any alleged failure to investigate by the military police. While I tend to the view that to go beyond the military police and to investigate the conduct of others is an exercise in excess of jurisdiction also to be reviewed on a correctness

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

standard, in the end result the applicable standard does not matter. It is unreasonable for the Commission to use its jurisdiction to investigate complaints against the military police as a springboard to investigate government policy at large.

[55] A recent decision dealing with the jurisdiction of a federal board or tribunal is that of the Federal Court of Appeal in *Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn.*, 2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 219. In that case, all three members of the panel agreed that the standard of review was reasonableness. Two held the decision was reasonable, while one did not. However, the contextual factors were quite different. In my opinion this case falls squarely within true questions of jurisdiction as referred to in paragraph 59 of *Dunsmuir*, above.

THE COMMISSION'S DECISIONS

[56] A complete set of reasons with respect to both complaints is set out in the decision of 30 September 2008.

[57] The decision to accept jurisdiction over the detainee complaint was based on the “modern approach” to statutory interpretation, i.e. that the words of an act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament. This approach has been repeated time after time by the Supreme Court in cases such as *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559. This general approach also applies to the interpretation of regulations (*Glykis v. Hydro-Quebec*, 2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285). In the Chair’s opinion, “[f]or greater certainty” (“[i] est entendu”) in subsection 2(2) of the Regulations is a clarification that does not detract from the scope of enumerated police duties and functions set out in subsection 2(1). He stated at paragraph 93:

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 *Alliance de la fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada*, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219, 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 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559. 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 « [i] est entendu » (« [f]or 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 :

In other words, the excluded duties or functions described in subsection 2(2) are already (i.e., without the operation of subsection 2(2)) inherently distinct from the activities enumerated in subsection 2(1).

[58] The Chair drew inspiration from the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] as we read in paragraphs 88 and 89 of the decision:

The term “for greater certainty” arises frequently in division of powers jurisprudence. Section 91 of the *Constitution Act, 1867* distributes to the federal government the power to:

“... make Laws for the Peace, Order and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces, *and for greater Certainty*, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms in this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated...” [Emphasis added.]

The phrase “for greater certainty” preceding the enumeration of specific powers, in the constitutional context, has been determined not to detract in any way from the federal government’s exclusive jurisdiction to make laws in relation to peace, order and good government for all matters not exclusively assigned to the province: “... the paramount consideration is that the specific powers are only ‘for greater certainty’; the basis [*sic*] rule is that general legislative authority in respect of all that is not within the provincial field is federal”. [Footnotes omitted.]

[59] Unlike in his initial decision, the Chair went on to consider the impact of military operations that result from established military custom or practice. Paragraphs 121–123 are telling:

Finally, I note that while the Dickson Report and the Somalia Inquiry report do refer to custody and control of detainees as combat or operational functions, this was in a context where the focus for both reports was to separate “investigations” from

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* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], comme on peut le lire aux paragraphes 88 et 89 de la décision :

L’expression « 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.]

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 ». [Notes en bas de page omises.]

[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 :

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

everything else an MP does. For example, the Dickson report did not say, that these operational roles were not also policing duties or functions. Moreover, the resulting law—s. 2 of the *Conduct Regulations*—went well beyond a concern for investigations. The Governor in Council saw fit to draw numerous other activities of MPs, including custody or arrest, into the fold of policing duties and functions.

It seems, therefore, that the Attorney General’s assertion that detainee handling falls under the rubric of “military custom” is wrong, and that the opposite is more likely true. Based on all the material before me, and based as well on Complaints Commission expertise in the area of military policing, I conclude that the custom has instead developed that arrest and custody of detainees is a policing function, including when in support of deployed military operations.

First, I note that CF Doctrine, Security Orders, Formation Standard Operating Procedures and Military Police Doctrine all assign custodial services, including detention operations, to the military police, and for good reason. In the operations context, it makes good sense for the military police, given their expertise, to handle detainees. MPs are specifically required to know and apply the law of armed conflict to the treatment of prisoners of war, something the MP Doctrine describes as of “particular interest to military police...”. MPs must be well-versed in the standards imposed by the Geneva Conventions and Protocols. [Footnote omitted.]

[60] More shall be said about the Dickson Report and the Somalia Inquiry Report, as well as custom or usage. Although mention was made of the Commission’s expertise, it was not explained how this expertise aided in the interpretation of the regulation, how this expertise would lead to the conclusion that custom had changed, and, if so, when.

[61] The core jurisdiction of the Commission with respect to the “failure to investigate” complaint is not in issue. The Chair considered that the subjects of the investigation complaint include the Canadian Forces Provost Marshal, the Task Force Provost Marshal, the Commanding Officer of the National Investigation

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.

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.

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. [Note en bas de page omise.]

[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 Grand prévôt des Forces canadiennes, le Grand prévôt de la force opérationnelle, le commandant

Service and the officer (or Warrant Officer) in charge of the National Investigation Service Attachment in Afghanistan during the time span in question. Given changes of personnel, 10 persons are involved. However, the Commission, either directly or through counsel, has sought production of documents emanating from other departments without establishing a footing that copies were provided to the military police, or that the military police had the ability to obtain them.

[62] On this second complaint, I re-emphasize that the jurisdiction of the Commission is to investigate complaints about members of the military police in carrying out their policing functions. The Commission does not have jurisdiction to investigate complaints about government officials, whether or not they are carrying out policing functions. If one were to take the Commission's approach to the extreme, there would be no question of military police misconduct in Afghanistan if Canadian Forces were not there. The whys and wherefores of that policy decision are beyond the reach of the Commission and of this Court. To quote Sir Francis Bacon:

It were infinite for the law to judge the cause of causes, and their impulsions one of another; therefore it contenteth itself with the immediate cause, and judgeth of acts by that, without looking to any further degree.

[63] Reverting to the decision to accept jurisdiction on the detainee complaint, the file is replete with details of what is called "military doctrine". Various orders, regulations and directives have been given over the years since the military police force was established in World War One. It is not necessary, however, to go beyond the Dickson Report issued in March 1997 and the Somalia Inquiry Report issued in June 1997.

[64] As noted in the Dickson Report [at page 13], the investigation of service offences is not the main role of the military police. Most military police members carry out numerous functions and tasks assigned by the commanding officer:

Military police have very broad responsibilities which can best be described as four core areas, namely, police, security duties, custodial duties and direct support to military operations.

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 sir 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 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 [aux pages 14 et 15], 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

The performance of their police functions are similar to those of other police forces and include law enforcement, crime prevention and investigations. The security duties of the military police include those of security of personnel, materiel, information and information technology and those related to military intelligence. The military police is also responsible for the custodial functions associated with service prisons or field detention barracks which may be required in operations.

It is in the field of operations that military police's most important war time duties reside. Thus, the military police has an operational function which includes, *inter alia*, battlefield rear area and site security, route reconnaissance as well as traffic control for tactical movement, control of refugees, custody of prisoners of war and sundry direct defence duties in specific areas such as airfields. In short, the primacy of the operational mission will prevail over other duties when military police are deployed with forces in the field, be it in actual operations or in training. [Emphasis added.]

[65] The Somalia Inquiry Report states [in the section titled "The Military Justice System" found in Volume 1]:

In addition to their role in the military justice system, MP perform important combat functions. These include tactical and administrative movement control; route signing and traffic control; reception, custody, and control of prisoners of war or detainees; control of refugees; and all aspects of security. We acknowledge that MP performing these operational functions must form an integral part of the field formation and function under the operational chain of command. However, such an arrangement for Military Police engaged in providing *police* support to the military justice system may not afford adequate protection from command influence and thus may well undermine their effectiveness. [Emphasis added.]

[66] The conclusion of these reports that custody of prisoners of war or detainees was an operational function was reached notwithstanding that military police are "peace officers" within the meaning of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] and that the *Queen's*

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 services [*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 [dans la section intitulée « Le système de justice militaire » qui se trouve au premier volume] :

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* [L.R.C. (1985), ch. C-46] et que les *Ordonnances et règlements*

Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O) [online: <<http://www.admfincs-smafinm.forces.gc.ca/gro-orf/index-eng.asp>>] both then and now include the arrest or custody of persons as falling within the duties of a peace officer.

[67] There is nothing in Hansard nor in the language of the Regulation itself which suggests that the Governor in Council intended to give new meaning to “established military custom or practice”, as clearly set out in the Dickson and Somalia Inquiry reports. In the absence of evidence, it was unreasonable for the Commission to so find. Indeed, in a special report issued in December 2002 [*Special Report: Interference with Military Police Investigations: What is it about?*, online: <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/315-eng.pdf>], the previous Chair, Louise Cobetto stated [at page 7]:

Finally, in addition to their police duties, Military Police members perform important military duties since, as part of operations, they are responsible for guarding and supervising detainees or prisoners of war, overseeing detention barracks and conducting route surveys.

[68] Although the Chair refers to the Commission’s expertise, there is no explanation as to why that expertise aids in modern statutory interpretation or leads to the conclusion that the Governor in Council by regulation intended to change established military custom. The obligation to give reasons is a requirement of procedural fairness. No reasons were given which disclose why the Commission’s expertise in the area of military policing was of assistance (*R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *North v. West Region Child and Family Services Inc.*, 2007 FCA 96, 362 N.R. 83).

[69] As a matter of general statutory interpretation, I owe no deference. Judges interpret statutes and regulations. I cannot agree with the *Constitution Act, 1867* analogy that the enumeration of specific legislative powers falling within the provincial domain does not detract from the federal government’s jurisdiction to make laws in relation to peace, order and good government. If it were not for the “greater Certainty” provision in section 91, some matters which do relate to peace,

royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) [en ligne : <<http://www.admfincs-smafinm.forces.gc.ca/gro-orf/index-fra.asp>>] 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 [*Rapport spécial : L’ingérence dans les enquêtes de la police militaire : de quoi s’agit-il?*, en ligne : <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/315-fra.pdf>], 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).

[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 de 1867* 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 » (« *greater Certainty* »)

order and good government would be construed as falling within provincial competence as matters of property and civil rights.

[70] Paradoxically, the Commission's position that subsections 2(1) and 2(2) of the conduct Regulations are mutually exclusive is supported by the Attorney General. It is his position that the capture and detention of insurgents is not and never has been a policing duty or function pertaining to the arrest or custody of a person. Furthermore, he submits that a release from custody is not the same as holding in custody. Those arrested or in custody are limited to members of the military and in certain circumstances to other Canadians within Canada. As this is the first decision dealing with the jurisdiction of the Military Police Complaints Commission, I think it preferable to say as little as possible with respect to submissions which did not influence my decision.

[71] I base myself on the Attorney General's subsidiary submission which was that even if the capture or detention of insurgents in Afghanistan could be considered as a policing function or duty, since that function or duty arises from "established military custom or practice", they are deemed not to be a matter of policing.

[72] I do not consider, to use a well-worn phrase used in the interpretation of the Constitution, that subsections (1) and (2) of section 2 are "watertight compartments". The very reason the words "[f]or greater certainty" "[i] est entendu" (and I find no difference between the two) are inserted is that without them the scope of "policing duties or functions" including "the arrest or custody of a person" would be uncertain. Read out of context and on a stand-alone basis, which the Commission has done, the custody of a detainee in Afghanistan could be construed as the custody of a person. In fact, it is the custody of a person, but it is not a policing duty or function. Military police are assigned this duty in the field because of their special training in processing and interrogating persons and in the application of Canadian and international law, including the Geneva Conventions.

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 « [f]or greater certainty » et « [i] 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

[73] To illustrate, sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* do not specifically mention insurance. One case which has stood the test of time is the decision of the Privy Council in *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96. The issue was whether the regulation of policies of insurance entered into or enforced in a province fell within provincial jurisdiction as a matter of property and civil rights (subsection 92(13)) or peace, order and good government, more particularly the “Regulation of Trade and Commerce” [subsection 91(2)]. Their lordships, speaking through Sir Montague Smith, held that insurance was a matter of property and civil rights and that therefore the statute enacted by the Province of Ontario was constitutional.

[74] According to Sir Montague Smith at pages 108 and 109:

With regard to certain classes of subjects, therefore, generally described in sect. 91, legislative power may reside as to some matters falling within the general description of these subjects in the legislatures of the provinces. In these cases it is the duty of the Courts, however difficult it may be, to ascertain in what degree, and to what extent, authority to deal with matters falling within these classes of subjects exists in each legislature, and to define in the particular case before them the limits of their respective powers. It could not have been the intention that a conflict should exist; and, in order to prevent such a result, the two sections must be read together, and the language of one interpreted, and, where necessary, modified, by that of the other. In this way it may, in most cases, be found possible to arrive at a reasonable and practical construction of the language of the sections, so as to reconcile the respective powers they contain, and give effect to all of them. In performing this difficult duty, it will be a wise course for those on whom it is thrown, to decide each case which arises as best they can, without entering more largely upon an interpretation of the statute than is necessary for the decision of the particular question in hand.

He continued at page 110:

It becomes obvious, as soon as an attempt is made to construe the general terms in which the classes of subjects in sects. 91

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 de 1867*. Un cas qui a résisté à l'épreuve du temps est la décision du Conseil privé *Citizens Insurance Company of Canada v. 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 » [paragraphe 91(2)]. 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

and 92 are described, that both sections and the other parts of the Act must be looked at to ascertain whether language of a general nature must not by necessary implication or reasonable intendment be modified and limited. In looking at sect. 91, it will be found not only that there is no class including, generally, contracts and the rights arising from them, but that one class of contracts is mentioned and enumerated, viz., “18, bills of exchange and promissory notes,” which it would have been unnecessary to specify if authority over all contracts and the rights arising from them had belonged to the dominion parliament.

[75] A follow-up to this decision is that of the Supreme Court of Canada in *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) v. Terrasses Jewellers Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 283. The issue in that case was whether paragraph 22(2)(r) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, now the *Federal Courts Act*], which gives this Court jurisdiction over “any claim arising out of or in connection with a contract of marine insurance” was constitutional.

[76] In speaking for the Court, Mr. Justice Chouinard said at pages 291–292:

The Attorney General of Canada, intervening in support of respondents, submitted that marine insurance is part of maritime law. Maritime law, including marine insurance, falls within the scope of navigation and shipping. Though marine insurance must be regarded as a matter forming part of property and civil rights, it has nonetheless been assigned to Parliament as part of navigation and shipping, except as regards the part of this power which remains within provincial jurisdiction.

In my opinion, the Attorney General of Canada is correct in regarding marine insurance as a matter falling within property and civil rights, strictly speaking, but one which has nonetheless been assigned to Parliament as a part of navigation and shipping. The same is true, for example, of bills of exchange and promissory notes, which form part of property and civil rights, but jurisdiction over which was assigned to Parliament by subs. 18 of s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. [Emphasis added.]

[77] To conclude with respect to the judicial review of the Commission’s decision to investigate the detention complaint, even if the capture, detention and transfer of insurgents in Afghanistan could be construed as a policing duty or function if carried out by the military police, subsection 2(1) of the conduct Regulations has to be read

de sujets aux art. 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’art. 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 *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) c. Terrasses Jewellers Inc. et autre*, [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* [S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, maintenant la *Loi sur les Cours fédérales*], 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

down to exclude such duties or functions as they arise from “established military custom or practice”.

[78] To deny the Commission jurisdiction is not to give the military police or any member of the Canadian Forces free reign to ignore or violate Canadian and international laws pertaining to human rights. As Madam Justice Mactavish stated in her reasons in the earlier *Amnesty International* case, at paragraph 344:

... members of the Canadian Forces cannot act with impunity with respect to the detainees in their custody. Not only can Canadian military personnel face disciplinary sanctions and criminal prosecution under Canadian law should their actions in Afghanistan violate international humanitarian law standards, in addition, they could potentially face sanctions or prosecutions under international law.

[79] This decision does not leave the Commission a toothless wonder. The main thrust of the amendments to the *National Defence Act* is to give more independence and transparency to the military police in their policing duties. A separate complaint was filed that military police failed to investigate alleged abuse of Afghan detainees by Canadian Forces. The Commission’s jurisdiction is not in issue.

[80] In terms of remedy, this Court has power by virtue of paragraph 18.1(3)(b) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Courts Act* to:

18.1 (1) ...

Powers of
Federal
Court

(3) ...

(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.

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 le juge Mactavish dans les motifs qu’elle a rédigés dans l’arrêt antérieur *Amnistie Internationale*, au paragraphe 344 :

[...] les 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) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur les Cours fédérales* de :

18.1 (1) [...]

(3) [...]

Pouvoirs
de la Cour
fédérale

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.

[81] As stated in *Solosky v. Canada*, [1980] 1 S.C.R. 821, declaratory relief is a remedy neither constrained by form nor bound by substantive content. There is a real issue here, the parties are opposed and it is appropriate to have a resolution now.

[82] As to the future conduct of the Commission with respect to the “failure to investigate” complaint, there is a real, not a hypothetical, dispute between the complainants and the Commission on the one hand, and the Attorney General on the other. If we were dealing in contract, it could be said that a remedy lies now in virtue of an anticipatory breach. See *Hochster v. de la Tour* (1853), 118 E.R. 922 (Q.B.); *Pompeani v. Bonik Inc.* (1997), 35 O.R. (3d) 417 (C.A.).

[83] Orders and declarations shall be issued accordingly.

[84] Notwithstanding that the Attorney General was successful in both judicial reviews; the jurisdiction of the Military Police Complaints Commission had not previously been tested; the points are difficult and given the considerable public interest in our Canadian Forces, in accordance with rule 400 [as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)] and following of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, rule 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], I consider it appropriate that each party pay its own costs.

[85] A copy of these reasons and orders is to be filed in docket number T-581-08.

ORDER ON APPLICATION T-581-08

UPON the application for judicial review by the Attorney General of Canada originally filed in Court docket No. T-581-08;

[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 les affaires *Hochster v. de la Tour* (1853), 118 E.R. 922 (Q.B.); *Pompeani v. 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 règles 400 [mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)] et suivantes des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

[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;

FOR REASONS GIVEN;

POUR LES MOTIFS ÉNONCÉS CI-DESSUS;

THIS COURT ORDERS that:

LA COUR ORDONNE que :

- a. The application is granted.
- b. It is declared that the complaint of the respondents is not a complaint about the conduct of a member of the military police in the performance of any “policing duties or functions,” as that expression is defined by subsection 250.18(1) of the *National Defence Act* and section 2 of the *Complaints About the Conduct of Members of the Military Police Regulations*, P.C. 1999-2065.
- c. The decisions of the Military Police Complaints Commission issued 26 February 2007 or 12 March 2008 and 30 September 2008 to investigate complaints that the Provost Marshal and others transferred or allowed to be transferred detainees to the authorities in Afghanistan, notwithstanding the allegations that the transfer system lacked effective safeguards against torture and that there was evidence that the Afghan authorities were routinely torturing detainees, are quashed and set aside as the Commission acted without jurisdiction.
- d. The Military Police Complaints Commission and its Chairperson are prohibited and restrained from investigating the said complaint.

- 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 2008 et le 30 septembre 2008 d’enquêter sur les plaintes selon lesquelles le Grand 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.

ORDER ON APPLICATION T-1685-08

ORDONNANCE POUR LA DEMANDE T-1685-08

UPON the application for judicial review by the Attorney General of Canada, in Court docket No. T-1685-08, of the decision of the Military Police Complaints Commission dated 30 September 2008 to investigate and to hold a public hearing with respect to the complaint by the respondents that the military police failed to investigate officers having command responsibility for directing the transfer of detainees to the Afghan authorities, in the face of allegedly known risks of torture;

VU la demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général du Canada, dans le dossier T-1685-08, 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;

FOR REASONS GIVEN;

POUR LES MOTIFS ÉNONCÉS CI-DESSUS;

THIS COURT ORDERS that:

LA COUR ORDONNE que :

- a. The application is granted.
- b. It is hereby declared that the Military Police Complaints Commission may only investigate what the military police subjects of the complaint knew, or had the means of knowing. Otherwise, the Commission would be acting beyond its jurisdiction.

- 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.

THIS COURT makes no order as to costs in either application.

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