

A-282-97
(T-317-97)

A-282-97
(T-317-97)

The Governor in Council (Appellant) (Respondent)

Le gouverneur en conseil (appelant) (intimé)

v.

c.

John Edward Dixon (Respondent) (Applicant)

John Edward Dixon (intimé) (requérant)

INDEXED AS: DIXON v. CANADA (GOVERNOR IN COUNCIL) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: DIXON c. CANADA (GOUVERNEUR EN CONSEIL) (C.A.)

Court of Appeal, Isaac C.J., Marceau and McDonald JJ.A.—Ottawa, June 25 and July 17, 1997.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Marceau et McDonald, J.C.A.—Ottawa, 25 juin et 17 juillet 1997.

Inquiries — Order in Council setting final deadlines for Somalia inquiry not ultra vires — Nature of commissions of inquiry — Creatures of Governor in Council, required to operate within parameters established thereby — Not courts of law — Not meant to pronounce judgment, but to inquire, report, recommend — Inquiries Act, not Interpretation Act, source of Governor in Council's power to revoke, amend or vary terms of appointment of commission of inquiry.

Enquêtes — Le décret fixant les derniers délais pour l'enquête sur la Somalie n'est pas ultra vires — Nature des commissions d'enquête — Emanations du gouverneur en conseil, elle ne peuvent fonctionner en dehors des paramètres qu'il a fixés — Elles ne sont pas des tribunaux judiciaires — Elles ne rendent pas jugement, mais enquêtent, rendent compte et recommandent — Le pouvoir du gouverneur en conseil de rapporter ou de modifier les conditions de nomination d'une commission d'enquête a sa source dans la Loi sur les enquêtes, et non dans la Loi d'interprétation.

Constitutional law — F.C.T.D. Judge declaring Order in Council truncating Somalia inquiry ultra vires Governor in Council as breaching rule of law — F.C.A. hearing appeal, although moot, as decision below going to heart of division of powers between Judiciary, Executive — Extent to which court may interfere with discretionary decisions of Governor in Council — Trial Judge should have denied judicial review application for lack of justiciable issue — Outside court's adjudicative role to consider whether Governor in Council's decision motivated by political expediency.

Droit constitutionnel — La Section de première instance de la Cour fédérale a déclaré ultra vires le décret coupant court à l'enquête sur la Somalie, par ce motif qu'il enfreint les principes de droit — Malgré l'absence de valeur pratique, la Cour d'appel a entendu l'appel, car l'affaire est au cœur de la division des pouvoirs entre le judiciaire et l'exécutif — Il s'agit de savoir dans quelle mesure les tribunaux judiciaires peuvent toucher aux décisions discrétionnaires du gouverneur en conseil — Le juge de première instance aurait dû rejeter le recours en contrôle judiciaire pour absence de question jugeable — La question de savoir si une décision du gouverneur en conseil est motivée par des considérations d'expédient politique échappe aux fonctions juridictionnelles de la Cour.

When the Governor in Council, by Order in Council P.C. 1997-174, after granting two previous extensions, required the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia to complete public hearings and file their final report by specified dates, the Commission was forced to drop the investigation of the involvement of high-ranking government officials in the Somalia affair, including the possibility that there had been a cover-up of the death of a Somali youth. So, when the respondent, at the relevant time a special advisor to the Minister of National Defence, sought full standing before the inquiry in order to make clear the knowledge he and his Minister had of that death, the Commission

Le gouverneur en conseil ayant, après deux prorogations accordées antérieurement, ordonné par décret C.P. 1997-174 à la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie d'en terminer avec les audiences publiques et de soumettre son rapport final à des dates fixes, celle-ci a dû renoncer à enquêter sur le rôle de hauts fonctionnaires dans l'affaire somalienne, y compris la question de savoir si l'assassinat d'un jeune Somalien avait été camouflé ou non. Il s'ensuit que lorsque l'intimé, à l'époque conseiller spécial du ministre de la Défense nationale, cherchait à se faire reconnaître la qualité de partie dans le cadre de l'enquête afin d'expliquer ce que lui-même et son ministre savaient de cette

had to refuse that request. This was an appeal from the decision of the Trial Division allowing the respondent's application for judicial review and declaring that Order in Council *ultra vires* on the following grounds: it did not comply with subsection 31(4) of the *Interpretation Act* which requires an order in council reducing the mandate in clear terms; it breached the rule of law by placing the Commissioners in an impossible position where they could not obey the law; and it breached the rule of law by not respecting the Commissioners' independence.

Since the case involved the extent to which a court should be entitled to interfere with discretionary decisions made by the Governor in Council, and therefore went to the heart of the division of powers between the Judiciary and the Executive, it was in the interest of justice that the Court entertain this appeal, in spite of its mootness.

Held, the appeal should be allowed.

A commission of inquiry issued pursuant to the *Inquiries Act* depends for its existence entirely on the Governor in Council (the Cabinet). Nothing justifies the conclusion that, once created, a commission of inquiry acquires the independence and autonomy necessary to allow it to prevail over the will of the Governor in Council as to its structure and its existence. Commissions of inquiry under Part I of the *Inquiries Act* are not meant to operate and act as fully independent adjudicative bodies, akin to the Judiciary and completely separate and apart from the Executive by whom they were created. The public importance of these commissions cannot be the source of special legal status. As agencies of the Executive, they cannot operate otherwise than within the parameters established by the Governor in Council. Finally, commissions of inquiry, as opposed to courts of law, are not designed to settle disputes between parties or to establish guilt or innocence. They do not have the duty to dispose of the issues brought before them, to judge. Their purpose, which is primarily to advise and to help the government in the proper execution of its duties, is not conducive to settling issues and drawing definitive conclusions. The commissioners have a legal duty to report, but that report is limited to explaining what they have done, what they were able to draw from their investigations (in terms of findings of fact) and what advice they are in a position to give to the Executive in light of those findings. The Governor in Council could not require the Commissioners to determine, as a court of law, all of the issues mentioned in their terms of reference.

The power of the Governor in Council to revoke, amend or vary the appointment or the terms of appointment of a commission of inquiry comes from the *Inquiries*

mort, la Commission a dû rejeter sa demande. Cet appel attaque la décision par laquelle la Section de première instance a fait droit au recours en contrôle judiciaire et déclaré le décret en question *ultra vires* par ces motifs: il n'est pas conforme au paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*, qui exige qu'un décret qui restreint le mandat soit énoncé en termes clairs; il enfreint les principes de droit en exigeant l'impossible des commissaires et en les mettant dans une situation où ils ne peuvent se conformer à la loi; il enfreint les principes de droit en ne respectant pas l'indépendance dont jouissent les commissaires.

Puisque l'affaire en instance porte sur la question de savoir dans quelle mesure une instance judiciaire peut toucher aux décisions discrétionnaires du gouverneur en conseil, question qui est au cœur de la division des pouvoirs entre le judiciaire et l'exécutif, il est conforme à l'intérêt de la justice d'entendre l'appel bien qu'il n'ait plus aucune valeur pratique.

Arrêt: il faut faire droit à l'appel.

L'existence d'une commission d'enquête instituée en application de la *Loi sur les enquêtes* dépend entièrement de la volonté du gouverneur en conseil (le Cabinet). Rien ne permet de conclure qu'une fois créée, une commission d'enquête acquiert une indépendance et une autonomie telles qu'elle peut passer outre à la volonté du gouverneur en conseil pour ce qui est de sa structure et de son existence. Les commissions d'enquête instituées sous le régime de la Partie I de la *Loi sur les enquêtes* ne sont pas censées fonctionner et agir en organes juridictionnels pleinement indépendants, à l'image des tribunaux judiciaires et complètement séparés du pouvoir exécutif qui les a créés. Leur importance publique ne saurait avoir pour effet de leur conférer un statut juridique spécial. Émanations de l'exécutif, elles ne sauraient fonctionner en dehors des paramètres fixés par le gouverneur en conseil. Enfin, à la différence des tribunaux judiciaires, elles n'ont pas pour rôle de résoudre les litiges entre les parties en présence ou d'établir l'innocence ou la culpabilité. Elles n'ont pas pour responsabilité de trancher des points litigieux, de juger. Leur objectif, qui est au premier chef de conseiller et d'aider le gouvernement dans l'exercice convenable de ses responsabilités, n'est pas de trancher les litiges ou de tirer des conclusions définitives. Les commissaires ont pour obligation légale de faire rapport, mais leur rapport se limite à expliquer ce qu'ils ont fait, ce qu'ils ont pu dégager de leurs investigations (c'est-à-dire des conclusions sur les faits) et quels conseils ils sont en mesure de donner au pouvoir exécutif à la lumière de ces conclusions. Le gouverneur en conseil ne peut exiger des commissaires qu'ils résolvent, comme un tribunal judiciaire, toutes les questions couvertes par leur mandat.

Le pouvoir qu'a le gouverneur en conseil de rapporter ou de modifier la nomination ou les conditions de nomination d'une commission d'enquête a sa source dans la *Loi*

Act itself, not the *Interpretation Act*. The latter contains rules of interpretation; it does not confer powers. Subsection 31(4) of the *Interpretation Act* is merely an interpretive provision. It does not go to the substance of the regulation-making power, and it certainly does not provide a court with the jurisdictional basis to review the reasonableness of a validly enacted exercise of discretion on the ground that the order in council had not been passed in the manner required by it.

Courts have no power to review the policy considerations which motivate Cabinet decisions. The validity of an order in council is measured against the statutory conditions precedent to its issuance, and not by its content.

The grounds invoked by the Trial Judge to declare the order in council *ultra vires*—the incompatibility of its requirements with the independence of the Commission and the impossibility for the Commissioners to discharge their duty within the time frame imposed on them—have no substance. The decision below was based on a misconception of the role of the Commissioners and the nature of their report. The role of the Commissioners is not to decide issues definitively and their report is not intended to pronounce judgment, but merely to explain the results of their work and the opinions (in terms of conclusions and recommendations) which they were able to form given the time and the resources available to them; no more, no less.

The Order in Council was properly enacted pursuant to Part I of the *Inquiries Act*. It was valid on its face. Only an improper view as to the powers of the Governor in Council conferred upon him by Parliament and a misconception regarding the legal status of commissions of inquiry could permit the Trial Judge to conclude that the Governor in Council acted in a manner contrary to law.

Once the Trial Judge ascertained that the Order in Council was validly enacted, she ought to have dismissed the application for judicial review on the basis that there were no other justiciable issues raised by the application. It is not for a court of law to consider whether a decision of the Governor in Council is suspect as taken for the sake of political expediency.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to empower Commissioners for inquiring into matters connected with the public business, to take evidence on oath, S. Prov. C. 1846, c. 38, Preamble.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

sur les enquêtes elle-même, et non dans la *Loi d'interprétation*. Celle-ci prévoit des règles d'interprétation, elle ne confère aucun pouvoir. Son paragraphe 31(4) est juste une disposition interprétative. Il ne porte pas sur le contenu du pouvoir de réglementation, et il ne confère certainement pas à l'instance judiciaire la compétence pour contrôler le caractère raisonnable de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire validement prévu, par ce motif que le décret en cause n'a pas été pris conformément à cette disposition.

Les tribunaux n'ont pas droit de regard sur les considérations de politique générale qui motivent les décisions du Cabinet. La validité d'un décret s'apprécie à la lumière du contexte législatif dans lequel il a été pris, et non en fonction de son contenu.

Les motifs pris par le juge de première instance pour déclarer le décret en question *ultra vires*—atteinte à l'indépendance de la Commission et impossibilité pour les commissaires de remplir leur mission dans le délai imposé—n'ont aucun fondement. La décision de première instance tient à une méprise sur le rôle des commissaires et sur la nature de leur rapport. Les commissaires n'ont pas pour rôle de trancher définitivement les questions soumises à leurs investigations et leur rapport ne vise pas à rendre jugement, mais seulement à expliquer les résultats de leurs travaux et l'opinion (c'est-à-dire leurs conclusions et recommandations) qu'ils ont été en mesure de formuler compte tenu des délais et des ressources mises à leur disposition, et ce, ni plus ni moins.

Le décret en cause a été régulièrement pris sous le régime de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*. Il était valide tel quel. Seules une mauvaise interprétation des pouvoirs que le législateur confère au gouverneur en conseil et une méprise sur le statut juridique des commissions d'enquête expliquent que le juge de première instance ait conclu que le gouverneur en conseil a agi de façon contraire à la loi.

Une fois établi que le décret attaqué a été pris conformément à la loi, le juge de première instance aurait dû rejeter la demande de contrôle judiciaire par ce motif que celle-ci ne soulevait aucune autre question jugeable. Il n'appartient pas à l'instance judiciaire d'examiner si une décision du gouverneur en conseil a pu être motivée par des considérations d'expédient politique.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Acte pour autoriser les Commissaires chargés de s'enquérir de certaines matières qui concernent les affaires publiques, à recevoir les témoignages sous serment, S. Prov. C. 1846, ch. 38, préambule.

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].

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 31(4), 35(1) "Governor General in Council" or "Governor in Council".
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 2, 3.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 31(4), 35(1) «gouverneur en conseil» ou «gouverneur général en conseil».
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4).
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 2, 3.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 97 N.R. 241.

REFERRED TO:

Minister of National Revenue & Queen (The) v. Creative Shoes Ltd., [1972] F.C. 993; (1972), 29 D.L.R. (3d) 89; 73 DTC 5127 (C.A.); *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney-General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1997] 2 F.C. 36; (1997), 142 D.L.R. (4th) 237; 207 N.R. 1 (C.A.); *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, [1997] 2 F.C. 527; (1997), 146 D.L.R. (4th) 708 (C.A.); *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.) et al.*, [1979] 1 S.C.R. 218; (1979), 90 D.L.R. (3d) 161; 43 C.C.C. (2d) 49; 6 C.R. (3d) 145; 24 N.R. 1; *Criminal Law Amendment Act, Reference*, [1970] S.C.R. 777; *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1; [1943] 1 D.L.R. 248; (1943), 79 C.C.C. 1; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Attorney-General for Canada v. Hallet and Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (P.C.); *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435 (H.L.).

APPEAL from the Trial Division decision (*Dixon v. Canada (Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, [1997] 2 F.C. 391; (1997), 146 D.L.R. (4th) 156) declaring *ultra*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 97 N.R. 241.

DÉCISIONS CITÉES:

Le ministre du Revenu national et la Reine c. Creative Shoes Ltd., [1972] C.F. 993; (1972), 29 D.L.R. (3d) 89; 73 DTC 5127 (C.A.); *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1997] 2 C.F. 36; (1997), 142 D.L.R. (4th) 237; 207 N.R. 1 (C.A.); *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie)*, [1997] 2 C.F. 527; (1997), 146 D.L.R. (4th) 708 (C.A.); *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.) et autre*, [1979] 1 R.C.S. 218; (1979), 90 D.L.R. (3d) 161; 43 C.C.C. (2d) 49; 6 C.R. (3d) 145; 24 N.R. 1; *Loi modifiant le droit pénal, renvoi*, [1970] R.C.S. 777; *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1; [1943] 1 D.L.R. 248; (1943), 79 C.C.C. 1; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Attorney-General for Canada v. Hallet and Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (P.C.); *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435 (H.L.).

APPEL contre la décision de la Section de première instance (*Dixon c. Canada (Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie)*, [1997] 2 C.F. 391; (1997), 146 D.L.R.

vires Order in Council P.C. 1997-174 requiring the Commissioners of the Somalia Inquiry to complete their investigations and report by specified dates. Appeal allowed.

COUNSEL:

Donald J. Rennie and Sandy Graham for appellant (respondent).
Joseph J. Arvay, Q.C. for respondent (applicant).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (respondent).
Arvay, Finlay, Victoria, for respondent (applicant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

1 MARCEAU J.A.: The Governor in Council is appealing before us the well-publicized decision of the Trial Division [[1997] 2 F.C. 391] that declared *ultra vires* his Order in Council P.C. 1997-174 relating to the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia (hereinafter the Commission or the Somalia inquiry).¹

2 At the outset of the hearing, the appellant acknowledged, through his counsel, that there was an issue as to whether the Court should refuse to hear his appeal on the ground of mootness. Indeed, on receiving the Trial Division decision, the Governor in Council enacted a new order in council limiting the Commission's terms of reference in a manner that satisfied the respondent and followed the prescriptions of the Trial Division Judge.² The appellant, however, asked the Court to hear and dispose of the appeal despite the apparent dissolution of the tangible and concrete dispute. He emphasized the fact that there was an important issue of public law involved and one that was not likely to come before the Court in the near future.

3 We agreed to hear the appeal. The trial decision, whether right or wrong, goes to an issue which lies

(4th) 156) qui déclare *ultra vires* le décret C.P. 1997-174 fixant les délais pour la clôture des investigations et la présentation du rapport des commissaires de l'enquête sur la Somalie. Appel accueilli.

AVOCATS:

Donald J. Rennie et Sandy Graham pour l'appelant (intimé).
Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intimé (requérant).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant (intimé).
Arvay, Finlay, Victoria, pour l'intimé (requérant).

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par

1 LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Il y a en l'espèce appel formé par le gouverneur en conseil contre la décision fort médiatisée par laquelle la Section de première instance [[1997] 2 C.F. 391] a jugé qu'il avait excédé ses pouvoirs par le décret C.P. 1997-174 relatif à la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie (ci-après la Commission ou l'enquête sur la Somalie)¹.

2 Dès l'ouverture de l'audience, l'appelant a reconnu, par la voix de son avocat, qu'il se posait la question de savoir si la Cour devrait refuser d'entendre l'appel, qui ne présentait plus aucun intérêt pratique. En effet, à la suite de la décision de la Section de première instance, le gouverneur en conseil a pris un autre décret pour limiter le mandat de la Commission de façon satisfaisante pour l'intimé et conforme aux prescriptions du juge de première instance². Il a cependant demandé à la Cour d'entendre et de régler l'appel malgré la disparition du litige réel, par ce motif que l'affaire mettait en jeu une importante question de droit public, dont la Cour n'aurait probablement pas à connaître de sitôt.

3 La Cour a accepté d'entendre l'appel. La décision de première instance, qu'elle fût judiciaire ou non,

at the heart of the division of responsibilities between the Judiciary and the Executive. Indeed, the case involves the extent to which a court, exercising its proper adjudicative role, should be entitled to interfere with discretionary decisions made by the Governor in Council. It is, therefore, rather unique in the sense that the need for the Judiciary to appreciate its proper adjudicative role in our political framework actually militated in favour of hearing the appeal. Moreover, the respondent remained intent on pursuing the appeal, which preserved the adversarial context and ensured that the issues were well and fully argued before this Court. As is evident from the litigation still pending in the Trial Division, notwithstanding the release of the Commissioners' report on June 30, 1997 (after the oral hearing in this appeal), there may be collateral consequences to the outcome which may have an impact on the final form in which the Commissioners' report remains on public record. Applying the criteria laid down by the Supreme Court in *Borowski v. Canada (Attorney General)*,³ we were of the view that, on balance, it was in the interest of justice for us to hear the appeal, and so we did.

4 The factual context in which the case presents itself is so well known that a very general review should suffice.

5 The Commission was established under Part I of the *Inquiries Act*⁴ by Order in Council P.C. 1995-442, dated March 20, 1995, to investigate certain aspects of the deployment of Canadian Forces to Somalia on a peacekeeping mission in 1993. Its establishment was motivated in large part by two events which had attracted national media attention: the suspicious death on March 16, 1993 of Shidane Arone, a Somali youth, while in the custody of the Canadian Airborne Regiment Battle Group; and the incidents of March 4, 1993, when one Somali was killed and another wounded near the Canadian Forces base in Belet Uen. The Commission's terms of reference were, however, broadly defined so as to make it both investigative and advisory. The Commissioners were to:

porte sur une question qui est au cœur de la division des pouvoirs entre le judiciaire et l'exécutif. En effet, il s'agit de savoir en l'espèce dans quelle mesure une instance judiciaire, exerçant les fonctions juridictionnelles dont elle est investie, peut toucher aux décisions discrétionnaires du gouverneur en conseil. L'affaire est donc unique en son genre en ce sens que la nécessité qui se pose au pouvoir judiciaire de délimiter sa fonction juridictionnelle légitime dans notre système politique engage effectivement à entendre l'appel. Qui plus est, l'intimé tenait à contester l'appel, ce qui en préserve le contexte contradictoire et garantit que les points litigieux soient pleinement débattus devant la Cour. Ainsi qu'il ressort des procédures encore pendantes devant la Section de première instance, malgré la publication le 30 juin 1997 du rapport des commissaires (après les débats de l'appel en instance), l'issue de l'appel pourrait avoir des conséquences secondaires, lesquelles pourraient influencer sur la forme finale de la version publique de ce rapport. À la lumière des critères définis par la Cour suprême dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*³, nous avons conclu que, tout bien pesé, il était conforme à l'intérêt de la justice d'entendre l'appel, ce que nous avons fait.

Les faits de la cause sont si connus qu'il suffit d'en donner un aperçu très général.

5 La Commission a été constituée, sous le régime de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*⁴, par décret C.P. 1995-442 du 20 mars 1995, pour enquêter sur certaines facettes du déploiement des Forces canadiennes dans une mission de protection de la paix en Somalie. Cette mesure s'expliquait surtout par deux événements qui ont retenu l'attention des médias du pays: la mort suspecte d'un jeune Somalien, Shidane Arone, survenue le 16 mars 1993 pendant qu'il était sous la garde du groupement tactique du Régiment aéroporté du Canada, et les incidents du 4 mars 1993 au cours desquels un Somalien a été tué et un autre blessé à proximité du campement des Forces canadiennes à Belet Uen. Le mandat de la Commission était cependant défini en termes généraux de façon à embrasser à la fois la fonction d'enquête et la fonction consultative. Les commissaires étaient chargés:

... inquire into and report on the chain of command system, leadership within the chain of command, discipline, operations, actions and decisions of the Canadian Forces and the actions and decisions of the Department of National Defence in respect of the Canadian Forces deployment to Somalia . . .

... de faire enquête et de faire rapport sur le fonctionnement de la chaîne de commandement, le leadership au sein de la chaîne de commandement, la discipline, les opérations, les mesures et les décisions des Forces canadiennes, ainsi que les mesures et les décisions du ministère de la Défense nationale, en ce qui a trait au déploiement des Forces canadiennes en Somalie . . .

The Commissioners were further directed, "without restricting the generality of the foregoing", to inquire into and report on nineteen specific issues organized into three temporal phases of the peacekeeping mission: the pre-deployment phase (before January 10, 1993); the in-theatre phase (January 10, 1993 to June 10, 1993) and the post-deployment phase (June 11, 1993 to November 28, 1994). The nineteen specific issues are reproduced in the trial decision [at pages 402-404] and repeating them here would serve no useful purpose.

Les commissaires étaient «notamment» chargés de faire enquête et de faire rapport sur 19 questions spécifiques réparties entre trois phases de la mission de protection de la paix: la période antérieure au déploiement (avant le 10 janvier 1993), la phase des opérations sur le théâtre (du 10 janvier au 10 juin 1993), et la période qui a suivi le déploiement (du 11 juin 1993 au 28 novembre 1994). Ces 19 questions spécifiques sont reproduites dans la décision de première instance [aux pages 402 à 404]; il ne sert à rien de les reprendre dans les présents motifs.

6 In order to accomplish their assignment, in addition to the basic powers given to them by the *Inquiries Act*, the Commissioners were provided with important related authorizations. They could establish their own procedures, sit wherever and whenever in Canada they wished, rent whatever space and facilities they required, hire experts and others as needed, and sit *in camera* if they considered it necessary in the public interest.

Pour accomplir leur mission, les commissaires étaient munis, en sus des pouvoirs fondamentaux issus de la *Loi sur les enquêtes*, d'importantes autorisations connexes. Ils pouvaient fixer leurs propres règles de procédure, siéger aux dates et aux lieux au Canada qu'ils voulaient, prendre à bail les bureaux et installations dont ils avaient besoin, retenir les services d'experts et autres, et siéger à huis clos s'ils jugeaient que l'intérêt général le justifiait.

7 Order in Council P.C. 1995-442, on establishing the Commission, provided that its report to the federal Cabinet (in both official languages) was to be made no later than December 22, 1995. This deadline, however, was to be extended at the request of the Commissioners, who said, on three subsequent occasions, that they needed more time to complete their inquiry. On July 26, 1995, by Order in Council P.C. 1995-1273, the reporting deadline was extended to June 28, 1996. On June 20, 1996, by Order in Council P.C. 1996-959, it was again extended for another nine months, to March 31, 1997. And finally, on February 4, 1997, Order in Council P.C. 1997-174 was enacted, giving the Commissioners until March 31, 1997 to complete public hearings and until June 30, 1997 to file their final report. The Commissioners' last request for an extension had asked for, at the earliest, a September

Le décret C.P. 1995-442, tout en portant constitution de la Commission, lui prescrivait de présenter son rapport (dans les deux langues officielles) au Cabinet fédéral au plus tard le 22 décembre 1995. Ce délai devait cependant être prorogé à la demande des commissaires qui faisaient savoir, à trois reprises par la suite, qu'il leur fallait plus de temps pour mener l'enquête à bien. Le 26 juillet 1995, par décret C.P. 1995-1273, le délai prévu pour la présentation du rapport a été prorogé au 28 juin 1996. Le 20 juin 1996, par décret C.P. 1996-959, il a été prorogé encore au 31 mars 1997. Enfin, le 4 février 1997, a été pris le décret C.P. 1997-174, qui donnait aux commissaires jusqu'au 31 mars 1997 pour en terminer avec les audiences publiques et jusqu'au 30 juin 1997 pour soumettre leur rapport final. Les commissaires avaient demandé, pour une dernière fois, que la date limite du rapport fût fixée au 30 septembre

30, 1997 reporting date. By letter to the Commission dated January 10, 1997, an official of the Privy Council Office explained why the Governor in Council had refused to push back the deadline by as much as the Commissioners had requested. He stated:

Although all scenarios proposed in your work-plan were examined, given the Government's desire to pursue solutions as quickly as possible, it was not regarded as being in the national interest to have to wait another year to receive the Commission's input.

8 It is this last Order in Council, which, like the previous extensions granted by the Governor in Council, pushed back the reporting date for only part of the time suggested by the Commissioners, that was attacked before the Trial Division and declared *ultra vires*. The attack was launched by the respondent, a former special advisor to the Minister of National Defence at the time of the Somalia incidents. Mr. Dixon had sought full standing before the inquiry in order to make clear the knowledge that he and his Minister had of the Arone death. The Commissioners, however, had refused his request for standing. In their reasons for denial, the Commissioners explained that, because their mandate had been "truncated" by Cabinet's decision to require completion of the public hearings by March 31, 1997, they were unable to investigate the involvement of high-ranking government officials in the Somalia affair, including the possibility that there had been a cover-up of the Arone death. On being advised of the refusal of the Commissioners, the respondent decided to seek relief in the Trial Division of this Court.

9 The Trial Judge allowed the respondent's application for judicial review. She provided three reasons for her conclusion that Order in Council P.C. 1997-174 was *ultra vires*:

1) It does not comply with subsection 31(4) of the *Interpretation Act* which requires an order in council which reduces the mandate in clear terms.

2) It breaches the rule of law by requiring the impossible of the Commissioners and by placing them in a position where they cannot obey the law.

1997 au plus tôt. Par réponse en date du 10 janvier 1997, un représentant du Bureau du Conseil privé a expliqué à la Commission pourquoi le gouverneur en conseil refusait de proroger le délai autant que l'avaient demandé les commissaires:

[TRADUCTION] Après examen de toutes les projections de votre plan de travail, le gouvernement, dans sa volonté de trouver des solutions le plus tôt possible, estime qu'il n'est pas conforme à l'intérêt national d'attendre encore un an pour recevoir le rapport de la Commission.

8 C'est ce dernier décret, lequel, à l'instar des prorogations antérieurement consenties par le gouverneur en conseil, n'accordait qu'une partie du temps demandé par les commissaires, qui a été attaqué devant la Section de première instance et jugé *ultra vires*. Le recours avait été intenté par l'intimé, ancien conseiller spécial du ministre de la Défense nationale à l'époque des incidents de Somalie. M. Dixon avait cherché à se faire reconnaître la qualité de partie dans le cadre de l'enquête afin d'expliquer ce que lui-même et son ministre savaient à l'époque de la mort d'Arone. Les commissaires ont cependant refusé par ce motif que leur mandat ayant été «tronqué» par la décision du Cabinet portant cessation des audiences publiques au 31 mars 1997, il leur était impossible de faire enquête sur le rôle de hauts fonctionnaires dans l'affaire somalienne, y compris la question de savoir si l'assassinat d'Arone avait été camouflé ou non. Informé du refus des commissaires, l'intimé a décidé de saisir la Section de première instance de la Cour.

9 Le juge de première instance a fait droit au recours en contrôle judiciaire de l'intimé, fondant sa conclusion que le décret C.P. 1997-174 excédait les pouvoirs du gouverneur en conseil sur les trois motifs suivants:

1) Il n'est pas conforme au paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*, qui exige qu'un décret qui restreint le mandat soit énoncé en termes clairs.

2) Il enfreint les principes de droit en exigeant l'impossible des commissaires et en les mettant dans une situation où ils ne peuvent se conformer à la loi.

3) It breaches the rule of law by not respecting the Commissioners' independence. They are entitled to determine how to investigate their Mandate and when their investigation is sufficient to support findings in their report.⁵

3) Il enfreint les principes de droit en ne respectant pas l'indépendance dont jouissent les commissaires. Ces derniers ont le droit de déterminer comment faire enquête sur les éléments énoncés dans leur mandat et quand leur enquête est suffisante pour étayer les conclusions qu'ils exposeront dans leur rapport⁵.

In light of these findings, the Trial Judge made, *inter alia*, the following formal orders and declarations:

À la suite de ces conclusions, le juge de première instance a ordonné notamment ce qui suit:

(4) That Order in Council P.C. 1997-174 is set aside for being *ultra vires* of the Governor in Council, and that the target dates for the Commission of Inquiry's final report contained in the earlier Orders in Council P.C. 1995-442, P.C. 1995-1273, and P.C. 1996-959 have expired and are of no force and effect; and,

(4) Que le décret C.P. 1997-174 est infirmé parce qu'il excède les pouvoirs du gouverneur en conseil, et que les échéances concernant la présentation du rapport final de la Commission d'enquête qui étaient indiquées dans les décrets antérieurs (C.P. 1995-442, C.P. 1995-1273 et C.P. 1996-959) ont expiré et n'ont plus force exécutoire;

(5) That, to correct the problems of lack of clarity and impossibility of performance identified in connection with Order in Council P.C. 1997-174, the Governor in Council may:

(5) Que, en vue de corriger les problèmes d'ambiguïté et d'impossibilité d'exécution qui ont été relevés en rapport avec le décret C.P. 1997-174, le gouverneur en conseil peut:

- a) issue an Order in Council which imposes final deadlines which allow the Commission of Inquiry the time it reasonably requires to complete its original mandate;
- b) or issue an Order in Council which eliminates specified matters from the Commission of Inquiry's mandate and imposes final deadlines which allow the Commission of Inquiry the time it reasonably requires to complete its reduced assignment,
- c) or take such other steps as it considers to be appropriate and consistent with the order and reasons herein.

- a) faire passer un décret imposant des échéances finales qui procurent à la Commission d'enquête le temps dont elle a raisonnablement besoin pour s'acquitter de son mandat original, ou
- b) faire passer un décret éliminant des questions précises du mandat de la Commission d'enquête et imposant des échéances finales qui procurent à la Commission d'enquête le temps dont elle a raisonnablement besoin pour s'acquitter de sa tâche réduite, ou
- c) prendre les autres mesures qu'il juge appropriées et compatibles avec l'ordonnance et les motifs exposés dans la présente.

10 The learned Trial Judge gave lengthy reasons in support of her conclusions. Her reasons betray what appears to me, and I say it with respect, two inconsistencies in her overall reasoning. One is regarding the status of a commission of inquiry; the other, the reporting duty of commissioners. If I take some time to develop these points up-front, my analysis of the grounds upon which the learned Judge founded her conclusion that P.C. 1997-174 was *ultra vires* the Governor in Council will be simplified considerably.

Le juge de première instance a prononcé de longs motifs à l'appui de ses conclusions. Sauf le respect que je lui dois, ces motifs trahissent deux contradictions dans son raisonnement d'ensemble. L'une concerne le statut des commissions d'enquête, l'autre le devoir de rendre compte des commissaires. Une analyse préalable de ces contradictions simplifiera considérablement l'analyse des motifs par lesquels le juge de première instance a conclu que le décret C.P. 1997-174 excédait les pouvoirs du gouverneur en conseil.

11 Let us consider first the attitude of the Trial Judge in regard to the status of commissions of inquiry. It is well known that the present *Inquiries Act* traces

Examinons en premier lieu sa conception du statut des commissions d'enquête. Il est constant que l'actuelle *Loi sur les enquêtes* a son origine dans l'*Acte*

its origins to *An Act to empower Commissioners for inquiring into matters connected with the public business, to take evidence on oath*, passed June 9, 1846, with a preamble that clearly articulated the purpose of inquiries and the concern for the protection of individual reputations:

WHEREAS it frequently becomes necessary for the Executive Government to institute inquiries on certain matters connected with the good government of this Province; And whereas the power of procuring evidence under oath in such cases would greatly tend to the public advantage as well as to afford protection to Her Majesty's subjects from false and malicious testimony or representations:⁶

That Parliament enacted the present *Inquiries Act* with the same purpose and the same concern for the protection of individual reputations is made clear by the whole of the Act and especially by the wording of sections 2 and 3:

2. The Governor in Council may, whenever the Governor in Council deems it expedient, cause inquiry to be made into and concerning any matter connected with the good government of Canada or the conduct of any part of the public business thereof.

3. Where an inquiry as described in section 2 is not regulated by any special law, the Governor in Council may, by a commission, appoint persons as commissioners by whom the inquiry shall be conducted.

12 It had to be clear to the Trial Judge, therefore, that a commission of inquiry issued pursuant to the *Inquiries Act* depends for its existence entirely on the Governor in Council—i.e., the body in which the Executive power of the Canadian government is vested (by constitutional convention, the Cabinet).⁷ The Governor in Council, in other words, had the full discretionary authority to establish the Somalia inquiry as a source of information and advice in relation to an important aspect of the governance of this country: our military. How then can the Trial Judge arrive at the conclusion that, once created, the Commission somehow acquired independent status, not only with respect to the manner in which it exercised its powers within its terms of reference, but also with respect to its very existence and its institutional structures. Indeed, the Trial Judge's

pour autoriser les Commissaires chargés de s'enquérir de certaines matières qui concernent les affaires publiques, à recevoir les témoignages sous serment, adopté le 9 juin 1846 et dont le préambule énonçait clairement le but des enquêtes publiques et le souci de protéger la bonne réputation des personnes concernées:

ATTENDU qu'il devient souvent nécessaire pour le gouvernement exécutif d'instituer des enquêtes sur certaines matières qui se rattachent au bon gouvernement de cette province; et attendu que l'autorisation d'interroger les témoins sous serment en pareil cas, contribuerait puissamment à promouvoir l'intérêt public et à protéger les sujets de Sa Majesté contre les faux témoignages et les représentations malicieuses⁶:

Que le législateur ait adopté l'actuelle *Loi sur les enquêtes* dans le même but et avec le même souci de protéger la bonne réputation des personnes concernées ressort clairement de l'ensemble de cette Loi, et en particulier des termes de ses articles 2 et 3:

2. Le gouverneur en conseil peut, s'il l'estime utile, faire procéder à une enquête sur toute question touchant le bon gouvernement du Canada ou la gestion des affaires publiques.

3. Dans le cas d'une enquête qui n'est pas régie par des dispositions législatives particulières, le gouverneur en conseil peut, par commission, nommer les commissaires qui en sont chargés.

12 Le juge de première instance devait donc se rendre compte que l'existence d'une commission d'enquête instituée en application de la *Loi sur les enquêtes* dépend entièrement de la volonté du gouverneur en conseil, c'est-à-dire de l'organe investi du pouvoir exécutif du gouvernement du Canada (savoir, par convention constitutionnelle, le Cabinet)⁷. En d'autres termes, le gouverneur en conseil était investi du plein pouvoir discrétionnaire pour instituer l'enquête sur la Somalie à titre de source d'information et de consultation sur un important élément du gouvernement de ce pays, nos forces armées. Comment le juge de première instance peut-elle conclure qu'une fois créée, la Commission a acquis un statut indépendant, non seulement pour ce qui est de la façon dont elle exerçait les pouvoirs conférés par son mandat, mais encore pour ce qui est son exis-

decision, in effect, means that the Governor in Council cannot determine the duration (nor, by necessary implication, the cost) of a commission of inquiry by imposing reporting deadlines: the most that he can do, says the Trial Judge, is to set "target dates". His power to impose a final and imperative reporting date is subject to either acquiescence by the commissioners that they will be ready to report on all the terms of reference by the date chosen, or else a formal restriction of the terms of reference according to what the commissioners determine to be reasonable in view of the state of their inquiry. I fail to understand how, in the context of our public law, such a situation could possibly be allowed to exist. By what principle of public law can a commission of inquiry acquire, once created, the independence and autonomy necessary to allow it to prevail over the will of the Governor in Council as to its structure and its existence? How can the *Inquiries Act* be interpreted as granting to commissions of inquiry such legal status?

13 It has often been suggested, expressly or impliedly, especially in the media but also elsewhere, that commissions of inquiry were meant to operate and act as fully independent adjudicative bodies, akin to the Judiciary and completely separate and apart from the Executive by whom they were created. This is a completely misleading suggestion, in my view. The idea of an investigative body, entirely autonomous, armed with all of the powers and authority necessary to uncover the truth and answerable to no one, may well be contemplated, if one is prepared to disregard the risks to individuals and the particularities of the Canadian context. But a commission under Part I of the *Inquiries Act* is simply not such a body. It is easy to realize nowadays the tremendous impact that commissions of inquiry, as they now exist, may have on Canadian society, but, in my view, their public importance is not and cannot be the source of a special legal status. No one disputes the necessity of preserving the independence of commissions of inquiry as to the manner in which they may exercise their powers,

tence même et de ses structures institutionnelles. En effet, la décision du juge de première instance signifie que le gouverneur en conseil ne peut fixer la durée (ni, de ce fait, le coût) d'une commission d'enquête en imposant un délai pour le rapport: le mieux qu'il puisse faire, selon le juge de première instance, c'est de prévoir des «échéances». Le pouvoir qu'il a d'imposer une date limite, finale et impérative, pour le rapport est subordonné soit à l'acceptation par les commissaires de faire rapport sur tous les sujets visés par leur mandat à la date fixée, soit à une restriction formelle de ce mandat conformément à ce que les commissaires considèrent comme raisonnable au regard de l'état d'avancement de leur enquête. Je ne vois pas comment, dans le contexte de notre droit public, pareille situation pourrait se concevoir. Par quel principe de droit public une commission d'enquête peut-elle acquérir, une fois créée, une indépendance et une autonomie telles qu'elle peut passer outre à la volonté du gouverneur en conseil pour ce qui est de sa structure et de son existence? Comment la *Loi sur les enquêtes* peut-elle être interprétée de façon à conférer un tel statut juridique aux commissions d'enquête?

13 Il a été souvent dit, expressément ou implicitement, en particulier dans les médias mais aussi dans d'autres sphères, que les commissions d'enquête doivent fonctionner et agir en organes juridictionnels pleinement indépendants, à l'image des tribunaux judiciaires et complètement séparés du pouvoir exécutif qui les a créées. Il s'agit là, à mon avis, d'une vue complètement fallacieuse. On pourrait peut-être accepter l'idée d'un organe d'enquête, entièrement autonome, investi de tous les pouvoirs et autorisations nécessaires pour découvrir la vérité, et sans être comptable envers qui que ce soit, si on est prêt à ignorer les risques pour les individus comme les particularismes du contexte canadien. Il se trouve cependant qu'une commission instituée en application de la partie I de la *Loi sur les enquêtes* n'est pas du tout un organe de ce genre. On se rend facilement compte de l'influence énorme que les commissions d'enquête, telles qu'elles existent de nos jours, peuvent avoir sur la société canadienne, mais, à mon avis, leur importance publique n'a pas et ne saurait avoir pour effet de leur conférer un statut

conduct their investigations, organize their deliberations and prepare their reports. The role they play in our democracy has become much too vital to accept that the manner in which they investigate matters and formulate the conclusions and recommendations that they arrive at, can be freely tampered with or influenced by anyone within or outside the government of the day, and that applies to any commission, whether or not its investigations relate to the conduct of government officials. And the fact is, in any event, that the Act itself provides for such investigative and advisory independence by explicitly setting out the nature, the general role and the basic powers of commissions of inquiry, even if it does so rather succinctly. All this, however, does not alter, in any way, the basic truth that commissions of inquiry owe their existence to the Executive. As agencies of the Executive, I do not see how they can operate otherwise than within the parameters established by the Governor in Council.

juridique spécial. Personne ne nie la nécessité qu'il y a à préserver leur indépendance pour ce qui est de la façon dont elles peuvent exercer leurs pouvoirs, conduire leurs investigations, organiser leurs délibérations et préparer leurs rapports. Le rôle qu'elles jouent dans notre démocratie est devenue bien trop vitale pour qu'on accepte que leur processus d'enquête et de formulation de leurs conclusions et recommandations puisse être manipulé et influencé à loisir par quiconque appartient ou non au gouvernement en place, et cela s'applique à n'importe quelle commission, que ses investigations portent ou non sur les agissements d'autorités gouvernementales. En tout cas, c'est la Loi elle-même qui institue cette indépendance dans les fonctions d'enquête et de consultation en prévoyant explicitement, encore que succinctement, la nature, le rôle général et les pouvoirs fondamentaux des commissions d'enquête. Tout cela ne change cependant rien à la réalité fondamentale que les commissions d'enquête doivent leur existence au pouvoir exécutif. Je ne vois pas comment, émanations de l'exécutif, elles pourraient fonctionner en dehors des paramètres fixés par le gouverneur en conseil.

14 With respect to the role and responsibilities of the commissioners, the Trial Judge's inconsistency is even more striking. The Trial Judge repeatedly acknowledges that commissions of inquiry are not courts of law; that their true nature and purpose completely differ from those of courts of law. She had before her two recent judgments of this Court⁸ that reaffirmed the long-standing warning against assimilating or equating the two public institutions.⁹ And yet, in her reasoning, the Trial Judge appears to have failed to recognize, or simply ignored, what may be the main difference between the two. Courts of law are designed, if civil, to settle disputes between opposing parties and, if criminal, to establish guilt or innocence. They must arrive at definitive conclusions; they cannot leave a problem aside for lack of evidence or absence of a clear solution. Briefly put, it is their duty to dispose of the issues brought before them, to judge. Procedural rules regarding such matters as the onus and burden of proof have been developed precisely to allow courts to discharge this duty. Commissions of inquiry, be

En ce qui concerne le rôle et les attributions des commissaires, les contradictions du juge de première instance sont encore plus frappantes. Elle reconnaît à plusieurs reprises que les commissions d'enquête ne sont pas des tribunaux judiciaires, dont la nature et l'objectif véritables sont complètement différents. Elle était saisie de deux jugements récents de notre Cour⁸ qui réitéraient l'avertissement de longue date qu'il ne faut pas assimiler ou confondre ces deux institutions publiques⁹. N'empêche que dans son raisonnement, elle n'a pas vu, ou a simplement ignoré, ce qui peut être la différence principale entre les deux. Le tribunal judiciaire a pour rôle, s'il est une juridiction civile, de résoudre les litiges entre les parties en présence ou, s'il est une juridiction répressive, d'établir l'innocence ou la culpabilité. Il doit tirer des conclusions définitives, il ne peut laisser un problème de côté parce qu'il n'y a pas de preuves ou parce qu'il n'y a pas une solution évidente. Bref, il a pour responsabilité de trancher les points litigieux dont il est saisi, de juger. Des règles de procédure concernant les questions comme la charge et le

14

they investigative or merely advisory, are not, in any way, under the same duty. As investigative bodies, they, of course, are called upon to seek the truth, and no doubt they are ideally suited for uncovering facts that could not be discovered otherwise (precisely because they have broad investigative powers, they are inquisitorial, and they are not subject to the strict rules of evidence that apply to a court of law). Hence, their prestige. But, nowhere do we find the imposition upon them of a duty to conclude. On the contrary, their purpose, which is primarily to advise and to help the government in the proper execution of its duties, is not conducive to settling issues and drawing definitive conclusions. It is the legal duty of the commissioners to report, but that report is limited to explaining what they have done, what they were able to draw from their investigations (in terms of findings of fact) and what advice they are in a position to give to the Executive in light of those findings. It may be unusual for an order in council setting up a commission of inquiry to be as detailed as was P.C. 1995-442. But, the designated issues were simply meant to establish the terms of reference and to delimit the Commission's range of investigative powers in view, I suppose, of the extremely sensitive field of activity involved. The Governor in Council obviously could not require the Commissioners to determine, as a court of law, all of the issues mentioned in their terms of reference.

fardeau de la preuve ont été élaborées justement pour permettre aux tribunaux judiciaires de remplir cette responsabilité. Les commissions d'enquête, qu'elles aient des fonctions d'investigation proprement dites ou simplement des fonctions consultatives, ne sont nullement tenues à cette responsabilité. À titre d'organes d'enquête, elles sont bien entendu appelées à rechercher la vérité, et nul doute qu'elles sont idéalement adaptées à la tâche de découvrir des faits qui ne pourraient pas être découverts par quelque autre moyen (du fait même qu'elles sont investies de larges pouvoirs d'investigation, elles sont inquisitoires de par leur nature, et ne sont pas tenues aux règles strictes de preuve qui caractérisent les tribunaux judiciaires). D'où leur prestige. Mais aucune règle ne leur impose le devoir de conclure. Au contraire, leur objectif, qui est au premier chef de conseiller et d'aider le gouvernement dans l'exercice convenable de ses responsabilités, ne sous-entend pas le règlement des litiges ou l'aboutissement à des conclusions définitives. Les commissaires ont pour obligation légale de faire rapport, mais leur rapport se limite à expliquer ce qu'ils ont fait, ce qu'ils ont pu dégager de leurs investigations (c'est-à-dire des conclusions sur les faits) et quels conseils ils sont en mesure de donner au pouvoir exécutif à la lumière de ces conclusions. Il semble inusité qu'un décret portant création d'une commission d'enquête soit aussi détaillé que le décret C.P. 1995-442. Cependant les sujets spécifiés ne visaient qu'à définir le mandat et délimiter le champ des pouvoirs d'investigation de la Commission en raison, je suppose, du domaine d'activité extrêmement sensible sur lequel portait l'enquête. Il est manifeste que le gouverneur en conseil ne pouvait exiger des commissaires qu'ils résolvent, comme un tribunal judiciaire, toutes les questions couvertes par leur mandat.

15 I now come to the reasons upon which the learned Trial Judge based her conclusion that Order in Council P.C. 1997-174 was *ultra vires*.

J'en viens maintenant aux motifs par lesquels le juge de première instance a conclu que le décret C.P. 1997-174 excédait les pouvoirs du gouverneur en conseil. 15

16 The first ground—namely, that it had not been passed in the manner required by subsection 31(4) of the *Interpretation Act*¹⁰—is premised on what is, in my respectful opinion, a misapprehension of the

Le premier—savoir que ce décret n'a pas été adopté conformément au paragraphe 31(4) de la *Loi d'interprétation*¹⁰—tient à une mauvaise interprétation de la source du pouvoir qu'a le gouverneur en 16

source of the power of the Governor in Council to revoke, amend or vary the appointment or the terms of appointment of a commission of inquiry. That power comes from the *Inquiries Act* itself, not the *Interpretation Act*, as it flows by necessary implication from the broad and unconditional power to appoint commissions conferred upon the Governor in Council by the *Inquiries Act*. The *Interpretation Act* contains rules of interpretation; it does not confer powers. It is true that subsection 31(4) speaks of manner and form, but this is simply meant to underscore that the implicit power to repeal, amend or vary an existing order must be exercised by means of an order enacted pursuant to the same act of Parliament and under the same consent requirement or conditions, if any, imposed by that act. Subsection 31(4) is merely an interpretive provision. It does not go to the substance of the regulation-making power, and it certainly does not provide a court with the jurisdictional basis to review the reasonableness of a validly enacted exercise of discretion.

conseil de rapporter ou de modifier la nomination ou les conditions de nomination d'une commission d'enquête. Ce pouvoir a sa source dans la *Loi sur les enquêtes* elle-même, et non dans la *Loi d'interprétation*, puisqu'il découle nécessairement du large pouvoir inconditionnel de nommer des commissions, que le gouverneur en conseil tient de la première. La *Loi d'interprétation* prévoit des règles d'interprétation, elle ne confère aucun pouvoir. Il est vrai que le paragraphe 31(4) prévoit les conditions d'exercice du pouvoir, mais cette disposition ne vise qu'à souligner que le pouvoir implicite d'abroger, de modifier ou de remplacer un décret existant doit s'exercer par voie de décret pris en application de la même loi fédérale, aux mêmes conditions de consentement, le cas échéant, que celles imposées par cette loi. Le paragraphe 31(4) n'est qu'une disposition interprétative. Il ne porte pas sur le contenu du pouvoir de réglementation, et il ne confère certainement pas à l'instance judiciaire la compétence pour contrôler le caractère raisonnable de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire valablement prévu.

17 It may well be that the refusal of the Governor in Council to extend the life of the Commission for the entire period requested by the Commissioners was motivated by political expediency, but that is simply not the business of the Court. It is a well-established principle of law and a fundamental tenet of our system of government, in which Parliament and not the Judiciary is supreme, that the courts have no power to review the policy considerations which motivate Cabinet decisions. Absent a jurisdictional error or a challenge under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,¹¹ where Cabinet acts pursuant to a valid delegation of authority from Parliament, it is accountable only to Parliament and, through Parliament, to the Canadian public, for its decisions. In other words, the validity of an order in council is measured against the statutory conditions precedent to its issuance, and not by its content. Dickson J. (as he then was) made this point clear in *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, when he stated:

Il est fort possible que le refus du gouverneur en conseil de prolonger le mandat de la Commission du temps demandé par les commissaires fût motivé par des considérations d'expédient politique, mais c'est là une question qui échappe à la compétence de la Cour. Un principe de droit établi de longue date, qui est aussi un principe fondamental de notre système de gouvernement, dans lequel le législatif, et non le judiciaire, assume le rôle suprême, pose que les tribunaux n'ont pas droit de regard sur les considérations de politique générale qui motivent les décisions du Cabinet. À moins d'abus de compétence ou de contestation fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹, il est de droit constant que dans les cas où le Cabinet agit conformément à une délégation valide de pouvoirs par le Parlement, il est comptable de ses décisions au Parlement seul et, à travers celui-ci, au public canadien. Autrement dit, la validité d'un décret s'apprécie à la lumière du contexte législatif dans lequel il a été pris, et non en fonction de son contenu. Ce principe a été rappelé en ces termes par le juge Dickson (il était juge puîné à l'époque) dans *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*:

Decisions made by the Governor in Council in matters of public convenience and general policy are final and not reviewable in legal proceedings. Although, as I have indicated, the possibility of striking down an Order in Council on jurisdictional or other compelling grounds remains open, it would take an egregious case to warrant such action. This is not such a case.¹⁷

18 The two other grounds invoked by the Trial Judge to declare Order in Council P.C. 1997-174 to be *ultra vires*—namely, the incompatibility of its requirement with the independence of the Commission and the impossibility for the Commissioners to discharge their duty within the time frame imposed on them—are directly related to the inaccurate views that the Trial Judge held regarding the role of the Commissioners and the nature of their report, which I have already criticized. It is obvious that these grounds have no substance whatever if, as I think it is, the role of the Commissioners is not to decide issues definitively and their report is not intended to pronounce judgment, but merely to explain the results of their work and the opinions (in terms of conclusions and recommendations) which they were able to form given the time and resources available to them; no more, no less. The independence of the Commissioners as to the evaluation of the evidence and the possibility for them to express a view is in no way affected, and their ability to provide a complete and adequate report, in this sense, is indisputable. Again, the right of the Commissioners to decide when they have sufficient evidence to make a particular conclusion or recommendation is certainly not jeopardized by the Governor in Council exercising the right he alone has to decide when it is time to call for the Commission's report and advice. Likewise, the definition of terms of reference establishing the scope of the Commission's powers to investigate will, I suppose, suggest the framework of its report, but it cannot detract, when it comes to the content of such report, from the Commissioners' duty to remain within the limits of their findings and the conclusions they could have reached.

19 In my judgment, therefore, the Trial Judge could not hold, as she did, that the impugned Order in

Les décisions prises par le gouverneur en conseil sur des questions de commodité publique et de politique générale sont sans appel et ne peuvent être examinées par voie de procédures judiciaires. Comme je l'ai déjà indiqué, bien qu'un décret du Conseil puisse être annulé pour incompétence ou pour tout autre motif péremptoire, seul un cas flagrant pourrait justifier une pareille mesure¹⁷.

18 Les deux autres motifs pris par le juge de première instance pour déclarer le décret C.P. 1997-174 *ultra vires*—savoir atteinte à l'indépendance de la Commission et impossibilité pour les commissaires de remplir leur mission dans le délai imposé—découlent directement de sa méprise sur le rôle des commissaires et sur la nature de leur rapport, méprise que j'ai relevée *supra*. Il est manifeste que ces motifs n'ont aucun fondement si, comme je le pense, les commissaires n'ont pas pour rôle de trancher définitivement les questions soumises à leurs investigations et si leur rapport ne vise pas à rendre jugement, mais seulement à expliquer les résultats de leurs travaux et l'opinion (c'est-à-dire leurs conclusions et recommandations) qu'ils ont été en mesure de formuler compte tenu des délais et des ressources mises à leur disposition, et ce, ni plus ni moins. L'indépendance des commissaires, pour ce qui est de l'appréciation des preuves et témoignages et de la possibilité d'exprimer leurs vues, n'est limitée d'aucune façon, et leur aptitude à produire un rapport complet et valable, dans ce sens, est incontestable. Encore une fois, le droit des commissaires de décider quand ils ont suffisamment de preuves pour tirer une conclusion ou faire une recommandation n'est certainement pas compromis par l'exercice par le gouverneur en conseil du pouvoir, qui lui revient à lui seul, de décider à quel moment il veut avoir le rapport et les conseils de la Commission. De même, la définition du mandat, c'est-à-dire de l'étendue des pouvoirs d'enquête de la Commission, donnera, je suppose, une idée du cadre de son rapport, mais elle ne peut déroger, en ce qui concerne le contenu du rapport, à l'obligation pour les commissaires de ne pas déborder des limites de leurs constatations et des conclusions qu'ils ont pu en tirer.

19 J'estime donc que le juge de première instance ne pouvait pas conclure, comme elle l'a fait, que le

Council P.C. 1997-174 was *ultra vires*. The Order in Council was properly enacted pursuant to Part I of the *Inquiries Act*. It was valid on its face. Only an improper view as to the powers of the Governor in Council conferred upon him by Parliament and a misconception regarding the legal status of commissions of inquiry could permit her to conclude that the Governor in Council acted in a manner contrary to law.

décret C.P. 1997-174 excédait les pouvoirs du gouverneur en conseil. Ce décret a été régulièrement pris sous le régime de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*. Il était valide tel quel. Seules une mauvaise interprétation des pouvoirs que le législateur confère au gouverneur en conseil et une méprise sur le statut juridique des commissions d'enquête expliquent qu'elle ait conclu que le gouverneur en conseil a agi de façon contraire à la loi.

20 It is even my opinion finally that, once the Trial Judge ascertained that the impugned order was validly enacted pursuant to Part I of the *Inquiries Act*, she ought to have dismissed the application for judicial review on the basis that there were no other justiciable issues raised by the application. As I have said, the policy considerations which motivated the Governor in Council's decision to put an end to the life of the Somalia inquiry by June 30, 1997 may have been debatable or perhaps even suspect. But, it is a debate that a court of law, properly confined to its adjudicative role, ought not to have considered.¹³

20 Enfin, je suis même d'avis qu'une fois établi que le décret attaqué a été validement pris en application de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, le juge de première instance aurait dû rejeter la demande de contrôle judiciaire par ce motif que celle-ci ne soulevait aucune autre question justiciable. Comme indiqué *supra*, il se peut que les considérations de politique générale qui motivaient la décision du gouverneur en conseil de mettre fin à l'enquête sur la Somalie au 30 juin 1997 soient discutables, voire suspectes. Mais il s'agit là d'une question dont une cour de justice, proprement confinée dans son rôle juridictionnel, ne doit pas connaître¹³.

21 I would, therefore, allow the appeal, quash the orders and declarations made by the Trial Judge, and declare that the impugned Order in Council P.C. 1997-174 was *intra vires* the Governor in Council.

21 Par ces motifs, je suis d'avis de faire droit à l'appel, d'annuler les ordonnances et jugements déclaratoires rendus par le juge de première instance et de déclarer que le décret C.P. 1997-174, attaqué en l'espèce, n'excédait pas les pouvoirs du gouverneur en conseil.

ISAAC C.J.: I agree.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je souscris aux motifs ci-dessus.

MCDONALD J.A.: I agree.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

¹ I refer to the Governor in Council as a human representative of the Crown in right of Canada, in accordance with the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21, s. 35(1)] which defines "Governor in Council" as meaning "the Governor General of Canada acting by and with the advice of, or by and with the advice and consent of, or in conjunction with the Queen's Privy Council for Canada".

² Order in Council P.C. 1997-456, dated April 3, 1997.

³ [1989] 1 S.C.R. 342.

⁴ R.S.C., 1985, c. I-11.

¹ Gouverneur en conseil s'entend dans ces motifs du représentant de la Couronne du chef du Canada, conformément à la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 35(1)], aux termes de laquelle «gouverneur en conseil» signifie «le gouverneur général du Canada agissant sur l'avis ou sur l'avis et avec le consentement du Conseil privé de la Reine pour le Canada ou conjointement avec celui-ci».

² Décret C.P. 1997-456, en date du 3 avril 1997.

³ [1989] 1 R.C.S. 342.

⁴ L.R.C. (1985), ch. I-11.

⁵ [1997] 2 F.C. 391 (T.D.), at p. 427.

⁶ S. Prov. C. 1846, c. 38 (9 Vict.).

⁷ I will pause here for a moment to mention that one may see a jurisdictional issue in the proceedings as instituted. Indeed, cases may be cited for the proposition that the Court does not have jurisdiction to review decisions made by the Governor in Council, since s. 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)] provides such jurisdiction only with respect to a "federal board, commission or other tribunal" which, as defined in s. 2 [as am. *idem*, s. 1] of the Act, does not include the Crown (see, among others, *Minister of National Revenue & Queen (The) v. Creative Shoes Ltd.*, [1972] F.C. 993 (C.A.), at p. 999). The issue was not raised by the parties, and I do not think that it ought to be discussed in detail. Suffice it to say that I am of the view expressed by Rothstein J. in *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney-General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (F.C.T.D.), that where the Governor in Council acts pursuant to a statute, he is a federal board, rather than an embodiment of the Crown.

⁸ *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1997] 2 F.C. 36 (C.A.); and *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, [1997] 2 F.C. 527 (C.A.).

⁹ See *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.) et al.*, [1979] 1 S.C.R. 218, at pp. 243-244, *per* Pigeon J.

¹⁰ R.S.C., 1985, c. I-21. The provision in question reads thus:

31. . . .

(4) Where a power is conferred to make regulations, the power shall be construed as including a power, exercisable in the same manner and subject to the same consent and conditions, if any, to repeal, amend or vary the regulations and make others.

¹¹ 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].

¹² [1983] 1 S.C.R. 106, at p. 111. See also *Criminal Law Amendment Act, Reference*, [1970] S.C.R. 777, at p. 782; *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1, at p. 12; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 753; *Attorney-General for Canada v. Hallet and Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (P.C.), at p. 446; and *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435 (H.L.).

¹³ In *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pp. 90-91, Dickson C.J. explained the concept of justiciability as follows:

⁵ [1997] 2 C.F. 391 (1^{re} inst.), à la p. 427.

⁶ S. Prov. C. 1846, ch. 38 (9 Vict.).

⁷ Soit dit en passant, on pourrait voir une question de compétence dans la procédure telle qu'elle a été engagée. En effet, il est possible de citer la jurisprudence posant que la Cour n'a pas compétence pour connaître des décisions du gouverneur en conseil, le pouvoir de contrôle prévu à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)] ne s'étendant qu'au «office fédéral», lesquels, selon la définition qu'en donne l'art. 2 [mod., *idem*, art. 1] de cette Loi, ne s'entendent pas de la Couronne (V. notamment *Le ministre du Revenu nationale et la Reine c. Creative Shoes Ltd.*, [1972] C.F. 993 (C.A.), à la p. 999). Les parties n'ont pas soulevé cette question, et je ne pense pas qu'il y ait lieu de l'analyser en détail. Qu'il suffise de dire que je partage la conclusion tirée par le juge Rothstein dans *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (C.F. 1^{re} inst.), savoir que dans les cas où le gouverneur en conseil agit en vertu d'une loi, il est un office fédéral, et non pas l'incarnation de la Couronne.

⁸ *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1997] 2 C.F. 36 (C.A.); et *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 2 C.F. 527 (C.A.).

⁹ Cf. *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.) et autre*, [1979] 1 R.C.S. 218, aux p. 243 et 244, motifs prononcés par le juge Pigeon.

¹⁰ L.R.C. (1985), ch. I-21. Cette disposition porte ce qui suit:

31. . . .

(4) Le pouvoir de prendre des règlements comporte celui de les modifier, abroger ou remplacer, ou d'en prendre d'autres, les conditions d'exercice de ce second pouvoir restant les mêmes que celles de l'exercice du premier.

¹¹ 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^o 44].

¹² [1983] 1 R.C.S. 106, à la p. 111. Voir aussi *Loi modifiant le droit pénal, renvoi*, [1970] R.C.S. 777, à la p. 782; *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1, à la p. 12; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 753; *Attorney-General for Canada v. Hallet and Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (P.C.), à la p. 446; et *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435 (H.L.).

¹³ Dans *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, aux p. 90 et 91, le juge en chef Dickson explique la notion de justiciabilité en ces termes:

As I noted in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 459, justiciability is a “doctrine . . . founded upon a concern with the appropriate role of the courts as the forum for the resolution of different types of disputes”, endorsing for the majority the discussion of Wilson J. beginning at p. 460. Wilson J. took the view that an issue is non-justiciable if it involves “moral and political considerations which it is not within the province of the courts to assess” (p. 465). An inquiry into justiciability is, first and foremost, a normative inquiry into the appropriateness as a matter of constitutional judicial policy of the courts deciding a given issue or, instead, deferring to other decision-making institutions of the polity.

Comme je l’ai souligné dans *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 459, en reprenant au nom de la majorité de cette Cour l’analyse du juge Wilson commençant à la p. 460, la justiciabilité est une «doctrine [. . .] fondée sur une préoccupation à l’égard du rôle approprié des tribunaux en tant que tribune pour résoudre divers genres de différends». Selon le juge Wilson, une question est non justiciable des tribunaux si elle met en cause «des considérations morales et politiques qu’il n’est pas du ressort des tribunaux d’évaluer» (p. 465). L’examen de la justiciabilité consiste, d’abord et avant tout, en un examen normatif de l’opportunité pour les tribunaux, sur le plan de la politique judiciaire constitutionnelle, de trancher une question donnée ou, au contraire, de la déférer à d’autres instances décisionnelles de l’administration politique.