
La Justice militaire canadienne : le procès sommaire est-il conforme à l'article 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés ?

Patrick Cormier*

Le procès sommaire dans les Forces armées canadiennes permet à la chaîne de commandement de juger directement les militaires placés sous sa responsabilité. Les peines pouvant être infligées au délinquant par un commandant varient de peines mineures à la peine de détention de trente jours. Or, l'article 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit que toute personne a le droit d'être jugée par un tribunal indépendant et impartial. Eu égard au fait que le commandant de l'unité ne peut raisonnablement être considéré comme indépendant et impartial au sens de la jurisprudence, *prima facie*, il y a violation de la *Charte*. En dépit de cette violation, l'instance sommaire est-elle constitutionnelle ?

Afin de répondre à cette question, l'auteur clarifie tout d'abord la nature de l'incompatibilité entre les droits constitutionnels prévus à l'article 11(d) de la *Charte* et le procès sommaire. Ensuite, il considère trois avenues qui permettraient à l'État de justifier cette violation de droits constitutionnels : a) la *renonciation permanente* à certaines garanties constitutionnelles lors de l'enrôlement, b) la *renonciation ponctuelle* lorsque le militaire exerce son droit d'option à la cour martiale, et c) la *nécessité* des procès sommaires. Selon l'analyse, seule la dernière avenue doit être retenue. Les procès sommaires devraient être sauvegardés en vertu de l'article 1 de la *Charte*, car ils constituent un outil efficace essentiel au maintien de la discipline.

La nécessité des procès sommaires (ou de leur équivalent) est un fait historiquement reconnu dans plusieurs autres pays, notamment, le Royaume-Uni, les États-Unis, la France et l'Allemagne. Une déclaration d'inconstitutionnalité pourrait avoir de fâcheux résultats. Nos racines historiques et l'expérience de pays alliés commandent une approche prudente en la matière.

The summary trial of the Canadian Armed Forces allows the chain of command to try directly soldiers placed under its responsibility. Sentences that a commander may impose on a delinquent vary from minor penalties to the thirty-day detainment. Yet section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that every person has the right to be tried by an independent and impartial tribunal. Given that a unit commander cannot reasonably be considered independent and impartial in the sense ascribed to those terms by the case law, there is a *prima facie* violation of the *Charter*.

In order to address this issue, the author first clarifies the nature of the inconsistency between the constitutional rights provided for in section 11(d) and the summary trial. He then considers three avenues that would allow the State to justify this violation of constitutional rights: a) the *permanent renunciation* of certain constitutional guarantees at the time of enrolment, b) the *punctual renunciation* when the soldier opts for a court martial, and c) the *necessity* of summary trials. Based on the analysis, only the last avenue should be retained. Summary trials should be saved on the basis of section 1 of the *Charter*, since they are an efficient and essential tool for maintaining discipline.

The necessity of summary trials (or their equivalent) is a historically recognized fact in many countries, in particular the United Kingdom, the United States, France, and Germany. A declaration of unconstitutionality may have regrettable results. Our historical roots and the experience of allied countries command a prudent approach in this matter.

* Capitaine Patrick Cormier, étudiant subventionné par la Couronne dans le cadre du *Programme militaire d'études de droit*, Faculté de droit, Université McGill, Montréal. L'auteur désire remercier l'honorable Gérald Beaudoin, sénateur, le lieutenant-colonel (ret.), Michel Crowe, adjoint du juge-avocat général pour la région de l'Est (retraité), ainsi que le professeur Yves-Marie Morissette, Faculté de droit, Université McGill, pour leurs précieux commentaires et utiles suggestions. Les opinions exprimées dans cet article sont personnelles et n'engagent en rien le ministère de la Défense nationale, les Forces canadiennes ou l'étude du juge-avocat général.

Introduction

- I. **Le nouveau procès sommaire dans les Forces canadiennes et la *Charte canadienne des droits et libertés* : y a-t-il incompatibilité ?**
 - A. *Description : le procès par voie sommaire et le Projet de loi C-25*
 - B. *Application de la Charte aux procès sommaires*
 1. Conditions d'application de la *Charte*
 2. Parité entre le tribunal militaire et la cour criminelle ordinaire
 3. La peine de détention
 - C. *Contexte militaire : le droit à un «tribunal indépendant et impartial»*
 - D. *Analyse : le procès par voie sommaire déroge-t-il à l'article 11(d) de la Charte ?*

- II. **Le procès par voie sommaire : renonciation aux garanties constitutionnelles, ou justification en vertu de l'article 1 de la *Charte* ?**
 - A. *Renonciation permanente : choisir la profession des armes — y a-t-il renonciation implicite à certaines garanties constitutionnelles ?*
 - B. *Renonciation ponctuelle : le droit d'option à une cour martiale*
 1. Renoncer à être jugé par une cour martiale n'équivaut pas nécessairement à une renonciation aux garanties constitutionnelles
 - a. *Le droit d'option à une cour martiale avant 1997*
 - b. *Le droit d'option à une cour martiale après le Rapport Dickson*
 2. Peut-on valablement renoncer au droit à un «tribunal indépendant et impartial» prévu à l'article 11(d) de la *Charte* ?
 - a. *Conditions de renonciation*
 - b. *La nature particulière du droit à un «tribunal indépendant et impartial» permet-elle renonciation ?*
 - C. *Justification des procès par voie sommaire en vertu de l'article 1 de la Charte*
 1. Le devoir de justification de l'État devant les tribunaux en vertu de l'article 1 de la *Charte*
 2. L'existence d'un objectif suffisamment important : permettre une résolution rapide et adéquate des problèmes disciplinaires
 3. Préoccupations du législateur : urgentes et réelles
 4. Lien rationnel entre les moyens employés et l'objectif à atteindre : le procès sommaire est une procédure permettant aux Forces canadiennes d'administrer une justice rapide

5. Mesures minimales : le procès sommaire et la peine de détention sont des outils nécessaires
 - a. *Aperçu du droit étranger*
 - b. *Considérations historiques*
 - c. *Considérations disciplinaires et psychologiques*
 - d. *Sommaire*
6. Proportionnalité : entre l'objectif et les effets préjudiciables
7. Proportionnalité : entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques

Conclusion

Annexe

Introduction

An undisciplined military force is a greater danger to Canada than to any foreign enemy. Therefore, those involved in the development of the disciplinary system must constantly keep in mind not only the pressing arguments being made to modify the system but also the reasons why the system has developed into its present form. The rules created to meet the disciplinary needs of a particular era in history should be rejected if they are no longer valid, but those disciplinary procedures which have proven useful and enduring in controlling military forces should be retained unless compelling reasons for change exist. To maintain morale and discipline in the Canadian Forces, we should continue to proceed on the trail of discipline with a progressive outlook using the torch of history to light the way¹.

Whatever you military men think, you shall find that you are under civil jurisdiction, and you but gnaw a file, you will break your teeth ere shall prevail against it².

La Cour suprême, dans l'arrêt *Généreux*³ en 1992, a établi sans équivoque que la justice militaire est sujette à examen sous la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴. Bien que la Cour ait entériné le principe voulant que «[l']existence d'un système parallèle de droit et de tribunaux militaires, pour le maintien de la discipline dans les Forces armées, est profondément enracinée dans notre histoire et elle est justifiée»⁵, elle a quand même décidé que «la constitution et l'organisation de la cour martiale générale à l'époque du procès [*Généreux*] ne satisfaisaient pas aux exigences minimales de l'al. 11*d*) de la *Charte*»⁶. Le message est clair : la justice militaire⁷ doit être conforme à la *Charte*.

Pourtant, intuitivement, il est certain que l'application de la *Charte* dans un contexte militaire doit être nuancée et prudente. D'un côté, par égard à la profession des armes, les tribunaux peuvent déférer au jugement de la hiérarchie militaire quant à ce

¹ R.A. McDonald, «The Trail of Discipline : The Historical Roots of Canadian Military Law» (1985) 1 C.F. J.A.G. 1 à la p. 28.

² Le juge en chef Hale dans *The Case of Captain C* (1673), 86 E.R. 167 à la p. 168.

³ R. c. *Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, 88 D.L.R. (4^e) 110 [ci-après *Généreux* avec renvois aux R.C.S.]

⁴ Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

⁵ *Généreux*, *supra* note 3 à la p. 295.

⁶ *Ibid.* aux pp. 309-10.

⁷ L'expression «justice militaire» peut prendre différents sens selon le contexte. Ici, il s'agit de l'administration de la justice, soit l'ensemble des procédures par lesquelles un justiciable du *Code de discipline militaire* [ci-après *CDM*] répond de ses actes. Quelquefois, l'expression inclut aussi le droit de fond, e.g. les infractions prévues au *CDM*. Le *CDM* est constitué de la partie disciplinaire de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5 [ci-après *LDN*], ainsi que des règlements disciplinaires pris en vertu de cette même loi.

qui est nécessaire pour le maintien de la discipline⁸. D'un autre côté, en interprétant strictement la *Charte*, on peut envisager le pouvoir judiciaire exigeant la preuve complète et exhaustive, sous l'article 1, de la nécessité pour l'armée de limiter les droits constitutionnels d'un justiciable du *Code de discipline militaire*⁹. La principale difficulté consiste à trouver un juste milieu entre ces deux positions conflictuelles, surtout lorsque l'armée invoque le maintien de la discipline comme raison valable afin de limiter les garanties constitutionnelles des militaires et plaide que le moyen par excellence de maintenir la discipline est l'administration rapide et efficace de la justice militaire¹⁰.

Une fois ce contexte établi, il est intéressant de s'interroger sur la validité constitutionnelle des procès par voie sommaire (ou «procès sommaires»). En effet, le procès sommaire, comme son nom l'indique, est une procédure disciplinaire allégée qui permet à un officier de la chaîne de commandement de juger directement un militaire. L'officier qui préside l'instance sommaire peut infliger une peine de détention de trente jours¹¹.

Bien que la validité des cours martiales ait été examinée dans l'affaire *Généreux* et plus récemment dans l'affaire *Lauzon*¹², la validité constitutionnelle des procès par voie sommaire n'a pas été directement étudiée par les tribunaux. Pourtant, c'est au

⁸ Voir par ex. *Généreux*, *supra* note 3 à la p. 323, où le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) exprime son accord avec la majorité sur «[...] le fait que l'al. 11f) débute par "sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire" démontre que la *Charte* envisage un système distinct de justice militaire [...]». Voir aussi l'opinion du juge L'Heureux-Dubé à la p. 326 : «[...] les Forces armées exigent par-dessus tout la discipline la plus stricte pour fonctionner de manière efficace».

⁹ *CDM*, *supra* note 7. Voir par ex. D.J. Cory, «Military Law Under The Charter» (1986) 24 *Osgoode Hall L.J.* 67 à la p. 80 : «One provision of the Charter, the right to a trial by jury under section 11(f), specifically excludes trials under military law tried before a military tribunal. [...] By implication, Parliament must have intended that the remaining provisions of the Charter would apply to military law». Voir toutefois *Généreux*, *supra* note 3 à la p. 296 : compte tenu de l'art. 11(f), «[l]e contenu de la garantie constitutionnelle d'un tribunal indépendant et impartial peut très bien différer selon qu'il s'agit du contexte militaire ou de celui d'un procès criminel ordinaire».

¹⁰ *Généreux*, *ibid.* aux pp. 293-94 ; Canada, Ministère de la Défense nationale, *Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire : Rapport au Premier ministre*, Ottawa, Le Groupe, 1997 aux pp. 6-9 (Président : B. Dickson) [ci-après *Rapport Dickson*] ; voir aussi le *Rapport Dickson* à la p. 1/4 de l'annexe A : «La justice militaire a pour but de promouvoir la justice, d'aider au maintien de l'ordre et de la discipline dans les Forces canadiennes, de promouvoir l'efficacité et l'efficacités militaires et donc, de renforcer la sécurité nationale du Canada».

¹¹ Le Projet de loi C-25, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 1999, réduit de 90 à 30 le nombre maximal de jours de détention pouvant être infligé : P.L. C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 1^{re} sess., 36^e Parl., 1997-98 (adopté par la Chambre des communes le 11 juin 1998) [ci-après P.L. C-25].

¹² *R. c. Lauzon*, [1998] C.M.A.J. No. 5, 129 C.C.C. (3^e) 399 (C.A.C.M.) [ci-après *Lauzon* avec renvois aux C.C.C.].

moyen des procès sommaires que les Forces canadiennes règlent la grande majorité des problèmes disciplinaires¹³.

Nous procéderons à l'analyse en deux temps. La première étape consiste à examiner s'il y a incompatibilité entre les procès sommaires et la *Charte*¹⁴. Pour ce faire, il sera nécessaire de réviser en quoi consistent ces procès sommaires et de confirmer pourquoi un justiciable du *CDM* est protégé par la *Charte* dans une instance de procès sommaire. Ensuite, puisque la Cour suprême a laissé entendre que la garantie constitutionnelle prévue à l'article 11(d) de la *Charte* est susceptible de s'appliquer différemment dans un contexte militaire, nous devons examiner en quoi consiste cette différence. Nous serons à même de décider si les procès sommaires sont incompatibles avec l'article 11(d) de la *Charte*.

La deuxième étape consiste à voir dans quelle mesure les procès sommaires peuvent être valides s'ils enfreignent la *Charte*. Il y a deux possibilités : soit que le justiciable du *CDM* a renoncé valablement au droit prévu à l'article 11(d) de la *Charte*, soit que le procès sommaire en tant qu'instance militaire est déclaré conforme à la *Charte* en vertu de l'article 1. Dans le premier cas, la renonciation peut être implicite et permanente, étant donné que s'enrôler dans les Forces canadiennes est un choix, ou explicite et ponctuelle, dans le cadre d'une procédure entonnant le droit d'option à une cour martiale¹⁵. En ce qui concerne la deuxième possibilité, l'application du test *Oakes*¹⁶ en l'espèce nécessite soit une certaine indulgence judiciaire quant à l'étendue de la preuve requise, soit, au contraire, la pleine mesure du devoir de justification de l'État devant les tribunaux sous l'article 1 de la *Charte*.

L'examen proposé est nécessaire : nous vivons à une époque où plusieurs commandants, sans compter les autres militaires, doutent de la constitutionnalité des procès sommaires¹⁷. Ce doute est regrettable. En plus de créer des recours artificiels aux

¹³ Le *Rapport Dickson*, *supra* note 10 à la p. 44 avance que 98% des instances disciplinaires sont réglées par procès sommaires. Voir également A.D. Heard, «Military Law and the Charter of Rights» (1988) 11 Dal. L.J. 514 à la p. 525.

¹⁴ Même si plusieurs articles de la *Charte* sont pertinents et applicables, l'analyse dans ce texte est restreinte à l'art. 11(d) de la *Charte*, *supra* note 4 : «Tout inculpé a le droit : [...] d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable».

¹⁵ Plusieurs juristes militaires francophones utilisent l'expression «droit d'élection» au lieu de «droit d'option». Il s'agit du même droit. Il faut aussi examiner si la renonciation dans les faits entraîne un effet juridique, *i.e.* s'il est possible ou non de renoncer à la garantie constitutionnelle prévue à l'art. 11(d) de la *Charte*.

¹⁶ Test élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4^e) 200 [ci-après *Oakes* avec renvois aux R.C.S.]

¹⁷ *Rapport Dickson*, *supra* note 10 aux pp. 44-45 ; voir aussi à la p. ii : «Nous constatons que, ces dernières années, la discipline militaire au sein des Forces canadiennes a été appliquée avec réticence et de façon inégale, en raison de l'incertitude dans laquelle se trouvaient les commandants quant à l'effet de la *Charte canadienne des droits et libertés*». Voir aussi C.H. Belzile, «Military Justice and Discipline» 3:2 *Vanguard* 12 à la p. 14 : «[W]e sensed as we travelled across the country that Commanding Officers displayed an understandable reluctance to proceed with summary trials».

mesures administratives¹⁸ plutôt que disciplinaires, plusieurs problèmes disciplinaires sont renvoyés aux cours martiales¹⁹ alors qu'ils devraient être réglés au sein de l'unité. De plus, il ne faut pas perdre de vue que l'incertitude quant à «l'équité» de la justice militaire mine l'intégrité de la chaîne de commandement :

When the serviceman has confidence in the organization, there is discipline [...]. It is from military law that the serviceman receives his most tangible indication of the relationship between himself and those who command. It is under military law that he is tried and punished. If the military law system is a just system, then it will be recognized as such by the serviceman and thus it will promote and support the discipline upon which the military organization is based²⁰.

I. Le nouveau procès sommaire dans les Forces canadiennes et la *Charte canadienne des droits et libertés* : y a-t-il incompatibilité ?

Rappelons brièvement la raison d'être des procès sommaires :

Le code de discipline militaire est conçu pour traiter des infractions d'ordre militaire allant des infractions mineures à celles qui sont graves et criminelles. Deux catégories de tribunaux militaires ont été créées pour traiter les infractions d'ordre militaire : les procès sommaires et les procès devant cour martiale. Les procès sommaires doivent permettre de rendre justice de façon prompte et équitable à l'égard d'infractions d'ordre militaire relativement mineures [mais] qui ont une incidence appréciable sur le maintien de la discipline et de l'efficacité militaires, au Canada et à l'étranger, en temps de paix ou de conflit armé²¹.

A. Description : le procès par voie sommaire et le Projet de loi C-25

Le procès sommaire subit plusieurs changements en vertu du Projet de loi C-25. Examinons la teneur de ces changements.

¹⁸ Les mesures administratives sont, de la moins sévère à la plus sévère :

- avertissement verbal ;
- avertissement verbal consigné par écrit ;
- avertissement écrit ;
- mise en garde et surveillance ; et
- libération des Forces canadiennes.

Une mesure disciplinaire n'exclut pas une mesure administrative. Les mesures administratives sont des outils à la disposition de la chaîne de commandement pour corriger certaines lacunes incompatibles avec le métier d'un militaire ou avec la profession des armes. Si le militaire ne se corrige pas, les mesures administratives progressent, jusqu'à la libération du militaire, le cas échéant.

¹⁹ Voir *Rapport Dickson*, *supra* note 10 aux pp. 44-45 et Belzile, *supra* note 17.

²⁰ J.B. Fay, «Canadian Military Law : An Examination of Military Justice» (1975) 23 *Chitty's L.J.* 120 à la p. 123.

²¹ Canada, Ministère de la Défense nationale, *Le choix d'être jugé par procès sommaire ou devant une cour martiale : guide à l'intention des accusés et des officiers désignés pour les aider*, Ottawa, Défense nationale, 1997 à la p. 1 [ci-après *Le choix d'être jugé par procès sommaire*].

Le cadre légal de la réglementation des procès sommaires²² a peu changé, si nous comparons le libellé de la *Loi sur la défense nationale* actuelle et le libellé du P.L. C-25. Cette comparaison entre la *LDN* en vigueur avant le 1^{er} septembre 1999 et la *LDN* au lendemain de l'entrée en vigueur du P.L. C-25 a été faite de façon très détaillée en annexe à cet article.

Nous constatons que les différences majeures sont les suivantes : le pouvoir de punition du commandant en ce qui concerne la peine de détention est réduit (de quatre-vingt-dix jours à trente jours)²³ ; le commandant ne peut plus présider un procès sommaire lorsqu'il a lui-même porté les accusations, que ce soit directement ou indirectement²⁴ ; la rétrogradation serait limitée à un seul grade²⁵ ; le commandant ne pourrait plus imposer comme sentence la perte d'ancienneté²⁶ ; il n'y a plus d'obligation légale forçant un commandant à recueillir les dépositions sous serment lorsqu'un accusé le demande²⁷ ; et finalement, la loi prévoirait un mécanisme permettant à un

²² La *Loi sur la défense nationale*, *supra* note 7 prévoit à l'art. 2 qu'un procès sommaire est un «[p]rocès conduit par un commandant, ou sous son autorité, conformément à l'article 163, ou procès dirigé par un commandant supérieur conformément à l'article 164». Cette définition est reconduite dans P.L. C-25, *supra* note 11, en ce que l'art. 1 du P.L. C-25 ne change pas la définition de «procès sommaire» et l'art. 42 du P.L. C-25 remplacerait les articles 163 (*Procès sommaire devant commandant*) et 164 (*Procès sommaire devant des commandants supérieurs*) de la *LDN* par des articles similaires. Il faut noter que le P.L. C-25 a reçu la sanction royale le 10 décembre 1998 et est entré en vigueur le 1^{er} septembre 1999. Le texte ayant reçu la sanction royale est presque identique au texte adopté par la Chambre des communes le 11 juin 1998 (seul l'art. 96 concernant l'obligation de rendre compte au Parlement de la part du ministre a été modifié suite aux débats du Sénat le 24 novembre 1998).

²³ Conformément à la recommandation numéro 16 du *Rapport Dickson*, *supra* note 10 à la p. 51. Voici la justification sous-jacente à cette recommandation : «[N]ous sommes d'accord avec le point de vue du professeur Friedland selon lequel il pourrait être difficile de justifier la période de détention de 90 jours étant donné que d'autres pays comme les États-Unis et la Grande-Bretagne possèdent une période de détention maximale d'environ un mois» (*ibid.*). Cette justification ne tient apparemment pas compte du fait qu'il est possible d'infliger une peine de détention de 60 jours dans le cadre d'une instance sommaire en France, ni du fait qu'une peine de détention de 90 jours puisse être infligée en ce qui concerne les forces navales britanniques, ni du fait qu'il est possible, si le palier hiérarchique supérieur l'autorise, qu'une peine de 60 jours soit infligée dans les forces terrestres britanniques, ni de la justification sous-jacente à l'introduction de la peine de détention de 90 jours en droit militaire canadien en 1950.

²⁴ Conformément à la recommandation numéro 25 du *Rapport Dickson*, *ibid.* à la p. 56. À noter, cette disposition est déjà en vigueur sous forme de règlement : *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, c. 108, en ligne : Ministère de la Défense nationale <http://www.dnd.ca/admfincs/subjects/qr_o/vol2/tofc108_f.asp> (dates d'accès : 27-31 octobre 1998) [ci-après *ORFC*].

²⁵ Conformément à la recommandation numéro 19 du *Rapport Dickson*, *ibid.* à la p. 53.

²⁶ Tout comme la rétrogradation au grade de soldat, la perte d'ancienneté aurait «[...] des répercussions de longue durée sur la carrière et la situation financière du militaire», *Rapport Dickson*, *ibid.* à la p. 52. L'imposition de la perte d'ancienneté en tant que peine a aussi été abrogée pour les procès sommaires devant un commandant supérieur, P.L. C-25, *supra* note 11, art. 42.

²⁷ *LDN*, *supra* note 7, art. 163(5) n'est pas reconduit dans le P.L. C-25, *ibid.*

commandant qui veut donner suite à une accusation, sans toutefois présider un procès sommaire, de le faire en déférant le dossier à un autre commandant, ou en acheminant le dossier au directeur des poursuites militaires. Ce mécanisme permettrait aussi à la personne ayant porté l'accusation de faire référer le dossier au directeur des poursuites militaires lorsque le commandant ne prend aucune mesure disciplinaire. Examinons maintenant le cadre réglementaire.

La procédure applicable aux procès par voie sommaire est présentement contenue dans le chapitre 108 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*²⁸. Ces ordonnances et règlements sont publiés en vertu de l'article 12 de la *Loi sur la défense nationale*. Les *ORFC* continuent d'être publiés en vertu du même article depuis la proclamation du P.L. C-25. Le chapitre 108 des *ORFC* est divisé selon les sections suivantes. Nous avons relevé seulement les caractéristiques les plus importantes de chaque section.

Section 1 : Introduction Cette section, en plus de rappeler certaines définitions de la *LDN* et de prescrire l'objet du procès sommaire²⁹, prohibe l'intervention des autorités supérieures dans le déroulement d'un procès sommaire³⁰ et interdit au commandant de présider le procès sommaire lorsqu'il a porté les accusations³¹.

Section 2 : Compétence des commandants Cette section rappelle les conditions énoncées dans la *LDN*³² qui doivent être réunies avant qu'un commandant puisse juger sommairement un accusé. Elle spécifie clairement quelles infractions peuvent faire l'objet d'un procès sommaire³³. En pratique, un bon nombre de ces infractions ne font

²⁸ *Supra* note 24.

²⁹ *ORFC*, *supra* note 24, art. 108.02 : «La procédure sommaire a pour objet de rendre justice de façon prompte et équitable à l'égard d'infractions d'ordre militaire mineures et de contribuer au maintien de la discipline et de l'efficacité militaires, au Canada et à l'étranger, en temps de paix ou de conflit armé».

³⁰ *Ibid.*, art. 108.04.

³¹ *Ibid.*, art. 108.05.

³² Voir *LDN*, *supra* note 7, art. 163(1).

³³ *ORFC*, *supra* note 24, art. 108.07. Les infractions militaires en question sont :

- désobéissance à un ordre légitime ;
- violence envers un supérieur ;
- acte d'insubordination ;
- querelles et désordres ;
- désordres ;
- connivence dans le cas de désertion ;
- absence sans permission ;
- fausse déclaration concernant un congé ;
- cruauté ou conduite déshonorante ;
- mauvais traitements à l'égard des subalternes ;
- fausses accusations ou déclarations ;
- ivresse ;
- simulation ou mutilation ;
- détention inutile, sans jugement ou non signalée ;

que très rarement l'objet d'un procès sommaire, eu égard à la gravité de l'infraction. En effet, même si un commandant a compétence pour juger l'infraction, il peut refuser de juger sommairement le militaire s'il estime que ses pouvoirs de punition sont insuffisants étant donné la gravité de l'infraction³⁴. De plus, même si le commandant a compétence, l'accusé peut dans la majorité des cas choisir une cour martiale³⁵.

Section 3 : Délégation des pouvoirs du commandant Cette section prescrit comment un commandant peut déléguer ses pouvoirs de juger sommairement. Cette délégation doit être écrite³⁶, elle ne peut se faire à un officier de grade inférieur à ca-

- libération non autorisée ou aide à l'évasion ;
- évasion ;
- défaut de respecter une condition ;
- résistance à la police militaire dans l'exercice de ses fonctions ;
- refus de livraison ou d'assistance au pouvoir civil ;
- désobéissance aux ordres du commandant ;
- actes dommageables relatifs aux aéronefs ;
- signature d'un certificat inexact ;
- vol à trop basse altitude ;
- désobéissance aux ordres du commandant – aéronefs ;
- conduite répréhensible de véhicules ;
- usage non autorisé de véhicules ;
- incendie ;
- vol, recel ;
- dommage, perte ou aliénation irrégulière ;
- infractions diverses (voir *LDN, supra* note 7, art. 117 reconduit dans P.L. C-25, *supra* note 11, art. 31) ;
- outrage à un tribunal militaire ;
- défaut de comparaitre ;
- infractions relatives aux cantonnements ;
- refus d'immunisation ou d'examen médicaux ;
- négligence dans la manutention de matières dangereuses ;
- conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

Les infractions civiles suivantes sont punissables dans un procès sommaire : (a) en ce qui concerne le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 :

- art. 129 (Infractions relatives aux agents de la paix) ;
- art. 266 (Voies de fait) ;
- art. 267 (Aggression armée ou infliction de lésions corporelles) ;
- art. 270 (Voies de fait contre un agent de la paix) ;
- art. 334 (Punition du vol — lorsque la valeur de ce qui est volé ne dépasse pas cinq mille dollars) ;
- art. 335 (Prise d'un véhicule à moteur ou d'un bateau sans consentement) ;
- art. 430 (Méfait, sauf lorsque le méfait cause un danger réel pour la vie des gens) ;
- art. 437 (Fausse alerte) ; et

(b) en ce qui concerne la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 :

- art. 4(1) (Possession de substances).

³⁴ *LDN, supra* note 7, art. 163(1)(b) repris essentiellement dans P.L. C-25, *supra* note 11.

³⁵ *LDN, ibid.*, art. 163(1)(c) repris essentiellement dans P.L. C-25, *ibid.*

³⁶ *ORFC, supra* note 24, art. 108.10(3).

pitaine³⁷, l'accusé doit être de grade inférieur à adjudant³⁸ et finalement, le commandant ne peut pas déléguer ses pouvoirs de juger les infractions civiles punissables sommairement en vertu de l'article 108.07(3) des *ORFC*³⁹. Quant aux peines qui peuvent être infligées par un officier qui préside un procès sommaire en vertu de pouvoirs délégués par le commandant, elles sont spécifiées à la section 7.

Section 4 : Compétence des commandants supérieurs Cette section rappelle les passages pertinents de la *LDN* établissant la compétence des commandants supérieurs ainsi que les restrictions applicables. Sous forme de «notes» sous les articles appropriés, le règlement indique quels officiers sont des «commandants supérieurs» au sens de la *LDN* pour fins de procès sommaires, par exemple les commandants d'escadrons de navires, même s'ils n'ont pas le grade de commodore, etc.

Section 5 : Aide et renseignements fournis à l'accusé Cette section dicte la nature de l'aide qui doit être fournie à l'accusé. Dès qu'une accusation a été portée, un officier doit être désigné par le commandant pour aider l'accusé. Normalement, il est permis à l'accusé de choisir un officier de l'unité pour remplir ce rôle⁴⁰. L'officier conseille⁴¹

³⁷ *Ibid.*, art. 108.10(2)(a). Les grades d'officiers sont (entre parenthèses, les grades de la marine depuis le 1^{er} septembre 1999, en vertu du P.L. C-25, *supra* note 11, art. 91) :

- élève-officier (aspirant de marine);
- sous-lieutenant (enseigne de vaisseau de 2^e classe) ;
- lieutenant (enseigne de vaisseau de 1^{re} classe) ;
- capitaine (lieutenant de vaisseau) ;
- major (capitaine de corvette) ;
- lieutenant-colonel (capitaine de frégate) ;
- colonel (capitaine de vaisseau) ;
- brigadier-général (commodore) ;
- major-général (contre-amiral) ;
- lieutenant-général (vice-amiral) ; et
- général (amiral).

Les titres de «commandant» et de «capitaine-adjudant» indiquent une fonction et non un grade, *i.e.* un officier peut être commandant au grade de capitaine ou au grade de colonel.

³⁸ *Ibid.*, art. 108.10(2)(b). Les grades des militaires du rang sont (entre parenthèses, les grades de la marine) :

- recrue (matelot de 3^e classe) ;
- soldat (matelot de 2^e classe) ;
- caporal (matelot de 1^{re} classe) ;
- caporal-chef (matelot-chef) ;
- sergent (maître de 2^e classe) ;
- adjudant (maître de 1^{re} classe) ;
- adjudant-maître (premier-maître de 2^e classe) ;
- adjudant-chef (premier-maître de 1^{re} classe).

Le titre de «sergent-major» indique une fonction et non un grade.

³⁹ *Ibid.*, art. 108.10(2)(c). Voir la liste des infractions en question, *supra* note 33.

⁴⁰ *Ibid.*, art. 108.14(3).

⁴¹ Voir *Le choix d'être jugé par procès sommaire*, *supra* note 21. Ce guide est expressément mentionné dans les notes accompagnant *ORFC*, *ibid.*, art. 108.14.

l'accusé quant à son droit d'option à une cour martiale (s'il y a lieu), quant à la preuve, à la présentation des témoins et au déroulement du procès sommaire. Il aide l'accusé à préparer sa défense, et parle au nom de l'accusé lorsque requis. L'article 108.15 des *ORFC*, «communication de renseignements à l'accusé», stipule que l'accusé et l'officier désigné pour aider l'accusé doivent avoir accès à tout élément de preuve qui tend à établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Ces renseignements doivent être fournis bien avant que l'accusé exerce son droit d'option à la cour martiale⁴².

Section 6 : Procédure préliminaire au procès Cette section stipule quelles sont les déterminations qu'un commandant doit faire avant la tenue du procès sommaire. Le commandant doit s'abstenir de juger sommairement un militaire qu'il a lui-même accusé. Il doit aussi s'abstenir de juger sommairement un accusé qui préfère une cour martiale⁴³, ou un accusé atteint de troubles mentaux. Finalement, le commandant possède un pouvoir discrétionnaire de ne pas juger sommairement un militaire, selon l'intérêt de la justice et de la discipline⁴⁴. Cette section stipule aussi dans quels cas un justiciable du *CDM* n'a pas de droit d'option à une cour martiale, c'est-à-dire les cas où le commandant peut, de plein droit, juger sommairement sans offrir option à la cour martiale⁴⁵ :

ORFC 108.17 (1) Un accusé qui peut être jugé sommairement à l'égard d'une infraction d'ordre militaire a le droit d'être jugé devant une cour martiale, sauf si les conditions suivantes s'appliquent :

- a) l'infraction a été commise contrairement à l'une des dispositions suivantes de la Loi sur la défense nationale :

85 (Acte d'insubordination),

86 (Querelles et désordres),

90 (Absence sans permission),

97 (Ivresse),

129 (Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline), mais seulement lorsque l'infraction se rapporte à la formation militaire, à l'entretien de l'équipement personnel, des quartiers ou du lieu de travail, ou à la tenue et au maintien ;

- b) les circonstances entourant la commission de l'infraction sont de nature suffisamment mineure pour que l'officier qui exerce sa compétence de juger sommairement l'accusé détermine que, si l'accusé était déclaré coupable de l'infraction, une peine de détention, de rétrogradation ou une amende dépassant 25 pour cent de la solde mensuelle de base ne serait pas justifiée.

La section 6 du chapitre 108 des *ORFC* spécifie aussi que le commandant (ou l'officier délégué présidant le procès sommaire) doit offrir la possibilité à l'accusé de

⁴² *ORFC*, *ibid.*, art. 108.15(2)(a).

⁴³ *Ibid.*, art. 108.16(1)(b).

⁴⁴ *Ibid.*, art. 108.16(1)(a)(v).

⁴⁵ *Ibid.*, art. 108.17(1)(a). Le nombre restreint d'infractions sous cet article conduit quelquefois à des situations pour le moins curieuses : pour un vol de 20 \$, le commandant doit offrir à l'accusé option à la cour martiale, alors que dans un cas d'insubordination il n'y est pas obligé.

consulter un avocat militaire pour être conseillé relativement à son droit d'option à la cour martiale⁴⁶.

Section 7 : Procédure, réception de la preuve et pouvoirs de punition Cette section prévoit en détail la procédure à observer lors du procès sommaire. Entre autres, l'officier qui préside le procès doit prêter serment avant chaque procès⁴⁷ et il doit permettre à l'accusé d'interroger les témoins⁴⁸. L'accusé ne doit pas être condamné s'il subsiste un doute raisonnable⁴⁹. Cette section précise aussi les lignes directrices qui doivent être observées lors du prononcé de la sentence⁵⁰. En ce qui concerne la réception de la preuve, les *Règles militaires de la preuve*⁵¹ ne s'appliquent pas dans le cadre d'un procès sommaire⁵². Cette section comprend aussi des tableaux de peines pouvant être infligées par les commandants⁵³ et par les officiers délégués⁵⁴.

⁴⁶ *Ibid.*, art. 108.18.

⁴⁷ *Ibid.*, art. 108.20(2) renvoie à l'art. 108.27 : «Je jure d'administrer dûment la justice en conformité de la loi, sans partialité, faveur ni affection. Ainsi, que Dieu me soit en aide».

⁴⁸ *Ibid.*, art. 108.20(4).

⁴⁹ *Ibid.*, art. 108.20(7) :

Le président doit considérer les éléments de preuve qui ont été reçus et les observations de l'accusé. Il doit ensuite décider s'il a été démontré hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction dont il est accusé ou toute autre infraction pour laquelle ce dernier peut être déclaré coupable à l'égard de cette accusation.

⁵⁰ *Ibid.*, art. 108.20. La note G précise que :

Dans le cadre du prononcé des sentences, la discrétion du président doit être exercée de façon juste et impartiale. En règle générale, la peine appropriée est la peine la moins sévère qui assurera le maintien de la discipline. La peine doit correspondre à la gravité de l'infraction et au contrevenant de même qu'elle doit tendre à dissuader l'accusé et d'autres personnes qui pourraient être tentées de perpétrer des infractions similaires. Il est indispensable de distinguer les infractions qui font ressortir des inconduites calculées et préméditées de celles qui sont attribuables à la jeunesse, à un caractère agressif, à la tentation subite ou à l'inexpérience. Une peine sera d'autant plus efficace si elle est infligée aussitôt que possible après la perpétration de l'infraction.

La note H ajoute :

On ne devrait avoir recours à la peine de détention qu'en dernier ressort lorsque d'autres peines moins sévères n'ont pas réussi à améliorer le comportement du militaire. La peine de détention peut aussi être infligée si elle se révèle être un moyen efficace dans certains cas particulièrement sérieux de mauvaise conduite.

⁵¹ Les *Règles militaires de la preuve* sont reproduites dans les *ORFC*, *ibid.*, app. 1.3.

⁵² *ORFC*, *ibid.*, art. 108.21(1).

⁵³ Les peines pouvant être infligées par les commandants sont, de la plus sévère à la moins sévère : détention, rétrogradation, réprimande, amende, consigné au navire ou au quartier, travaux et exercices supplémentaires, suppression de congé, avertissement : *ibid.*, art. 108.24.

⁵⁴ Les peines pouvant être infligées par les officiers délégués sont, de la plus sévère à la moins sévère : réprimande, amende, consigné au navire ou au quartier, travaux et exercices supplémentaires, suppression de congé, avertissement : *ibid.*, art. 108.24.

Section 8 : Règles générales applicables aux procès sommaires Les procès sommaires sont publics⁵⁵. L'officier qui préside le procès sommaire a l'obligation de faire comparaître les témoins requis par l'accusé, dans la mesure du possible⁵⁶. Bien que le P.L. C-25 ne reconduise pas l'obligation légale du commandant de faire prêter serment aux témoins à la demande de l'accusé, cette obligation subsiste sous forme réglementaire⁵⁷.

Section 9 : Règles concernant les peines mineures Cette section prescrit les règles applicables aux peines mineures⁵⁸. Afin de donner un exemple du souci d'encadrement réglementaire, nous citons le règlement applicable aux travaux et exercices supplémentaires⁵⁹ :

108.35 – TRAVAUX ET EXERCICES SUPPLÉMENTAIRES

- (1) La peine de travaux et exercices supplémentaires a pour but d'améliorer l'efficacité et la discipline militaires d'un militaire.
- (2) La peine de travaux et exercices supplémentaires imposée à un contrevenant peut à la fois comprendre l'exécution :
 - a) de ses tâches ordinaires pendant des périodes plus longues que celles qui auraient été exigées si la peine n'avait pas été imposée ;
 - b) de tout autre travail supplémentaire utile ;
 - c) d'exercices supplémentaires, aux heures prévues dans les ordres de l'unité, ou d'autre formation militaire.
- (3) La peine de travaux et exercices supplémentaires ne doit pas être purgée le dimanche, mais ce jour compte dans le calcul de la durée de la peine.

Section 10 : Mesures administratives Cette section explique les étapes administratives à suivre lorsqu'une peine a été infligée lors d'un procès sommaire.

Section 11 : Révision Cette section explique le recours administratif d'un accusé qui s'est vu infliger une peine. L'accusé peut demander à une autorité de révision⁶⁰ «d'annuler le verdict de culpabilité en raison de son caractère injuste», ou «de modifier toute [peine] en raison de son caractère trop sévère».

⁵⁵ *Ibid.*, art. 108.28.

⁵⁶ *Ibid.*, art. 108.29(1) : «L'officier qui préside un procès sommaire a le devoir de faire comparaître, à la demande de l'accusé, tout témoin qui, eu égard aux exigences du service, peut être raisonnablement présenté sans recourir à la voie judiciaire».

⁵⁷ *Ibid.*, art. 108.30 : «Chaque témoin doit témoigner sous serment devant un officier présidant un procès sommaire».

⁵⁸ Les peines mineures sont : travaux et exercices supplémentaires (*ibid.*, art. 108.35), suppression de congé (*ibid.*, art. 108.36), consignation au navire ou au quartier (*ibid.*, art. 108.37) et avertissement (*ibid.*, art. 108.38).

⁵⁹ *Ibid.*, art. 108.35.

⁶⁰ *Ibid.*, art. 108.45(2). Typiquement, l'autorité de révision est le prochain officier dans la chaîne de commandement, et la demande de révision est faite au moyen d'une note de service ou d'une lettre.

Maintenant que nous avons examiné en quoi consiste le procès sommaire dans les Forces canadiennes, il convient d'examiner si les garanties constitutionnelles de la *Charte* prévues à l'article 11(d) s'appliquent à ce type d'instance.

B. Application de la Charte aux procès sommaires

1. Conditions d'application de la *Charte*

Au tout début de son analyse dans l'arrêt *Généreux*, le juge en chef Lamer affirme que la *Charte* s'applique aux cours martiales compte tenu de l'arrêt *Wigglesworth*⁶¹ :

[J]e ne doute pas un instant que, compte tenu de l'arrêt *Wigglesworth*, [...] l'al. 11d) de la *Charte* est applicable aux procédures d'une cour martiale générale. [...] Il m'apparaît clair que l'art. 11 de la *Charte* est applicable aux procédures de la cour martiale générale en l'espèce pour les deux raisons énoncées par le juge Wilson dans l'arrêt *Wigglesworth*. Certes, le Code de discipline militaire porte avant tout sur le maintien de la discipline et de l'intégrité au sein des Forces canadiennes, mais il ne sert pas simplement à réglementer la conduite qui compromet pareilles discipline et intégrité. Le Code joue aussi un rôle de nature publique, du fait qu'il vise à punir une conduite précise qui menace l'ordre et le bien-être publics⁶².

Les «deux raisons» évoquées par le juge en chef Lamer dans le passage précédent ont été élaborées par madame le juge Wilson pour la majorité dans l'arrêt *Wigglesworth*. Dans cette affaire, un policier de la GRC avait commis des voies de fait (en l'espèce, des gifles au visage) qui constituaient également une «infraction majeure ressortissant au service», au sens de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*⁶³. L'agent *Wigglesworth* a comparu devant un tribunal du service de la GRC pour subir un procès relativement à une accusation portée sous la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, et a écopé d'une amende de 300 \$ (la peine maximale pour cette peine étant d'un an de prison à l'époque). Huit mois plus tard, l'agent *Wigglesworth* a comparu devant la Cour provinciale de la Saskatchewan pour subir son procès relativement à l'accusation de voies de fait simples portée en vertu du *Code criminel*. L'accusé a plaidé *autrefois convict* (article 11(h) de la *Charte*), et le juge de première instance a fait droit à cet argument. En appel à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, la Cour annule la décision de première instance. En appel à la Cour suprême, la principale question en litige était de savoir si l'agent *Wigglesworth* pouvait se prévaloir de l'article 11(h) de la *Charte*.

⁶¹ *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, 45 D.L.R. (4^e) 235 [ci-après *Wigglesworth* avec renvois aux R.C.S.].

⁶² *Généreux*, *supra* note 3 aux pp. 280-81. Voir aussi le propos du juge en chef Lamer dans *Généreux* à la p. 293 : «Le but d'un système de tribunaux militaires distincts est de permettre aux Forces armées de s'occuper des questions qui touchent directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes».

⁶³ S.R.C. 1970, c. R-9.

En répondant à cette question, la Cour a dû décider si l'article 11(h) de la *Charte* s'appliquait dans le contexte de «procédures disciplinaires», en l'espèce, le procès sommaire de la GRC. Madame le juge Wilson remarque que la protection accordée sous l'article 11 de la *Charte* est typiquement réservée aux affaires criminelles et pénales :

Il est certain que ces droits [les droits prévus à l'article 11 de la *Charte*] sont accordés à ceux qui sont accusés d'infractions criminelles, à ceux qui doivent faire face au pouvoir de poursuite de l'État et qui peuvent très bien subir une privation de liberté par suite de l'exercice de ce pouvoir. [...] J'estime, pour ce motif, qu'il est préférable de restreindre l'art. 11 aux plus graves infractions que nous connaissons dans notre droit, c.-à-d. [*sic*] les affaires criminelles et pénales, et de laisser les autres «infractions» relever du critère plus souple de la «justice fondamentale» énoncé à l'art. 7⁶⁴.

Afin de distinguer si un justiciable peut bénéficier de la protection de l'article 11 de la *Charte* en raison de la nature de l'infraction, la Cour propose le critère suivant :

[S]i une affaire en particulier est de nature publique et vise à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique, alors cette affaire est du genre de celles qui relèvent de l'art. 11. Elle relève de cet article de par sa nature même. Il faut distinguer cela d'avec les affaires privées, internes ou disciplinaires qui sont de nature réglementaire, protectrice ou correctrice et qui sont principalement destinées à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activité privée et limitée [notes omises]⁶⁵.

La Cour ajoute que si un verdict de culpabilité est susceptible d'entraîner pour l'accusé une «véritable conséquence pénale», l'accusé a droit aux garanties constitutionnelles de l'article 11 de la *Charte*, même si l'infraction n'est pas de nature «criminelle ou pénale»⁶⁶.

En résumé, l'arrêt *Wigglesworth* a établi qu'un accusé a droit aux garanties constitutionnelles de l'article 11 de la *Charte* dès lors que l'une des deux conditions suivantes est remplie : a) l'infraction est de nature criminelle ou pénale ; ou b) un verdict de culpabilité pourrait entraîner de «véritables conséquences pénales». L'emprisonnement constituerait une véritable conséquence pénale⁶⁷.

2. Parité entre le tribunal militaire et la cour criminelle ordinaire

Examinons maintenant les procès sommaires des Forces canadiennes. Est-il possible, comme le juge en chef Lamer le fait dans l'arrêt *Généreux* au sujet des cours martiales, de dire, par analogie, qu'un justiciable du CDM traduit dans une instance sommaire peut se prévaloir des garanties constitutionnelles de l'article 11 de la *Charte*

⁶⁴ *Wigglesworth*, *supra* note 61 à la p. 558.

⁶⁵ *Ibid.* à la p. 560.

⁶⁶ *Ibid.* à la p. 564.

⁶⁷ *Ibid.* à la p. 562.

puisque le *CDM* «joue aussi un rôle de nature publique, du fait qu'il vise à punir une conduite précise qui menace l'ordre et le bien-être publics»⁶⁸ ? Nous croyons que l'approche doit être plus nuancée, bien que nous en arrivions au même résultat. Nous croyons que la raison déterminante qui appelle l'application de la *Charte* n'est pas tant «le rôle de nature publique», que l'exception de chose jugée qu'un militaire pourrait opposer lors d'une poursuite criminelle par un tribunal civil⁶⁹. Cette exception établit implicitement parité entre le tribunal militaire et la cour criminelle ordinaire.

Cette dernière raison est beaucoup plus solide que l'approche dichotomique prise par le juge Wilson dans l'affaire *Wigglesworth*, indiquant qu'une affaire relève soit d'une sphère d'activité *publique* ou *privée*⁷⁰. Toute sphère d'activité normative privée n'a-t-elle pas le potentiel, ultimement, d'avoir un impact sur le public, et vice versa ? Par exemple, la réglementation déontologique du barreau, bien qu'elle vise les avocats, n'existe-t-elle pas non seulement pour astreindre ses membres à un standard minimum de conduite, mais aussi pour protéger le public ?

Les activités des médecins, avocats, militaires, policiers, juges, gardiens de prison, prêtres, électriciens, plombiers, etc., ultimement, ont toujours un impact sur le *public*, bien que la nature et l'étendue de cet impact varie grandement.

Par contre, très peu de professions sont dotées de comité de discipline ou de tribunaux internes auxquels s'attachent une exception législative spécifique de chose jugée, comme c'est le cas dans la *LDN* pour les cours martiales et les procès sommaires des Forces canadiennes⁷¹.

Dans l'affaire *Généreux*, le juge en chef Lamer accepte que l'article 11 de la *Charte* s'applique à la cour martiale générale «pour les deux raisons énoncées par le juge Wilson dans l'arrêt *Wigglesworth*»⁷². Pourtant, les justifications offertes par la Cour, peu après le passage précité, sont beaucoup plus convaincantes que la justification se fondant sur le caractère privé ou public de l'affaire. En effet, la Cour dans l'affaire *Généreux* trouve déterminant le fait qu'un tribunal militaire soit compétent pour juger plusieurs infractions au *Code criminel*, ainsi que le fait qu'une condamnation par un tribunal militaire puisse donner lieu à *res judicata*, contrairement à un tribunal disciplinaire de la GRC : «Nombre des infractions dont une personne peut être accusée en vertu du *Code de discipline militaire*, qui constitue les parties IV à IX de la *Loi sur la défense nationale*, se rapportent à des affaires de nature publique. Par exemple, toute action ou omission punissable en vertu du *Code criminel* ou d'une autre loi du Parlement est également une infraction au *Code de discipline militaire*»⁷³ ; et

⁶⁸ *Généreux*, *supra* note 3 aux pp. 280-81.

⁶⁹ *LDN*, *supra* note 7, art. 66.

⁷⁰ Voir le propos du juge Wilson au texte correspondant à la note 65.

⁷¹ *LDN*, *supra* note 7, art. 66.

⁷² *Généreux*, *supra* note 3 à la p. 281.

⁷³ *Ibid.*

«l'accusé qui est jugé par un tribunal militaire ne peut pas être jugé également par une cour criminelle ordinaire (art. 66 et 71 de la *Loi sur la défense nationale*)»⁷⁴.

Nous croyons que le seul fait de l'exception de chose jugée accordée à un militaire ayant déjà été jugé par un tribunal militaire justifie l'application de la *Charte*, puisqu'une telle exception établit implicitement parité entre le tribunal militaire et la cour criminelle ordinaire. L'avantage de cette simple justification devient plus apparent lorsque l'on examine le caractère fallacieux des distinctions entre infractions «militaires» et «civiles» : ces distinctions sont aussi spécieuses que le sont les distinctions entre le caractère «public» et «privé» d'une affaire.

Il est crucial d'établir que la distinction faite entre les infractions militaires et civiles est, dans une large mesure, artificielle. Dire qu'une infraction est une infraction «civile» par opposition à «militaire» simplement parce qu'elle se trouve dans le *Code criminel* ou dans une autre loi au lieu d'être spécifiée de façon distincte dans la *Loi sur la défense nationale* n'est pas rendre justice au fait que la même infraction, commise par un militaire, a potentiellement beaucoup plus de répercussions que si elle est commise par un civil⁷⁵. Ce raisonnement a déjà été proposé par la Cour suprême dans l'affaire *R. c. MacKay* : «It may be thought also that the offence of trafficking in narcotics takes on a special character when it is committed, as it was here, at an armed forces base where service personnel are equipped with firearms»⁷⁶.

Dans les arrêts *MacKay*⁷⁷ et *Généreux*⁷⁸, la Cour suprême a aussi souscrit au passage suivant de l'opinion de monsieur le juge Cattanach de la Cour fédérale :

Plusieurs infractions de droit commun sont considérées comme beaucoup plus graves lorsqu'elles deviennent des infractions militaires, ce qui autorise l'imposition de sanctions plus sévères. Les exemples en ce domaine sont légion, ainsi le vol au détriment d'un camarade. Dans l'armée la chose est plus répréhensible puisqu'elle porte atteinte à cet «esprit de corps» si essentiel, au respect mutuel et à la confiance que doivent avoir entre eux des camarades, ainsi qu'au moral de la vie de caserne. Pour un citoyen, en frapper un autre, c'est se livrer à des voies de faits punissables en tant que telles, mais pour un soldat, frapper un officier supérieur, c'est beaucoup plus grave ; c'est porter atteinte à la discipline et, en certains cas, cela peut équivaloir à une mutinerie. À l'inverse, l'officier qui frappe un soldat commet aussi une infraction militaire sérieuse. Dans la vie civile, un citoyen peut à bon droit refuser de travailler, mais le soldat qui agit ainsi commet une mutinerie, ce qui est une infraction des plus graves, passible de mort en certains cas. De même, un citoyen peut quitter son emploi en tout temps. Sa conduite ne sera entachée que d'inexécution d'obligations contractuelles mais, pour un soldat, agir ainsi constitue une in-

⁷⁴ *Ibid.* à la p. 282.

⁷⁵ «Les manquements à la discipline militaire doivent être réprimés promptement et, dans bien des cas, punis plus durement que si les mêmes actes avaient été accomplis par un civil» : *ibid.* à la p. 293, juge en chef Lamer.

⁷⁶ [1980] 2 R.C.S. 370 à la p. 400, 114 D.L.R. (3^e) 393 [ci-après *MacKay* avec renvois aux R.C.S.].

⁷⁷ *Ibid.* aux pp. 399-400.

⁷⁸ *Supra* note 3 à la p. 294.

fraction sérieuse, qualifiée d'absence sans permission et, s'il n'a pas l'intention de revenir, de désertion⁷⁹.

La Cour suprême a décidé dans l'affaire *Wigglesworth* que l'agent devait répondre du même acte dans un contexte disciplinaire sous la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* et dans un contexte criminel sous le *Code criminel*, et ceci, malgré l'article 12 du *Code criminel*⁸⁰. Nous croyons que la situation est différente pour un accusé militaire : dans la mesure où l'exception de chose jugée à l'article 66 de la *LDN* empêche directement une situation semblable à celle évoquée dans *Wigglesworth* de se produire, nous croyons qu'un justiciable du *CDM* qui est traduit dans une instance militaire pour «violence envers un supérieur» ne pourrait pas être traduit subseqüemment dans une instance criminelle pour «voies de fait». Lorsque l'infraction civile possède un degré de similarité trop élevé avec l'infraction militaire, l'exception visée à l'article 66 de la *LDN* joue afin d'empêcher une poursuite ultérieure⁸¹.

Bref, nous croyons que la *Charte* s'applique à l'instance sommaire des Forces canadiennes surtout en raison de la parité établie législativement entre une cour crimi-

⁷⁹ *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233 (1^{re} inst.) à la p. 236, 78 D.L.R. (3^e) 655 [ci-après *Rippon* avec renvois aux C.F.].

⁸⁰ Voir l'argument à cet effet du juge Estey (dissident) dans l'arrêt *Wigglesworth*, *supra* note 61 aux pp. 568-69. L'art. 12 du *Code criminel*, *supra* note 33, spécifie que :

Lorsqu'un acte ou une omission constitue une infraction visée par plusieurs lois fédérales, qu'elle soit punissable sur acte d'accusation ou déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une personne qui accomplit l'acte ou fait l'omission devient, à moins que l'intention contraire ne soit manifeste, assujettie aux procédures que prévoit l'une ou l'autre de ces lois, mais elle n'est pas susceptible d'être punie plus d'une fois pour la même infraction.

⁸¹ *LDN*, *supra* note 7, art. 71 : «Sous réserve de l'article 66, le code de discipline militaire n'a pas pour effet d'empêcher un tribunal civil de juger toute infraction pour laquelle il a compétence» ; voir *LDN*, art. 66 :

66. (1) Ne peut être jugée — ou jugée de nouveau — pour une infraction donnée ou toute autre infraction sensiblement comparable découlant des faits qui lui ont donné lieu toute personne qui, alors qu'elle est assujettie au code de discipline militaire à l'égard de cette infraction ou susceptible d'être accusée, poursuivie et jugée pour cette infraction sous le régime du code de discipline militaire, se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes : (a) elle a été accusée d'avoir commis cette infraction mais l'accusation n'a pas été retenue ; (b) elle a été acquittée de cette infraction par un tribunal civil ou militaire ou par un tribunal étranger ; (c) elle a été déclarée coupable de cette infraction par un tribunal civil ou militaire ou par un tribunal étranger et a été punie conformément à la sentence.

Le P.L. C-25, *supra* note 11, art. 20 élimine la situation «(a)» et ne retient que les cas de *autrefois acquit* et *autrefois convict*, i.e. une accusation en vertu du *CDM* qui n'a pas été retenue ne serait plus opposable à la Couronne dans une poursuite ultérieure devant un tribunal civil.

nelle ordinaire et un tribunal militaire⁸². Cette raison est plus convaincante qu'une justification en fonction du caractère privé ou public de l'instance sommaire.

3. La peine de détention

Examinons maintenant le deuxième critère de l'arrêt *Wigglesworth* : est-ce qu'une condamnation lors d'un procès sommaire peut résulter en l'imposition d'une «véritable conséquence pénale» ? Malgré la réduction de quatre-vingt-dix jours à trente jours du nombre maximal de jours de détention pouvant être infligé comme peine lors d'un procès sommaire⁸³, il y a tout de même perte de liberté pour un mois. *Prima facie*, les garanties constitutionnelles de l'article 11 de la *Charte* s'appliquent donc au moins en vertu du deuxième critère de l'arrêt *Wigglesworth*, soit la possibilité de «véritables conséquences pénales».

Il est donc apparent que, puisque la peine de détention peut être infligée dans une instance sommaire, il est certain que le justiciable du *CDM* bénéficie des droits prévus à l'article 11(d) de la *Charte*. Mais quelle est la nature et l'étendue de cette protection ?

C. Contexte militaire : le droit à un «tribunal indépendant et impartial»

La Cour suprême dans l'arrêt *Généreux* a laissé la porte ouverte à une interprétation contextuelle de ce droit allant jusqu'à dire que «[l]'existence d'un système parallèle de droit et de tribunaux militaires, pour le maintien de la discipline dans les Forces armées, est profondément euracinée dans notre histoire et elle est justifiée par les principes impérieux analysés plus haut. C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial [...]»⁸⁴.

L'expression «tribunaux militaires» comprend deux types d'instance : les cours martiales et les procès sommaires. Il faut relever une différence capitale entre les deux. Les cours martiales, de par leur constitution (juge militaire, membres du jury et procureurs), tendent⁸⁵ vers un idéal d'indépendance et d'impartialité :

At a General Court Martial and Disciplinary Court Martial the members of the court are selected by the convening authority and every effort is made to select officers not connected to the accused. Commanding officers are specifically prohibited from serving as members of either type of court martial. In the case

⁸² L'expression «tribunal militaire» comprend les cours martiales et la personne présidant un procès sommaire : voir les définitions dans la *LDN, ibid.*

⁸³ Le P.L. C-25, *supra* note 11, art. 12, modifie la *LDN, ibid.*, art. 163(2)(a).

⁸⁴ *Généreux, supra* note 3 à la p. 295.

⁸⁵ Le ministère de la Défense nationale espère que le P.L. C-25, *supra* note 11, ainsi que les changements apportés aux *ORFC, supra* note 24, depuis 1992 corrigeront les lacunes de la justice militaire identifiées dans les affaires *Généreux, ibid.* et *Lauzon, supra* note 12.

of a Standing Court Martial the trying officer is a military legal officer who is from outside the accused's chain of command⁸⁶.

Par contre, les procès sommaires ne tendent pas vers un idéal d'indépendance, car un idéal d'indépendance serait fondamentalement incompatible avec leur fonction première. Deux valeurs sont en jeu. La première, reconnue explicitement et protégée par la *Charte* à l'article 11(d), est de protéger les intérêts d'un accusé en lui accordant le droit à un tribunal indépendant et impartial. La deuxième est de protéger les intérêts disciplinaires des Forces canadiennes en accordant au commandant un pouvoir direct de juger sommairement les membres de son unité (avec certaines restrictions) :

[T]he summary trial is designed as a "personal" forum for the trial of minor service offences. This personal nature of the summary trial reflects the responsibility which the trying officer has for the discipline and the operational capabilities of the personnel under the command of that officer. [...] [T]he summary trial remains the [dominant] and most important disciplinary tribunal for ensuring the maintenance of discipline in the Canadian Forces. It is the personal nature of the summary trial which gives it this status⁸⁷.

Étant donné cette distinction importante entre les cours martiales et les procès sommaires, il est inutile de comprimer artificiellement la garantie constitutionnelle prévue à l'article 11(d) de la *Charte* afin d'accommoder l'instance sommaire. Le fait demeure que cette garantie constitutionnelle, lorsqu'elle s'applique, impose une obligation légale sur tout type de tribunal de se conformer aux critères énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Valente*⁸⁸. Or, étant donné la nature même du procès sommaire dans les Forces canadiennes, il est impossible de réconcilier le droit à un tribunal indépendant et impartial avec le procès sommaire⁸⁹, car le commandant n'est

⁸⁶ K.W. Watkin, *Canadian Military Justice : Summary Proceedings and the Charter*, version révisée de la thèse de maîtrise en droit, Queen's University, Kingston, 1990 à la p. 73. Il faut noter que plusieurs changements ont eu lieu depuis *Généreux*, notamment, les membres de la cour martiale ne sont plus sélectionnés par l'autorité convocatrice. Depuis *Généreux* jusqu'à l'adoption du P.L. C-25, le juge en chef militaire remplissait cette fonction : voir les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, c. 111, art. 111.051(2), en ligne : Ministère de la Défense nationale <http://www.dnd.ca/admfincs/subjects/qr_o/vol2/ch111_f.asp> (date d'accès : 6 décembre 1998). Ce règlement a été pris en vertu de l'art. 165.1(1) de la *LDN*, *supra* note 7. Depuis l'adoption du P.L. C-25 le 1^{er} septembre 1999, c'est l'administrateur de la cour martiale qui nomme les membres d'une cour martiale générale ou disciplinaire : voir le P.L. C-25, *supra* note 11, art. 42, ainsi que le nouvel art. 165.19(1) de la *LDN* ; voir aussi *ORFC*, c. 111, art. 111.03, en ligne : Ministère de la Défense nationale <http://www.dnd.ca/admfincs/subjects/qr_o/vol2/ch111_f.asp#111.05> (date d'accès : 15 novembre 1999).

⁸⁷ Watkin, *ibid.* aux pp. 73-74.

⁸⁸ [1985] 2 R.C.S. 673, 24 D.L.R. (4^e) 161 [ci-après *Valente* avec renvois aux R.C.S.].

⁸⁹ À moins de dénaturer fondamentalement le procès sommaire, ce dernier ne pourra jamais satisfaire les trois critères d'indépendance judiciaire énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Valente*. Il suffit de constater quelles sont les trois conditions essentielles : «Pour qu'il y ait indépendance judiciaire au sens de l'art. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il faut trois conditions essentielles : 1- l'inamovibilité des juges, 2- la sécurité financière des juges, 3- l'indépendance institu-

ni indépendant, ni impartial⁹⁰ au sens de l'arrêt *Valente*⁹¹. Celui-ci doit tenir compte de l'efficacité opérationnelle de son unité, et l'efficacité opérationnelle d'une unité est directement reliée au niveau de discipline⁹². Cette caractéristique n'est pas une faiblesse de l'instance sommaire ; bien au contraire⁹³. Elle reflète plutôt une valeur que le législateur n'a pas choisi de mentionner explicitement dans la *Charte* au moyen d'une exception du genre de celle que l'on retrouve à l'article 11(f)⁹⁴.

tionnelle du tribunal dans les matières administratives qui portent directement sur la fonction de juge», G.-A. Beaudoin, *La Constitution du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990 à la p. 749.

⁹⁰ Ce raisonnement est similaire à celui adopté dans l'opinion juridique de G. Pratte et L. Maison-neuve, incluse dans le *Rapport Dickson*, *supra* note 10 aux pp. 8-9 de l'annexe F. Cette opinion juridique ne souligne pas que l'absence d'indépendance et d'impartialité *n'est pas en soi une carence du système de justice militaire*, mais qu'il s'agit plutôt de la concrétisation d'une valeur primordiale dans toute armée : le maintien de la discipline par la chaîne de commandement. *Le Rapport Dickson*, *ibid.* à la p. 55, abonde clairement en ce sens :

[N]ous estimons que la chaîne de commandement doit être impliquée directement dans la conduite des procès sommaires. Nous sommes également convaincus que cela peut se justifier en vertu de la Charte, nonobstant le fait que les commandants et officiers délégués ne sont ni impartiaux ni indépendants au sens juridique prescrit par la Cour suprême du Canada dans le jugement *R. c. Généreux*.

⁹¹ *Supra* note 88.

⁹² La nécessité d'investir la chaîne de commandement avec des pouvoirs disciplinaires suffisants fut exprimée de façon forte éloquente par le colonel W.E. Hodgins en 1910 dans «Military Law : Its Origin, Development and Application» (1910) 30 Can. L.T. 485 à la p. 485 :

As the essential strength of an army depends on the power and force of many men being absolutely subordinate to and at the disposal of the will of one, the first necessity in the existence of such a body is to ensure implicit obedience to the orders of superior authority, and so to ingraft this quality into the constitution of the force, that every member of it may, according to his position, be certain as by a second nature, to fulfil the orders he may receive or to enforce those he may find it necessary to give.

⁹³ Corry, *supra* note 9 à la p. 89 :

In conclusion, in spite of the integrity of the officers in the Canadian Forces, the summary trial process is far from being fair, independent, and impartial. Given the conflict of duties, Solomon himself could not possibly maintain the degree of impartiality that is necessary to render a just judgment at the summary trial.

L'auteur ne partage pas cette opinion. Il est possible pour un commandant de maintenir la discipline équitablement bien qu'il ne soit ni indépendant, ni même, le cas échéant, impartial. De la même façon que l'indépendance et l'impartialité ne garantissent pas un résultat équitable, l'absence d'indépendance et d'impartialité ne fait pas nécessairement obstacle à l'équité. Salomon demande la sagesse au Seigneur afin de régner et de juger en toute équité (1 Rois 3 : 6-28) ; il ne demande pas l'indépendance et l'impartialité. La solution de Corry consiste à enlever la peine de détention en tant que peine pouvant être infligée lors d'une instance sommaire, afin que l'art. 11(d) de la *Charte* ne s'applique plus (voir Corry, *ibid.* à la p. 118). *Le Rapport Dickson*, *supra* note 10 à la p. 51 soumet pourtant qu'une peine maximale de 30 jours serait probablement acceptable sous l'art. 1 de la *Charte*.

⁹⁴ L'art. 11(f) garantit un procès avec jury lorsqu'il est possible qu'une peine de plus de cinq ans de prison soit infligée, exception faite d'une infraction relevant de la justice militaire devant un tribunal militaire.

D. Analyse : le procès par voie sommaire déroge-t-il à l'article 11(d) de la Charte ?

Suivant la logique exposée à la section précédente, la conclusion que les procès sommaires dans les Forces canadiennes enfreignent les garanties constitutionnelles prévues à l'article 11(d) de la *Charte* semble inéluctable. Ce résultat peut être heureux ou malheureux ; toutefois, le débat se trouverait rehaussé si une discussion franche prenait place quant au choix qu'a fait le législateur d'enclôser certaines valeurs dans la *Charte* au détriment de plusieurs autres.

L'objectif n'est pas de critiquer ces choix, mais plutôt de cerner adéquatement le contexte juridique. Ainsi, nous estimons dangereux de placer le débat quant à la constitutionnalité des procès sommaires exclusivement dans la province des valeurs édictées par l'article 11 de la *Charte*. L'article 11(d) de la *Charte* reflète une valeur importante, mais qui peut soutenir que cette valeur doit être soutenue à l'exclusion de toute autre ? L'article 1 ne donne-t-il pas une certaine marge de manœuvre aux tribunaux ? En l'espèce, soutenir que l'article 11(d) représente une fin en soi incontournable dicterait un résultat alarmant ; soit que le procès sommaire devrait être supprimé ou affaibli en enlevant la peine de détention afin que (peut-être) les garanties constitutionnelles de l'article 11 de la *Charte* ne s'appliquent plus. Voilà un curieux message à transmettre à nos troupes et aux officiers des Forces canadiennes. L'officier possède un brevet de la Couronne qui lui permet de former, discipliner et mener au combat⁹⁵ ses troupes, mais on ne lui accorderait que très peu de marge de manœuvre quant à ses pouvoirs disciplinaires.

En résumé, il est prudent de conclure que le procès sommaire dans les Forces canadiennes déroge à l'article 11(d) de la *Charte*, eu égard surtout au deuxième critère de l'arrêt *Wigglesworth*⁹⁶. Comme nous l'avons vu, cette dérogation ne reflète pas tant une faiblesse ou un échec de l'instance sommaire de rencontrer les critères d'indépendance et d'impartialité de l'arrêt *Valente*, mais reflète plutôt la mise en œuvre législative dans la *Loi sur la défense nationale* d'une valeur qui n'est pas explicitement reconnue par la *Charte* : la protection des intérêts disciplinaires des Forces canadiennes, en accordant au commandant un pouvoir direct de juger sommairement les membres de son unité.

⁹⁵ Lors des Première et Seconde Guerres mondiales, et lors de la guerre de Corée, 1 687 429 Canadiens ont servi, 112 016 sont morts, et 192 869 ont été blessés : «Saviez-vous» dans *Servir* [journal mensuel du 5^e Groupe de Soutien et Support, Région Montréal] 5:3 (novembre 1998) 1. Le brevet d'officier spécifie :

Nous [la Couronne] pourrons prescrire, former et discipliner, en vue de leurs fonctions militaires, les officiers subalternes et les militaires du rang servant sous vos ordres, et vous employer de votre mieux à les maintenir en bon ordre et discipline.

⁹⁶ *Supra* note 61. Voir aussi M.L. Friedland, *Controlling Misconduct in the Military (A Study Prepared for the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, Ottawa, Public Works and Government Services Canada, 1997 à la p. 97.

Le procès sommaire, même s'il déroge à l'article 11(d) de la *Charte*, peut-il être sauvegardé ?

II. Le procès par voie sommaire : renonciation aux garanties constitutionnelles, ou justification en vertu de l'article 1 de la *Charte* ?

Répondre à cette question implique l'examen de trois avenues. La première consiste à déterminer s'il y a renonciation permanente à certaines garanties constitutionnelles lorsqu'un civil se joint aux Forces canadiennes. La deuxième consiste à examiner s'il y a renonciation ponctuelle aux droits prévus à l'article 11(d) de la *Charte* lorsqu'un accusé militaire n'exerce pas son droit d'option à la cour martiale. Ces deux avenues nécessitent un examen sous-jacent : est-ce qu'une renonciation *dans les faits* au droit à un tribunal indépendant et impartial entraîne une renonciation *juridiquement* valide et, si tel est le cas, quels sont les effets juridiques d'une telle renonciation ? Finalement, la troisième avenue que nous allons explorer est celle de la justification des procès sommaires selon l'article 1 de la *Charte*, en portant une attention particulière au volet «mesures minimales» de l'arrêt *Oakes* puisque c'est sous ce volet que les cours martiales ont été déclarées inconstitutionnelles par la Cour suprême en 1992 dans l'arrêt *Généreux*.

A. Renonciation permanente : choisir la profession des armes — y a-t-il renonciation implicite à certaines garanties constitutionnelles ?

Il existe un argument intuitif et dans une certaine mesure, jurisprudentiel, voulant qu'un citoyen se joignant aux Forces armées «abandonne volontairement» certaines garanties constitutionnelles incompatibles avec l'exercice de la profession des armes. Dans quelle mesure cet argument résiste-t-il à l'analyse ?

Il existe quelques arrêts mentionnant que le militaire se soumet volontairement à la juridiction militaire. Avant la proclamation de la *Charte*, il n'était pas rare qu'un tribunal se prononce en ce sens. En 1978, dans l'arrêt *MacKay c. Rippon*, la Cour fédérale se prononçait ainsi :

Le droit militaire, administré au sein des Forces armées, existe depuis des temps immémoriaux ; au Canada, il remonte à l'époque où a été créée la première force armée canadienne, un an après la Confédération. Toutefois, il existe un principe constitutionnel fondamental voulant qu'un soldat n'échappe pas, du fait de son enrôlement dans l'armée et du statut militaire qui en conséquence devient le sien, aux juridictions de droit commun de notre pays. Il s'ensuit que le droit commun applicable à tous les citoyens s'applique aussi aux membres des Forces armées, *mais ceux-ci souscrivent du fait de leur enrôlement des obligations juridiques additionnelles, acquièrent ou perdent certains droits,*

c'est-à-dire qu'ils sont alors régis par le droit militaire canadien [nos itali-ques]⁹⁷.

Un arrêt plus récent (1981) de la Cour fédérale siégeant en première instance souligne le cadre juridique distinct auquel les militaires canadiens sont soumis :

Le Code de discipline militaire inclus dans la *Loi sur la défense nationale* prévoit pour les militaires des juridictions différentes, des peines différentes et des prescriptions différentes. C'est le cas dans tous les pays occidentaux depuis des temps immémoriaux et au Canada au moins depuis 1868⁹⁸.

Durant la Seconde Guerre mondiale, la Cour de l'Échiquier allait même plus loin en avançant une position que l'on pourrait qualifier «d'abandon de droits civils»⁹⁹ :

[A soldier] on his enlistment subjects himself to military discipline and military law. He owes a duty of implicit obedience to superior authority. *He has not only abandoned his civilian status and given up many of his civil rights as an ordinary person but he has also assumed obligations and incurred the risk of penalties of a kind radically different from those to which a civilian can be subject.* He may be tried by court martial for acts committed by him which are not illegal under any law other than the military one and which, if committed by him in civilian life would carry no penal consequences with them, but which, according to military law, may involve him in the loss of his personal liberty. For example, under military law severe penalties such as penal servitude, imprisonment or detention may be awarded to a soldier who deserts, absents himself without leave or disobeys the order of a superior, whereas the same acts if done by a civilian [...] could not involve him in any deprivation of liberty or in penal consequences of any kind. Indeed, some breaches of duty on the part of a soldier on active service might bring upon him the penalty of death [nos italiques]¹⁰⁰.

Cette position a aussi trouvé écho dans la doctrine¹⁰¹.

L'éthique militaire comprend des valeurs qui reconnaissent cet «abandon» de droits constitutionnels :

Nous croyons en un Canada fort et libre et nous croyons que les Forces Canadiennes existent, en définitive, pour faire régner la justice et la paix au Canada. Nous croyons que le meilleur moyen d'y parvenir est de constituer et d'entretenir une force militaire professionnelle.

⁹⁷ *Rippon*, supra note 79 à la p. 235.

⁹⁸ *Grégoire c. Paradis*, [1981] 2 C.F. 471 (1^{re} inst.) à la p. 476.

⁹⁹ L'expression «abandon de droits civils» n'est pas consacrée. Selon l'auteur, elle ne fait que refléter un courant de pensée qui a graduellement perdu du terrain depuis les grandes guerres.

¹⁰⁰ *McArthur c. R.*, [1943] Ex. C.R. 77 aux pp. 118-19 [ci-après *McArthur* avec renvois aux Ex. C.R.]. Voir aussi C.M. Clode, *Military and Martial Law*, London, William Clowes & Sons, 1874 ; et J.M. Lindley, "A Soldier is also a Citizen": *The Controversy over Military Justice, 1917-1920*, New York, Garland Publishing, 1990.

¹⁰¹ «When individuals enlist in the Forces, it is assumed that they voluntarily relinquish much of their personal freedom and agree to submit themselves to the military justice system» : Heard, supra note 13 à la p. 514.

Nous croyons que ceux qui ont embrassé la carrière des armes, tout en faisant partie intégrante de la société canadienne, constituent un groupe distinct dans la mosaïque canadienne. Nous constituons un groupe chargé d'un mandat bien particulier : celui de servir notre pays en nous portant garant de sa souveraineté, au besoin, par la force des armes.

Nous reconnaissons que, pour exercer efficacement de tels pouvoirs, notre profession doit être structurée d'une façon particulière, fortement hiérarchisée et tenue de se conformer à un code de Conduite : «Le Code de discipline militaire».

[...]

Nous reconnaissons que, en acceptant volontairement de servir notre pays, nous devons aussi accepter de restreindre certaines libertés et de même que certains droits reconnus en pays démocratiques¹⁰².

Au-delà d'une normativité à saveur strictement juridique, il existe des traditions, des héritages, des façons de faire, d'agir et de penser, de discipliner, qui, collectivement, forment une normativité propre à la culture militaire. La profession des armes a une vision d'elle-même aux antipodes de la consécration de droits subjectifs. Cette vision n'est pas tant le résultat d'un idéalisme organisationnel que le résultat d'un entraînement classique et rigoureux. Le groupe prime sur l'individu. La mission prime sur le groupe. Si un individu, par son insouciance, son manque de rigueur, sa lâcheté ou son incompétence met en danger la discipline ou l'intégrité du groupe, le commandant *doit* posséder les pouvoirs suffisants pour corriger la situation. Ces pouvoirs doivent comprendre des pouvoirs disciplinaires suffisants, allant jusqu'à la peine de détention, en dernier recours. Mais qu'arrive-t-il lorsqu'un justiciable du CDM veut dépasser la normativité propre à la culture militaire en se réclamant, dans le cadre d'une instance sommaire, d'une protection juridique relativement nouvelle, soit, le droit à un tribunal indépendant et impartial ?

Cette question cerne bien le malaise de la chaîne de commandement face à un accusé militaire qui invoque ses «garanties constitutionnelles». Est-il possible de dissiper ce malaise en interprétant que l'acte de se joindre aux Forces canadiennes entraîne renonciation aux droits prévus à l'article 11(d) de la *Charte* ? Nous ne le croyons pas. Rien n'indique que la Couronne demande aux candidats, implicitement ou explicitement, de renoncer à certaines garanties constitutionnelles.

Examinons le processus contemporain de recrutement. La formule d'enrôlement complétée ainsi que le serment d'allégeance du militaire entraînent-ils renonciation à certaines garanties constitutionnelles ? Premièrement, lorsqu'un civil se présente à un centre de recrutement, on lui donne tout d'abord plusieurs renseignements préliminaires. Ces renseignements¹⁰³ décrivent les procédures d'enrôlement (l'administration du

¹⁰² Canada, Ministère de la Défense nationale, «Qu'est-ce que le credo du militaire ?» (1990) 2 Bulletin du Personnel 7 à la p. 8.

¹⁰³ Canada, Ministère de la Défense nationale, *Forces canadiennes : Renseignements préliminaires*, MRR 975-98F.

test d'aptitude, l'examen médical, etc.), les conditions d'admissibilité, les documents requis, la vérification de fiabilité, le conditionnement physique, l'attribution des uniformes, et même diverses informations concernant le «port du vêtement et d'équipements ou ornements personnels et religieux»¹⁰⁴. Si la Couronne voulait sensibiliser les candidats au fait qu'ils «doivent» renoncer à certaines garanties constitutionnelles, ce n'est certes pas apparent dans ce feuillet d'informations préliminaires.

De plus, entre l'étape préliminaire et le moment où le candidat prête serment, il y aurait plusieurs occasions où la Couronne pourrait sensibiliser le candidat au fait que celui-ci doit «abandonner» certains droits constitutionnels. Par exemple, au cours de l'entrevue, les centres de recrutement ont pour politique de faire signer aux candidats une feuille (*Politique des Forces canadiennes relative à la discrimination et au harcèlement*) qui a pour objectif de sensibiliser les candidats à la discrimination et au harcèlement, et de s'assurer que le candidat, si accepté, respectera cette politique. Les occasions ne manquent donc pas d'attirer l'attention des candidats sur les questions d'intérêt particulier pour la Couronne.

Finalement, le serment d'allégeance exigé d'un citoyen canadien n'indique en rien que le futur militaire renonce à ses droits :

JE, LE (LA) CANDIDAT(E) JURE (1) DÉCLARE SOLENNELLEMENT (2)
que je serai fidèle à Sa Majesté la reine Elizabeth Deux, Reine du Canada, et
Lui porterai sincère allégeance, ainsi qu'à Ses héritiers et successeurs *en vertu
de la loi*. Ainsi, Dieu me soit en aide (Rayer s'il s'agit d'une déclaration)¹⁰⁵ [nos
italiques].

Le libellé du serment d'allégeance précise bien : «en vertu de la loi», qui comprend, bien sûr, la *Charte*. Il semble donc qu'il n'y a pas renonciation implicite ou explicite aux garanties constitutionnelles durant le processus d'enrôlement.

Si la Couronne désire que l'enrôlement entraîne renonciation à certains droits constitutionnels, idéalement, le législateur devrait se prononcer en ce sens en modifiant la *Charte*. Cette solution aurait le mérite d'enchâsser certains aspects de la culture militaire dans notre Constitution. Mais à défaut d'un changement à la *Charte*, au minimum, la Couronne devrait demander de façon explicite cette renonciation lors de l'enrôlement. Cependant, cette dernière solution demeure précaire, car l'effet juridique d'une semblable renonciation demeure incertain, comme nous le verrons plus loin.

En résumé, tenter de sauvegarder les procès sommaires en soutenant que les militaires abandonnent certaines garanties constitutionnelles au moment de l'enrôlement est au mieux une avenue hasardeuse.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Canada, Ministère de la Défense nationale, *Forces canadiennes : Formule d'enrôlement (ou de transfert)*, CF 444 (7-91). À noter, cette formule a très peu changé depuis soixante ans : «I, [...] do sincerely promise and swear (or solemnly declare) that I will be faithful and bear true allegiance to His Majesty», serment d'allégeance en 1940, *McArthur*, *supra* note 100 à la p. 114.

B. Renonciation ponctuelle : le droit d'option à une cour martiale

Il existe un autre moment où il peut être dit que le militaire renonce à son droit à un tribunal indépendant et impartial : lorsque ce dernier choisit de ne pas exercer son droit d'option à la cour martiale et accepte de subir le procès sommaire¹⁰⁶. L'examen de cette avenue doit se faire en deux étapes. La première consiste à évaluer, *dans les faits*, si renoncer à une cour martiale équivaut à renoncer aux droits prévus à l'article 11(d) de la *Charte*. La deuxième consiste à examiner quels effets juridiques, s'ils existent, sont provoqués par semblable renonciation.

1. Renoncer à être jugé par une cour martiale n'équivaut pas nécessairement à une renonciation aux garanties constitutionnelles

La plupart du temps, lorsqu'un accusé renonce à une règle de procédure¹⁰⁷ de la *Charte*, il y a identité entre ce à quoi l'accusé renonce et la garantie constitutionnelle de la *Charte*. Ainsi, lorsqu'une personne renonce à l'assistance d'un interprète, il y a identité entre la garantie constitutionnelle prévue à l'article 14 de la *Charte* et ce à quoi elle renonce. De façon semblable, lorsqu'un accusé abandonne son droit d'être jugé dans un délai raisonnable, il y a identité entre le droit d'être jugé dans un délai raisonnable prévu à l'article 11(b) de la *Charte* et ce à quoi il renonce.

La situation est cependant légèrement différente en l'espèce. Le justiciable du CDM qui exerce son droit d'option à la cour martiale en y renonçant, dans les faits, exprime sa préférence entre le procès sommaire et la cour martiale. On peut même dire qu'il renonce à être jugé par une cour martiale. Mais est-ce la même chose que dire qu'il renonce à «être jugé par un tribunal indépendant et impartial»? Nous ne le croyons pas. Comment est-il possible de soutenir qu'en renonçant à être jugé par une cour martiale, le militaire renonce à être jugé par un tribunal indépendant et impartial, lors même que la Cour suprême en 1992¹⁰⁸ et la Cour d'appel des cours martiales en 1998¹⁰⁹ ont décidé que la cour martiale ne constituait pas un «tribunal indépendant et impartial» au sens de la *Charte* ?

¹⁰⁶ Lorsqu'un militaire est accusé en vertu du *Code de discipline militaire*, *supra* note 7, ce dernier peut demander au commandant d'être jugé par une cour martiale au lieu de subir un procès sommaire. Le commandant a l'obligation légale de fournir ce choix à l'accusé dans les cas prescrits. Si l'accusé n'exerce pas cette option, il doit subir le procès sommaire : *LDN*, *supra* note 7, art. 163(1)(c) reconduit dans le P.L. C-25, *supra* note 11.

¹⁰⁷ «[U]ne partie peut renoncer à une règle de procédure adoptée à son profit» : *Korponay c. Canada (P.G.)*, [1982] 1 R.C.S. 41 à la p. 48, 132 D.L.R. (3^e) 354 [ci-après *Korponay* avec renvois aux R.C.S.]. Il est généralement reconnu que les règles de procédure sont celles prévues aux articles 8 à 14 de la *Charte* : voir A.-M. Boisvert, «La Renonciation aux droits constitutionnels : quelques réflexions» dans *Développements récents en droit criminel*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1989, 185 à la p. 187.

¹⁰⁸ *Généreux*, *supra* note 3.

¹⁰⁹ *Lauzon*, *supra* note 12.

Cette position n'est pas fatale à la validité de l'exercice du droit d'option à la cour martiale. Il s'agit plutôt d'une mise en garde. Bien qu'il soit aisé et même tentant d'assimiler la renonciation à une cour martiale à une renonciation à la garantie constitutionnelle prévue à l'article 11(d) de la *Charte*¹¹⁰, il est nécessaire d'examiner les circonstances entourant l'exercice de ce droit d'option puisqu'il n'y a pas identité entre «renoncer à être jugé par une cour martiale» et «renoncer à être jugé par un tribunal indépendant et impartial». Examinons les circonstances entourant ce droit d'option avant et après 1997, soit avant et après le *Rapport Dickson*.

a. Le droit d'option à une cour martiale avant 1997

Lorsque des accusations en vertu du *CDM* sont portées contre un militaire, ce dernier possède un droit d'option à la cour martiale, sauf dans quelques cas restreints¹¹¹. Typiquement, l'accusé prend sa décision après avoir eu la possibilité de discuter avec un officier nommé pour l'aider à préparer sa défense. Cet officier n'est pas un juriste : il s'agit la plupart du temps d'un officier subalterne de l'unité. Idéalement¹¹², cet officier expliquera à l'accusé toutes les différences entre un procès sommaire et un procès devant une cour martiale¹¹³. Aussi, l'officier désigné pour aider l'accusé doit l'informer de son droit à une consultation juridique sans frais avec un avocat militaire.

¹¹⁰ Il semble que c'est ce qui a été fait dans le *Rapport Dickson*, *supra* note 10 aux pp. 51-52 :

Effectivement, la doctrine suggère qu'il est possible de renoncer à des droits constitutionnels. Pour garantir l'obtention d'une renonciation aux droits complète et valable, nous pensons qu'elle devrait être consignée par écrit, et ce, seulement après que le membre des Forces canadiennes a eu l'occasion de consulter un(e) avocat(e) militaire à titre gracieux [...].

Naturellement, si cette renonciation écrite comprend un énoncé où il est clair que l'accusé renonce à «son droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial», la situation est différente. La nécessité d'un tel énoncé est peut-être la suite logique de l'expression «en toute connaissance de cause» employée dans le *Rapport Dickson*, *ibid.* à la p. 51.

¹¹¹ S'il s'agit d'un acte d'insubordination, de querelles et de désordres, d'absence sans permission, d'ivresse ou de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline, *et* que l'officier qui présidera le procès sommaire estime qu'un verdict de culpabilité ne justifierait pas une peine de détention, de rétrogradation ou une amende dépassant 25% de la solde mensuelle de base, *alors* l'officier présidant le procès sommaire n'est pas tenu d'offrir option à la cour martiale : voir *LDN*, *supra* note 7, art. 163(1)(c), reconduit dans le P.L. C-25, *supra* note 11. Le choix des infractions pouvant faire l'objet d'une instance sommaire est laissé à la discrétion du gouverneur-en-conseil.

¹¹² C'est à dire, si l'officier en question a couvert tous les points mentionnés dans *Le choix d'être jugé par procès sommaire*, *supra* note 21.

¹¹³ Par exemple, l'accusé n'a pas le droit à un avocat lors de l'instance sommaire, les pouvoirs de punition sont nettement plus importants lors d'une cour martiale, l'accusé n'a pas le droit de s'opposer à l'officier présidant un procès sommaire, le choix d'une cour martiale signifie généralement qu'une enquête plus approfondie aura lieu et que les accusations pourraient être modifiées, les règles militaires de la preuve ne s'appliquent pas dans une instance sommaire, il n'y a pas de droit d'appel dans une instance sommaire (il est cependant possible de faire une «demande de révision» auprès du palier suivant de la chaîne de commandement), etc.

Les circonstances précédemment décrites sont idéales ; elles reflètent le cas où l'officier subalterne aura accompli avec diligence et professionnalisme son devoir d'assistance. Mais nous notons que, même dans ce cas, nulle part y a-t-il mention explicite de «renonciation à une garantie constitutionnelle». Cette sensibilisation aura peut-être lieu *si* l'accusé décide de consulter un avocat et *si* cet avocat mentionne à l'accusé qu'en choisissant un procès sommaire il renonce par le fait même au droit prévu à l'article 11(d) de la *Charte*. Il s'agit là d'un ensemble de circonstances pour le moins fortuites sur lequel on pourrait difficilement justifier qu'il y a renonciation consciente à une garantie constitutionnelle de la part du justiciable du CDM. Est-ce dire pour autant qu'il n'y a pas renonciation ?

b. Le droit d'option à une cour martiale après le Rapport Dickson

Le *Rapport Dickson*, rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire, contenait la recommandation suivante :

17. Nous recommandons que, chaque fois que l'on donne à un accusé le choix d'être jugé devant une cour martiale plutôt que par voie sommaire, l'accusé se [voie] accorder le droit de consulter un(e) avocat(e) afin de s'assurer que sa décision soit prise *en toute connaissance de cause*, et que ce choix soit consigné par écrit [nos italiques]¹¹⁴.

Le sens à donner à l'expression «en toute connaissance de cause» déterminera sans aucun doute l'utilité de la mise en œuvre de cette recommandation. En l'espèce, nous croyons nécessaire, pour que la décision relative à l'exercice du droit d'option à la cour martiale d'un accusé militaire soit prise en toute connaissance de cause, qu'il soit clair et évident pour l'accusé que celui-ci renonce aux garanties constitutionnelles de la *Charte* lorsqu'il préfère être jugé dans une instance sommaire. Pour que ce choix soit clair et évident, les garanties constitutionnelles auxquelles l'accusé renonce devraient être mentionnées dans le formulaire de renonciation signé par le militaire.

2. Peut-on valablement renoncer au droit à un «tribunal indépendant et impartial» prévu à l'article 11(d) de la *Charte* ?

Nous avons examiné précédemment les circonstances et les procédures entourant l'exercice du droit d'option à la cour martiale. Deux questions essentielles demeurent : même si, dans les faits, il est pris pour acquis que l'accusé a renoncé aux garanties constitutionnelles prévues à l'article 11(d) de la *Charte*, cette renonciation est-elle valide¹¹⁵ ? Quels sont les effets juridiques d'une telle renonciation ?

¹¹⁴ *Rapport Dickson*, *supra* note 10 à la p. 52.

¹¹⁵ Il est important de préciser qu'il existe d'autres situations où les justiciables peuvent renoncer à certaines garanties constitutionnelles; par exemple, dans plusieurs communautés autochtones il est possible pour un accusé de subir un «procès» au sein et par sa communauté au lieu d'un procès tradi-

a. *Conditions de renonciation*

Lorsque le Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire a considéré la question de l'impact de la *Charte* sur l'instance sommaire dans les Forces canadiennes, il est arrivé à la constatation que «la doctrine suggère qu'il est possible de renoncer à des droits constitutionnels»¹¹⁶. Quelles sont les conditions nécessaires à l'abandon des droits constitutionnels ?

Dans l'état actuel de la jurisprudence, une réponse complète à cette question dépasserait le cadre de cet article :

Une véritable théorie de la renonciation ne pourra s'élaborer tant que les tribunaux canadiens ne se seront pas définitivement prononcés sur la nature et l'étendue de la protection offerte par les différentes garanties constitutionnelles, et n'auront pas déterminé avec précision les intérêts que ces divers droits visent à promouvoir. Un tel contexte explique par ailleurs la réticence des tribunaux à conclure qu'en renonçant à ses droits, un citoyen ait pris une décision libre et éclairée¹¹⁷.

Faute de théorie générale, il est quand même possible de déterminer quelles seraient les conditions de renonciation au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial prévu à l'article 11(d) de la *Charte*. Premièrement, il faut noter que ce type de droit fait partie de la catégorie des garanties qui s'attachent au processus judiciaire lui-même — les articles 8 à 14 de la *Charte*¹¹⁸ — par opposition aux garanties de fond.

La Cour suprême a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la validité de la renonciation à certaines protections constitutionnelles en 1982 dans l'arrêt *Korponay* :

[I]l faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure. [...] Les devoirs du juge en matière de renonciation ne sont pas différents de ceux qui lui incombent dans le cas d'un aveu de culpabilité. Les facteurs dont il tiendra compte pour décider si l'accusé [a] de façon claire et non équivoque pris une décision éclairée de renoncer à ses droits varieront en fonction de la règle de procédure en cause et de l'importance du droit qu'elle vise à protéger. Cependant, sont toujours pertinents la représentation ou la non-représentation de l'accusé par un avocat, l'expérience de l'avocat et, ce que j'estime être un facteur très important dans un pays qui comporte autant de diversité que le nôtre, la pratique particulière qui s'est établie dans le ressort où les événements se déroulent¹¹⁹.

tionnel. Par contre, l'existence dans les faits de telles situations n'eulève rien au questionnement de la validité juridique d'une semblable renonciation. La question demeure.

¹¹⁶ *Rapport Dickson*, *supra* note 10 à la p. 51.

¹¹⁷ Boisvert, *supra* note 107 à la p. 186.

¹¹⁸ *Ibid.* à la p. 187.

¹¹⁹ *Korponay*, *supra* note 107 aux pp. 49-50.

L'énoncé de principe qui précède a été repris plusieurs fois¹²⁰ afin de déterminer s'il y avait eu renonciation valide à certaines garanties procédurales, telles que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable¹²¹, le droit au procès avec jury¹²², le droit à l'assistance d'un avocat¹²³, et le droit à l'assistance d'un interprète¹²⁴. Il n'y a pas, à notre connaissance, de jurisprudence traitant directement de la renonciation au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial.

Le droit constitutionnel à un tribunal indépendant et impartial, tout comme le droit à l'assistance d'un avocat, a pour fondement l'équité dans le cadre de procédures criminelles¹²⁵. La Cour suprême accepte qu'il soit possible de renoncer au droit à l'assistance d'un avocat¹²⁶. Il n'est pas acquis pour autant qu'il soit possible de renoncer au droit à un tribunal indépendant et impartial :

Mais l'exercice de ce droit [choix par l'accusé d'être jugé par un juge et un jury] est assujéti à celui du juge du procès d'imposer le respect de la règle car c'est à lui qu'il appartient en dernière analyse de déterminer les garanties de procédure qu'il faut néanmoins respecter afin de protéger la stabilité et l'intégrité du système judiciaire¹²⁷.

Nous sommes donc en présence d'un certain nombre d'arrêts qui ont validé la renonciation à certains droits constitutionnels par des accusés, mais il y a toutefois une réserve judiciaire : toute renonciation est sujette à l'approbation du tribunal, et cette approbation a peu de chance d'être donnée si la «stabilité et l'intégrité du système judiciaire» sont en jeu. Qu'en est-il de la garantie constitutionnelle prévue à l'article 11(d) de la *Charte* ?

¹²⁰ A. Morel, «Les Garanties eu matière de procédures et de peines» dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3^e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1996, 12-1 à la p. 12-20.

¹²¹ Ce droit est prévu à l'art. 11(b) de la *Charte* ; voir par ex. *R. c. Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863 aux pp. 927-29, 29 D.L.R. (4^e) 161 ; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588 à la p. 612, 39 D.L.R. (4^e) 481.

¹²² Ce droit est prévu à l'art. 11(f) de la *Charte* ; voir par ex. *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296 aux pp. 1309-11, 48 C.C.C. (3^e) 8 ; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384 aux pp. 1399-400, 52 C.C.C. (3^e) 289.

¹²³ Ce droit est prévu à l'art. 10(b) de la *Charte* ; voir par ex. *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383 aux pp. 394-96, 26 D.L.R. (4^e) 493 [ci-après *Clarkson* avec renvois aux R.C.S.].

¹²⁴ Ce droit est prévu à l'art. 14 de la *Charte* ; voir par ex. *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951 aux pp. 996-97, 117 D.L.R. (4^e) 7.

¹²⁵ Par analogie : «Le but [du droit à l'assistance d'un avocat] est plutôt [...] d'assurer que l'accusé est traité équitablement dans les procédures criminelles. Bien que cette garantie constitutionnelle ne puisse être imposée à un accusé qui n'en veut pas, pour être valide et produire des effets toute renonciation volontaire doit se fonder sur une appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit», le juge Wilson dans *Clarkson*, *supra* note 123 à la p. 396.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Korponay*, *supra* note 107 à la p. 48.

b. *La nature particulière du droit à un «tribunal indépendant et impartial» permet-elle renonciation ?*

Parmi les garanties constitutionnelles prévues aux articles 8 à 14 de la *Charte*, les plus fondamentales et importantes sont probablement celles que l'on retrouve à l'article 9 (le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires) et à l'article 11(d) (le droit d'être présumé innocent jusqu'au moment où la culpabilité est légalement prouvée durant un procès public, par un tribunal indépendant et impartial). En ce qui concerne l'indépendance et l'impartialité des tribunaux, la Cour suprême insistait sur l'importance de ces deux caractéristiques de la façon suivante :

Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties¹²⁸.

Eu égard au caractère particulier du droit prévu à l'article 11(d) de la *Charte*, et eu égard aussi au fait qu'il est possible de renoncer à d'autres garanties constitutionnelles, est-il possible de conclure qu'un accusé puisse renoncer au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial ? Nous ne le croyons pas pour les raisons suivantes¹²⁹.

Bien que, pour certains droits constitutionnels, les tribunaux aient accepté en droit qu'il est possible pour un accusé de renoncer à ses garanties constitutionnelles, sous réserve de conditions très spécifiques, il n'en demeure pas moins que les tribunaux n'ont jamais élaboré de principe voulant que *tout* droit constitutionnel puisse être abandonné à la discrétion de l'accusé. Si la Cour suprême, dans une affaire antérieure à l'entrée en vigueur de la *Charte*¹³⁰, a déjà décidé «que des employés n'avaient pu valablement renoncer par convention collective à la protection contre la discrimination

¹²⁸ *Valente, supra* note 88 à la p. 689.

¹²⁹ Il semble que la possibilité qu'il ne soit pas possible de renoncer aux garanties constitutionnelles n'ait pas été considérée par le ministère de la Défense nationale : «There are two main questions which have to be answered in assessing the validity of the right to elect court martial as a form of constitutional waiver. First, to what extent is it being relied upon as a waiver of constitutional rights? Secondly, what must an accused be told before the waiver can be considered to be valid?», Canada, Ministère de la Défense nationale, *Summary Trial Working Group Report*, vol. 1, document interne (mars 1993) à la p. 208.

¹³⁰ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, 132 D.L.R. (3^e) 14.

fondée sur l'âge prévue dans le *Ontario Human Rights Code*¹³¹, nous voyons difficilement pourquoi un tribunal ne se prévaudrait pas du caractère fondamental de l'article 11(d) de la *Charte* afin de déclarer que le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial est «d'ordre public»¹³², et ainsi non susceptible de renonciation. L'insistance de la Cour suprême¹³³ sur l'importance du caractère indépendant et impartial d'un tribunal est aussi un indice pointant vers une solution en ce sens.

Les motifs de l'accusé le portant à renoncer à une garantie constitutionnelle sont aussi pertinents. La personne qui renonce au droit à l'assistance d'un avocat peut être motivée par un désir très fort de se représenter soi-même, ou pour d'autres raisons d'ordre strictement personnelles. La personne qui renonce à son droit d'être jugé dans un délai raisonnable peut être motivée par le fait que le temps additionnel lui permettra de préparer une meilleure défense. La personne qui renonce à son droit contre toute fouille abusive peut être motivée par un désir de collaboration immédiate avec la police afin de démontrer qu'elle ne cache rien. Ces motivations sont toutes acceptables et raisonnables. Mais, quelle serait la motivation d'une personne qui renonce à être jugée par un tribunal indépendant et impartial ?

En l'espèce, il est assez évident que la motivation première des accusés militaires qui refusent d'exercer le droit à la cour martiale consiste à éviter une peine potentiellement beaucoup plus lourde. Il y a aussi le fait qu'un procès sommaire est vite complété, alors qu'un accusé choisissant une cour martiale doit typiquement attendre quelques mois. Ces motivations peuvent-elles justifier la renonciation au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial ?

Cet argument devient plus évident si nous «exagérons» un peu les faits. Supposons que, dans le cadre de la procédure entourant l'exercice du droit d'option à la cour martiale, l'officier désigné pour aider l'accusé lui dise : «Soldat, soyez conscient que si vous choisissez d'aller en cour martiale et que vous êtes reconnu coupable, vous aurez une peine d'au moins un an de prison, alors que si vous choisissez un procès sommaire, le pire que vous risquez est un mois de prison». Le soldat renonce à la cour martiale. Dans un tel cas, n'est-il pas prévisible et logique de croire qu'un tribunal critiquerait la procédure de renonciation, puisque l'accusé, à toute fin pratique, est potentiellement soumis à un préjudice beaucoup plus grave lorsqu'il choisit une cour martiale ? L'apparition d'un préjudice lorsqu'une personne choisit de conserver ses droits n'est pas une particularité partagée par les scénarios précités (comme par exemple le droit à l'assistance d'un avocat, ou le droit contre les fouilles abusives).

Bref, en raison du caractère si fondamental du droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, et du fait qu'il est difficile d'imaginer un motif pour un accusé

¹³¹ Boisvert, *supra* note 107 à la p. 187.

¹³² Sans nécessairement trancher ce point, la Cour suprême dans l'arrêt *Généreux*, notait que la garantie constitutionnelle prévue à l'art. 11(d) de la *Charte* «cherche à maintenir l'intégrité du système judiciaire», *supra* note 3 à la p. 283.

¹³³ Voir *Valente*, *supra* note 88 à la p. 689, ainsi que *supra* note 128 et le texte correspondant.

militaire de renoncer à ce droit autre que l'élimination d'un préjudice accru, nous croyons qu'un tribunal accepterait difficilement qu'il puisse y avoir renonciation valide aux garanties constitutionnelles prévues à l'article 11(d) de la *Charte*¹³⁴.

L'étape suivante consiste en l'analyse selon l'article 1 de la *Charte*.

C. Justification des procès par voie sommaire en vertu de l'article 1 de la Charte

La seule concession explicite faite par la *Charte* au droit militaire se retrouve à l'article 11(f)¹³⁵. Assurément, il eut été possible d'ajouter une deuxième exception afin d'accommoder l'instance sommaire des Forces canadiennes dans le texte même de l'article 11(d), ou encore, le Parlement aurait pu se servir de l'article 33 de la *Charte*, en dérogeant à l'article 11 par une déclaration expresse dans la *LDN*. Ces possibilités, indépendamment de leur mérite, ne font pas partie du droit actuel.

Il revient donc aux tribunaux canadiens de décider si la valeur sous-jacente à l'existence de l'instance sommaire dans les Forces canadiennes, soit de protéger les intérêts disciplinaires¹³⁶ des Forces canadiennes en accordant aux commandants un pouvoir direct de juger sommairement les membres de leurs unités, est suffisamment importante pour que l'on sauvegarde le procès sommaire en vertu de l'article 1 de la *Charte*.

1. Le devoir de justification de l'État devant les tribunaux en vertu de l'article 1 de la Charte

Le *Rapport Dickson* ouvre une fenêtre intéressante sur la démarche probable des tribunaux canadiens en l'espèce :

Dans l'hypothèse où la détention comme mode de punition puisse se justifier pour des raisons militaires et disciplinaires, nous sommes persuadés qu'une instance de révision prendrait ce facteur en considération au moment d'évaluer

¹³⁴ *Contra* Friedland, *supra* note 96 à la p. 99 : «If a decision by an accused not to elect trial by court martial is a genuine waiver of trial by court martial, with full knowledge of the consequences, then there is a good chance that the summary procedure would be upheld, in the same way that a waiver of trial by a guilty plea is not a violation of the *Charter*».

¹³⁵ Art. 11(f) de la *Charte* : «Tout inculpé a le droit : [...] f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave».

¹³⁶ Quant à savoir si la gamme des infractions visées par l'instance sommaire, voir *supra* note 33, correspond vraiment à la «protection des intérêts disciplinaires des Forces canadiennes», il s'agit d'une question intéressante mais qui relèverait d'une toute autre discussion. En général, les tribunaux respectent l'évaluation des Forces armées à ce sujet : voir *supra* note 9. En pratique, puisque les garanties constitutionnelles de la *Charte* s'appliquent à l'instance sommaire en raison de la possibilité de l'imposition d'une peine de détention, l'auteur considère seulement dans cet article la justification des procès sommaires sous cet angle précis sans considérer la connexité implicitement requise entre les «intérêts disciplinaires des Forces canadiennes» et les infractions relevant de l'instance sommaire.

la constitutionnalité de la procédure sommaire. À tout le moins, si un tribunal jugeait que l'on a enfreint les droits garantis par la *Charte*, cette violation pourrait être justifiée en vertu de l'article 1 si l'on présentait suffisamment de preuves pour justifier le maintien de la détention en tant qu'instrument de discipline militaire¹³⁷.

De cet extrait, nous notons toutefois que la justification sous l'article 1 de la *Charte* devra reposer sur une preuve suffisante fournie par la Couronne ; cette preuve devra être suffisante pour justifier que la peine de détention puisse être infligée lors d'un procès sommaire.

Nous procéderons à l'analyse sous l'article 1 de la *Charte* selon les étapes proposées par G.-A. Beaudoin dans son ouvrage *La Constitution du Canada*¹³⁸ :

Pour répondre aux critères fondamentaux de l'article 1 il faut : 1° démontrer l'existence d'un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ; 2° que les préoccupations du législateur soient urgentes et réelles ; 3° que les moyens employés pour atteindre cet objectif soient raisonnables : les mesures doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni irrationnelles ; 4° que les moyens employés portent le moins possible atteinte aux droits et libertés ; 5° enfin qu'il y ait une proportionnalité entre les effets des mesures employées et l'objectif reconnu comme suffisamment important¹³⁹.

À ces étapes, la Cour suprême, en 1994, ajoute l'élément de proportionnalité suivant :

Je reprendrais donc la troisième partie du critère *Oakes* comme suit : il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques¹⁴⁰.

2. L'existence d'un objectif suffisamment important : permettre une résolution rapide et adéquate des problèmes disciplinaires

L'objectif avoué des mesures législatives et réglementaires entourant l'instance sommaire dans les Forces canadiennes est «de permettre une résolution rapide des problèmes de discipline»¹⁴¹. Est-ce un objectif suffisamment important ? Le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes* disait à ce sujet que «[l]a norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraire aux principes qui constituent l'essence

¹³⁷ *Rapport Dickson, supra* note 10 à la p. 51.

¹³⁸ *Supra* note 89.

¹³⁹ *Ibid.* à la p. 684. Ces critères sont dégagés de l'arrêt *Oakes, supra* note 16. Ce test est semblable à celui proposé par P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada (Student Edition)*, 4e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1996 à la p. 682, la différence étant que le test de Hogg n'explicite pas la nécessité «[qu'il] faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important», le juge en chef Dickson dans *Oakes* aux pp. 138-39.

¹⁴⁰ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 à la p. 889, 120 D.L.R. (4^e) 12 [ci-après *Dagenais* avec renvois aux R.C.S.].

¹⁴¹ *Rapport Dickson, supra* note 10 à la p. 12 de l'annexe F.

même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier»¹⁴².

La Cour suprême a déjà eu l'occasion de se pencher sur l'importance du maintien de la discipline dans les Forces canadiennes dans l'arrêt *Généreux* :

[L]e maintien de l'ordre et de la discipline au sein du régime particulier que représentent les Forces armées canadiennes est un objectif important. [L]a nécessité de maintenir un niveau élevé de discipline dans les conditions particulières de la vie militaire est une préoccupation sociale suffisamment importante pour satisfaire au premier volet de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*¹⁴³.

Dans ce même arrêt, la Cour est unanime sur le point que l'objectif de maintenir l'ordre et la discipline au sein des Forces armées a une importance suffisante pour justifier la suppression d'un droit constitutionnel¹⁴⁴. À ceci, nous ajoutons que non seulement l'objectif de maintenir l'ordre et la discipline au sein des Forces armées est important, mais l'objectif doit être atteint *rapidement*¹⁴⁵. L'objectif est donc suffisamment important, mais est-ce que les préoccupations sous-jacentes du législateur sont «urgentes et réelles» ?

3. Préoccupations du législateur : urgentes et réelles

Avant l'entrée en vigueur de la présente *Loi sur la défense nationale* en 1950, le nombre de lois sources de droit militaire canadien devenait très difficile à gérer¹⁴⁶. Durant la Seconde Guerre mondiale, un effort de synthèse législative réduisit ce problème dans une certaine mesure¹⁴⁷, mais ce ne fut qu'avec l'entrée en vigueur de la *LDN* que le droit militaire canadien devint indépendant et auto-suffisant par rapport au droit militaire britannique :

¹⁴² *Supra* note 16 aux pp. 138-39.

¹⁴³ *Supra* note 3 aux pp. 312-13.

¹⁴⁴ *Ibid.*, juge en chef Lamer ; voir également l'opinion du juge Stevenson, *ibid.* à la p. 315 ; voir finalement l'opinion du juge L'Heureux-Dubé, *ibid.* à la p. 319, qui était d'avis qu'il n'y avait pas eu atteinte à un droit constitutionnel.

¹⁴⁵ Watkin, *supra* note 86 à la p. 67 :

A delay in resolving this issue leaves open the question as to whether the individual has successfully shown disrespect for authority. While waiting for a resolution it will be open for the individual or another member of the armed forces to repeat the conduct which is the subject of the disciplinary action. At the same time, the delay creates an uncertainty for the person enforcing the code of service conduct as to whether that person is right in reporting other similar breaches pending the outcome of the first incident. While civilian criminal trials have similar uncertainties created by delays in proceeding with cases the stakes are much higher within the military.

¹⁴⁶ McDonald, *supra* note 1 à la p. 20.

¹⁴⁷ Par exemple, avant l'entrée en vigueur du *Naval Service of Canada Act*, S.C. 1944, c. 23, il y avait 11 différentes sources de droit applicables aux forces navales canadiennes : voir McDonald, *ibid.*

Where the *Statute of Westminster* can be viewed as a watershed in the development of Canadian political independence, the passage of the NDA [*National Defence Act*] stands in the same perspective in relation to Canadian military independence. From the time of the First World War, British control over the actual administration of military discipline in the Canadian Forces had been gradually eroded to the point where *de facto* control rested solely with Canadian authorities by the end of the Second World War. The NDA strengthened the *de facto* control by adding purely Canadian legislative authority thereby eliminating the final vestiges of British influence in the disciplinary process¹⁴⁸.

Nous croyons que la promulgation de la *Loi sur la défense nationale* répondait à une préoccupation importante et réelle du législateur, soit, de permettre au droit militaire canadien de s'assumer en lui donnant une assise législative unique et canadienne :

En résumé, on peut dire que la Loi sur la défense nationale a créé quatre changements importants dans notre droit militaire :

1. Les Forces armées du Canada sont maintenant régies par une loi canadienne. L'accusation est rédigée dans des termes qui nous sont propres et lors du procès, on applique la loi de la preuve du Canada.
 2. La Loi sur la défense nationale est la seule source de droit militaire statutaire applicable aux Forces armées.
 3. Un seul Code de Discipline régit les membres de nos trois services [...].
 4. Enfin, on a confié un droit de révision non seulement à un tribunal civil d'appel mais même, dans certains cas, au plus haut tribunal du pays, la Cour Suprême du Canada¹⁴⁹.
4. Lien rationnel entre les moyens employés et l'objectif à atteindre : le procès sommaire est une procédure permettant aux Forces canadiennes d'administrer une justice rapide

Dans ce volet, nous devons examiner si l'objectif, permettre une résolution rapide des problèmes disciplinaires, est adéquatement servi par l'instance sommaire. Nous croyons que ce lien rationnel est évident :

[L]a nécessité de convoquer un tribunal impartial mènerait à des délais incompatibles avec le besoin de procéder avec célérité. En fait, la nécessité de convoquer un tribunal impartial et d'y permettre la représentation par un avocat retarderait vraisemblablement encore plus la décision finale. Par conséquent, une telle limitation des droits garantis par l'al. 11*d*) et l'art. 7 de la *Charte* est liée ra-

¹⁴⁸ McDonald, *ibid.* à la p. 21.

¹⁴⁹ J.-A. Crowe, «Droit militaire canadien» (1958-59) R.J.T. 81 à la p. 88. Voir aussi les raisons ayant motivé l'introduction de la *LDN*, *supra* note 7, selon les explications de l'honorable Brooke Claxton (ministre de la Défense nationale) à la Chambre des communes le 18 avril 1950. Ces raisons ont été considérées dans W.J. Lawson, «Canadian Military Law» (1951) 29 Can. Bar Rev. 241 aux pp. 247-48.

tionnellement à l'objectif du traitement rapide des infractions d'ordre militaire¹⁵⁰.

5. Mesures minimales : le procès sommaire et la peine de détention sont des outils nécessaires

La justice militaire est un cadre normatif qui se définit entre deux extrêmes. À une extrémité, on peut envisager une justice militaire ne relevant que de l'exécutif pour les infractions mineures et majeures, en temps de paix comme en temps de guerre, et pouvant imposer toute peine, incluant la peine de mort¹⁵¹. La justification morale de cette position consiste à admettre en tant que nécessité un pouvoir disciplinaire absolu afin d'obtenir une efficacité opérationnelle maximale. Il est très peu probable qu'un tel cadre normatif survive sous le volet de *mesures minimales* du test *Oakes* en droit canadien.

À l'autre extrémité, on peut imaginer une justice militaire relevant exclusivement de la branche judiciaire. La justification morale de cette autre position consiste à faire primer les droits subjectifs d'un individu sur les besoins disciplinaires de la chaîne de commandement. Sans aucun doute, un tel cadre normatif respecterait les exigences de la *Charte* ; mais comment la chaîne de commandement pourrait-elle s'acquitter efficacement de ses responsabilités disciplinaires ?

Entre ces deux positions opposées réside une solution acceptable pour les Forces canadiennes qui respecterait les exigences de la *Charte*. Il faut cependant espérer que la Cour suprême ne pose pas des exigences si onéreuses qu'il faille dénaturer l'instance sommaire pour les satisfaire :

[I]t is not advisable to go too far in making a summary proceeding into a regular trial. The Supreme Court is unlikely to demand it. It is better to provide procedures that are desirable from a military perspective and at the same time respect the rights of soldiers than to devise procedures because of fear of how the Supreme Court might rule. The Court demonstrated in *Généreux* that it is prepared to uphold a reasonable system of military justice¹⁵².

Ce volet («mesures minimales») mérite une étude attentive et prudente, car c'est sous cette condition que les cours martiales ont été déclarées inconstitutionnelles par

¹⁵⁰ *Rapport Dickson*, *supra* note 10 à la p. 12 de l'annexe F du Rapport.

¹⁵¹ *Clode*, *supra* note 100 à la p. 83 :

The summary power of the Marshal, and of his deputies, in matters within his Jurisdiction was alleged to be absolute, even in life or death. His judicial proceedings were unfettered by forms, and his powers of punishment both plenary and summary. His sentences were executed in the King's name, and no appeal could be made against his decrees, save to the person of the Sovereign. The office of Constable having lapsed on the attainder of the Duke of Buckingham in 1521, this Jurisdiction (as some doubt appears to have been entertained whether the Marshal alone could exercise it) was permitted to fall into desuetude until sought to be revived in 1639 : whereupon the Commons declared the Marshal's Court to be a grievance.

¹⁵² *Friedland*, *supra* note 96 aux pp. 93-94.

la Cour suprême dans l'arrêt *Généreux*. En l'espèce, ce qui pourrait être fatal à l'instance sommaire est qu'une peine de détention de trente jours peut être infligée¹⁵³, attirant ainsi de façon certaine la protection de l'article 11(d) de la *Charte*¹⁵⁴.

Comment est-il possible pour un tribunal de décider si une instance sommaire est conforme à ce volet du critère de proportionnalité ? Sans être décisif en soi, il est instructif de réviser brièvement le droit étranger et les aspects historiques du procès sommaire. Nous examinerons ensuite quelques considérations d'ordre psychologique et disciplinaire qui seraient susceptibles d'être admises en preuve en vertu de l'article 1 de la *Charte*.

a. Aperçu du droit étranger

Il semble y avoir eu un consensus historique quant au minimum de pouvoirs disciplinaires devant être dévolus à la chaîne de commandement, du moins quant au *principe* qu'il doit y avoir un minimum. Par exemple, en Allemagne, où les abus du système de justice militaire durant le Troisième Reich et la Seconde Guerre mondiale ont conduit les autorités allemandes à restreindre sévèrement les pouvoirs disciplinaires de l'armée envers ses membres¹⁵⁵, il subsiste toujours un tribunal disciplinaire¹⁵⁶ qui est à peu près l'équivalent du procès sommaire militaire canadien. La pire peine pouvant être infligée lors d'un procès sommaire allemand est une peine de «confinement disciplinaire» de sept jours devant un commandant d'unité, et de quatorze jours devant un commandant supérieur¹⁵⁷.

En France, depuis 1982, il n'y a plus de cours martiales («tribunaux aux armées») en sol français :

¹⁵³ P.L. C-25, *supra* note 11 modifiant *LDN*, *supra* note 7, art. 163(3)(a). Accessoirement, la gamme des infractions visées par l'instance sommaire pourrait aussi être contestée, mais considérant le respect des tribunaux à cet égard (voir *supra* notes 9 et 136), l'auteur préfère concentrer son analyse sur la peine de détention.

¹⁵⁴ Plusieurs autres arguments en vertu de l'art. 7 de la *Charte* pourraient être avancés afin de rendre inconstitutionnelle l'instance sommaire des Forces canadiennes ; ils ne seront pas considérés dans ce texte.

¹⁵⁵ La *Bundeswehr* ne possède maintenant que des tribunaux disciplinaires. Ces tribunaux n'ont pas juridiction pour les infractions prévues au Code criminel allemand (*Strafgesetz*) ni pour les infractions prévues au Code criminel pour les Forces allemandes (*Wehrstrafgesetz*). Il subsiste cependant deux niveaux de tribunaux disciplinaires : une instance sommaire (*Disziplinargericht*) et une cour martiale (*Truppendienstgericht*). Dans le dernier cas, le juge qui préside jouit de la même indépendance judiciaire que les autres juges allemands, bien que son salaire soit payé par le ministère de la Défense allemand. Il faut noter que les informations relatives à l'armée allemande ont été obtenues de vive voix par l'auteur auprès du personnel de l'étude du juge-avocat général au Quartier-général de la Défense nationale, à Ottawa.

¹⁵⁶ Le *Disziplinargericht* de la *Bundeswehr*.

¹⁵⁷ Ces informations ont été obtenues de vive voix par l'auteur auprès du personnel de l'étude du juge-avocat général (voir *supra* note 155).

En temps de paix, les tribunaux permanents des forces armées et le haut tribunal permanent des forces armées sont supprimés. Les infractions de la compétence de ces tribunaux relèvent des juridictions de droit commun selon les règles du Code de procédure pénale et les dispositions de la présente loi.

En temps de guerre, les juridictions militaires sont maintenues dans les conditions prévues par la présente loi et par le Code de justice militaire.

Des juridictions militaires peuvent également être établies dans les circonstances définies par les articles 699 et 699-1 du Code de procédure pénale et en temps de paix, lorsque les armées stationnent ou opèrent hors du territoire de la République. Elles sont régies par les dispositions de la présente loi et du Code de justice militaire¹⁵⁸.

Pourtant, le droit français accorde à la chaîne de commandement un pouvoir disciplinaire allant jusqu'à soixante jours de privation de liberté¹⁵⁹.

En droit américain, il existe un équivalent du procès sommaire canadien ; il s'agit d'une instance sommaire sous l'article 15 du *Uniform Code of Military Justice*¹⁶⁰. Sous cet article, la chaîne de commandement possède le pouvoir de juger sommairement un accusé militaire¹⁶¹, sous réserve du droit d'option à la cour martiale de la part de l'accusé¹⁶². L'échelle des punitions sous cet article inclut la détention correctionnelle de trente jours¹⁶³.

En droit britannique, comme nous le verrons plus loin, le droit militaire s'est développé selon deux avenues parallèles : le droit militaire applicable aux forces navales et le droit militaire applicable aux forces terrestres et aériennes¹⁶⁴. En ce qui concerne l'armée et l'aviation, la peine maximale pouvant être infligée lors d'une instance sommaire¹⁶⁵ est une peine de détention de vingt-huit jours¹⁶⁶. Cependant, depuis 1976, il est possible pour

¹⁵⁸ *Loi n° 82-621 du 21 juillet 1982*, art. 1, cité dans le *Code de procédure pénale, Code de justice militaire*, Dalloz, Paris, 1996-97 à la p. 1338.

¹⁵⁹ *Code de justice militaire, ibid.*, art. 395 : «Les infractions aux règlements relatifs à la discipline sont laissées à la répression de l'autorité militaire et punies de peines disciplinaires qui, lorsqu'elles sont privatives de liberté, ne peuvent excéder soixante jours. L'échelle des peines disciplinaires est fixée par décret».

¹⁶⁰ *Uniform Code of Military Justice* (É.-U.), en ligne : United States Air Force JAG <<http://jaglink.jag.af.mil/ucmj.htm>> (date d'accès : 15 novembre 1999) [ci-après *UCMJ*].

¹⁶¹ Il est intéressant de noter que la législation américaine en l'espèce évite d'employer le terme «procès» (*trial*) pour décrire l'instance sommaire sous l'art. 15 du *UCMJ, ibid.* L'expression consacrée est plutôt *non-judicial punishment* : Watkin, *supra* note 86 à la p. 213.

¹⁶² *UCMJ, supra* note 160, §815, art. 15(a) : «[E]xcept in the case of a member attached to or embarked in a vessel, punishment may not be imposed upon any member of the armed forces under this article if the member has, before the imposition of such punishment, demanded trial by court-martial in lieu of such punishment».

¹⁶³ *Ibid.*, §815, art. 15(b)(2)(H)(ii) ; voir aussi Watkin, *supra* note 86 à la p. 216.

¹⁶⁴ Watkin, *ibid.* à la p. 223.

¹⁶⁵ Tout comme aux États-Unis, la législation britannique évite d'utiliser le terme «procès» pour décrire l'instance sommaire : voir *ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.* à la p. 227.

un commandant de demander à son supérieur hiérarchique une extension du pouvoir de punition à soixante jours avant le début du procès sommaire, si l'accusé ne conteste pas les faits reprochés¹⁶⁷. La modification législative de 1976 a été introduite pour réduire le nombre de cours martiales et permettre que les auteurs de certaines infractions aient une peine adéquate tout en évitant à l'accusé une mention à son dossier de condamnation par une cour martiale. Quant aux forces navales, un commandant peut imposer une peine de détention de trois mois lors d'un procès sommaire¹⁶⁸.

Cette brève revue du droit étranger concernant les peines maximales pouvant être infligées lors d'une instance sommaire militaire permet de constater que l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni et les États-Unis ont tous mis à la disposition de la chaîne de commandement des peines privatives de liberté, variant entre quatorze et quatre-vingt-dix jours.

Passons maintenant à une brève revue des racines historiques du procès sommaire militaire canadien.

b. Considérations historiques

Étant donné l'insuffisance de matériel publié concernant les procès sommaires, il serait utile d'examiner de façon plus détaillée l'évolution historique du procès sommaire. Cependant, le lecteur ne perdra pas le fil de l'argumentation s'il passe en revue plus rapidement cette section.

Au cours de la Seconde Guerre mondiale, le procès sommaire au Canada était connu sous le nom de *single court* : «The term "single court" is used to describe a court consisting of a single officer of whatever rank, whether he be a commander, or an acting commander, or a "commanding officer", or a higher officer exercising authority under section 47 of The Army Act»¹⁶⁹.

Sous ce régime, le commandant pouvait seulement (comme c'est toujours le cas) juger sommairement les militaires du rang jusqu'au grade de sergent inclusivement¹⁷⁰. Les ordonnances royales du temps sont révélatrices quant au but de l'instance sommaire :

First, and less serious, offences under the above sections, and minor neglects or omissions, not resulting from deliberate disregard of authority or not associated with graver offences, should, as a rule, be dealt with summarily. A charge for any other offence which the commanding officer desires to dispose of summa-

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.* à la p. 231.

¹⁶⁹ B.M. Singer et R.J.S. Langford, *Handbook of Canadian Military Law*, Toronto, The Copp Clark Company, 1941 à la p. 54. La *Army Act, 1881*, 44 & 45 Vict., c. 58 (R.-U.) est une loi britannique qui fût promulguée en 1881. Cette loi n'avait aucun effet en soi : pour être effective, elle devait être «renouvelée» par l'adoption annuelle du *Army (Annual) Act* jusqu'en 1917 et ensuite par l'adoption annuelle de *The Army and Air Force Annual Act* : Singer et Langford, *ibid.* à la p. 11.

¹⁷⁰ Singer et Langford, *ibid.* à la p. 57.

rily, will be referred to superior authority in a letter stating the circumstances of the case, and accompanied by the soldier's conduct sheets [...]»¹⁷¹.

Quant aux pouvoirs de punition sous ce régime, ils variaient selon que le soldat avait droit d'option ou non à une cour martiale¹⁷². Dans l'affirmative, le commandant pouvait infliger une «punition sommaire»¹⁷³ pouvant aller jusqu'à vingt-huit jours de détention¹⁷⁴. Si l'accusé n'avait aucun droit d'option à la cour martiale, le commandant pouvait infliger une «punition mineure»¹⁷⁵ pouvant aller jusqu'au confinement aux quartiers pour une période de quatorze jours. Les pouvoirs de punition étaient différents pour les militaires du rang ayant un grade supérieur à soldat. Dans ces cas, la punition sommaire la plus grave pouvant être infligée par un commandant consistait en une amende¹⁷⁶; aucune peine privative de liberté ne pouvait être infligée. Les peines mineures suivantes pouvaient aussi être infligées : réprimande, réprimande sévère et blâme. Bref, aucune peine de détention ne pouvait être infligée sous ce régime à moins que l'accusé n'ait eu la possibilité d'exercer un droit d'option à la cour martiale.

En 1950, le Parlement canadien a décidé d'unifier le droit militaire en promulguant la *Loi sur la défense nationale*¹⁷⁷. Fort des leçons de la Seconde Guerre mondiale, le Parlement décida d'accorder à la chaîne de commandement la peine de détention allant jusqu'à quatre-vingt-dix jours, pouvoir auparavant réservé aux commandants des forces navales¹⁷⁸ :

The maximum period of detention that a commanding officer in the army or in the air force may now award, twenty-eight days, has been increased to ninety days, with the safeguard that any period in excess of thirty days shall be effective only to the extent approved by higher authority. The reason for this alteration is that many courts martial were held during the Second World War which could have been avoided if army and air force commanding officers' powers had been greater. In the case of the army, particularly, the number of courts martial that it became necessary to hold in the field had a highly disturbing effect upon the conduct of operations. While these conditions do not obtain in

¹⁷¹ *King's Orders and Regulations for the Canadian Militia* (1941), art. 459, cité dans Singer et Langford, *ibid.* à la p. 58.

¹⁷² Voir Singer et Langford, *ibid.* à la p. 64 : «If the commanding officer proposes to deal with the case summarily, otherwise than by awarding a minor punishment, he must ask the soldier whether he desires to be dealt with summarily, or to be tried by a district court-martial; and the soldier may, if he chooses, thereupon elect to be tried by a district court-martial».

¹⁷³ Une punition «sommaire» était une peine qui affectait la paie du soldat : *ibid.* à la p. 58.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Une punition «mineure» était une peine qui n'affectait pas la paie du soldat : *ibid.* à la p. 59.

¹⁷⁶ *Ibid.* à la p. 60.

¹⁷⁷ La nouvelle *LDN* permettait de regrouper en une seule loi les lois suivantes : *Royal Military College Act*, R.S.C. 1927, c. 131 ; *Militia Act*, R.S.C. 1927, c. 132 ; *Militia Pension Act*, R.S.C. 1927, c. 133 ; *Department of National Defence Act*, R.S.C. 1927, c. 136 ; *Royal Canadian Air Force Act*, S.C. 1940, c. 15 ; *Naval Service of Canada Act*, *supra* note 147 ; voir Étude du juge-avocat général, *The National Defence Act : Explanatory Material*, document interne, 1950 [ci-après *Notes explicatives : LDN, 1950*].

¹⁷⁸ H.G. Oliver, «Canadian Military Law» (1975) 23 *Chitty's L.J.* 109 à la p. 112.

peacetime, it is desirable that differences between disciplinary provisions as between peace and war be reduced to the absolute minimum in order to train the regular forces for war-time conditions¹⁷⁹.

Le droit militaire britannique est une source importante de notre droit militaire¹⁸⁰. Ce droit s'est développé selon deux avenues parallèles, l'une concernant les forces navales, l'autre concernant les forces terrestres (et aériennes par la suite)¹⁸¹.

En ce qui concerne les forces navales, le droit coutumier régissait en grande partie l'instance sommaire jusqu'en 1860¹⁸². Typiquement, les amiraux britanniques se réservaient le pouvoir de juger les cas les plus graves¹⁸³ et les autres cas pouvaient être jugés sommairement par le capitaine du vaisseau¹⁸⁴. Même après 1860, les pouvoirs des capitaines de vaisseau étaient considérables ; ceux-ci pouvaient en effet juger sommairement tout membre du rang (mais pas les officiers) étant soupçonné d'avoir commis une infraction, sauf si l'infraction en question était passible de mort¹⁸⁵.

En ce qui concerne les forces terrestres britanniques, entre 1689 et 1879, les pouvoirs disciplinaires de la chaîne de commandement étaient spécifiés dans les *Mutiny Acts* annuels et les *Articles of War* (publiés lorsque requis)¹⁸⁶. En 1879 le Parlement britannique consolida¹⁸⁷ le droit militaire (suivant la consolidation du droit «naval», environ quinze années auparavant). La peine maximale de détention pouvant être in-

¹⁷⁹ *Notes explicatives : LDN, 1950, supra* note 177 à la p. 136C.

¹⁸³ McDonald, *supra* note 1 à la p. 2 :

Because Canadian Forces military law relied initially upon the customs, traditions and legislative developments concerning the British military forces, any meaningful discussion of Canadian Forces military law requires a review of its British roots. In Britain, military law developed along two distinct pathways : one relating to the naval forces and the other relating to the land (or military) and air forces.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.* aux pp. 7-8.

¹⁸³ Voir par ex. les instructions du comte de Lindsay en 1635 (voir *ibid.* à la p. 5) : «[I]f any seaman [...] shall raise faction, tumult, or conspiracy, or commit manslaughter, or murder, or shall quarrel, or fight, or draw blood, or weapon to that end, or commit theft, or other heinous capital offence, you shall cause precise information to be brought to me thereof, that I shall inflict condign punishment upon each offender».

¹⁸⁴ Voir toujours les instructions du comte de Lindsay en 1635 (*ibid.*) :

If any under your command in that ship shall be a common swearer, blasphemmer, railer, drunkard, pilferer, or sleep at this watch, or make a noise, and not betake himself to his place of rest after the watch is set, or shall not keep his cabin cleanly, or be discontented with his proportion of victuals, or shall spoil or waste them, or any other necessary provisions for the ship, or shall commit any insolency or disorder, fitting by you to be corrected, you are to punish them according to the order and custom of the sea.

¹⁸⁵ *Ibid.* à la p. 9.

¹⁸⁶ *Ibid.* aux pp. 13-15.

¹⁸⁷ *Army Discipline and Regulation Act, 1879, 42 & 43 Vict., c. 33 (R.-U.)* ; remplacé par la *Army Act, 1881, supra* note 169. Cette dernière loi éliminait les punitions corporelles en tant que mesures disciplinaires : voir McDonald, *ibid.* à la p. 17.

fligée par un commandant à un soldat variait selon le type d'infraction, celle encourant le maximum de vingt-et-un jours étant l'absence sans permission¹⁸⁸.

Le pouvoir de juger les militaires au Royaume-Uni était si fréquemment laissé à la discrétion de l'exécutif¹⁸⁹ qu'une controverse vît le jour : d'une part, les généraux exigeaient le pouvoir de maintenir directement la discipline dans l'armée et, d'autre part, le Parlement exigeait que le soldat demeure justiciable de la *common law*¹⁹⁰. Les généraux prirent position qu'ils ne seraient pas responsables des troubles qui pourraient s'ensuivre s'ils ne pouvaient pas garder leur pouvoir disciplinaire. En conséquence, le Parlement ne retira pas la juridiction disciplinaire à la chaîne de commandement¹⁹¹.

Aux États-Unis, une controverse similaire, relative aux cours martiales, eut lieu au début du siècle, cette fois au sein même de l'armée américaine¹⁹². D'une part, un juge-avocat général par intérim, le brigadier-général Ansell, prit position que «the rule of law must be supreme in the Army's system of military justice just as the rule of law must be supreme in the civilian world»¹⁹³ ; et, d'autre part, le juge-avocat général, le major-général Crowder, croyait que «the commander in the field was not free to ignore the law, but in the absence of any legal or administrative institutional checks and balances, he was free to interpret and apply it as he understood it»¹⁹⁴. Le brigadier-général Ansell croyait que la Constitution des États-Unis, quoique permettant à l'exécutif de nommer les juges, ne permettait pas à l'exécutif (en l'espèce, l'armée) d'être juge. Certaines suggestions faites par le brigadier-général Ansell ont été retenues, certaines ont même pris plus de trente ans avant d'être mises en application. Cependant, la chaîne de commandement américaine retient toujours un pouvoir minimal de juger sommairement un accusé militaire¹⁹⁵.

Le pouvoir de la chaîne de commandement de punir directement existe depuis fort longtemps :

[I]t was impossible for cowardice or disobedience to escape the severest punishment. The centurions [l'équivalent approximatif d'un major] were authorized to chastise with blows, the generals had a right to punish with death ; and it was an inflexible maxim of Roman discipline, that a good soldier should dread his officers far more than the enemy. From such laudable arts did the valour of

¹⁸⁸ McDonald, *ibid.*

¹⁸⁹ Clode, *supra* note 100.

¹⁹⁰ *Ibid.* à la p. 84.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Lindley, *supra* note 100.

¹⁹³ *Ibid.* à la p. 36.

¹⁹⁴ *Ibid.* «General Crowder defended the existing theory of courts-martial as instrumentalities of the military commander for the enforcement of discipline», *ibid.* à la p. ix.

¹⁹⁵ L'expression employée est *non-judicial punishment*, *supra* note 161.

the Imperial troops receive a degree of firmness and docility, unattainable by the impetuous and irregular passions of barbarians¹⁹⁶.

Maintenant que nous avons complété cette très brève incursion dans notre passé, examinons en quoi, du point de vue disciplinaire et psychologique, l'instance sommaire représente un outil nécessaire au maintien de la discipline dans les Forces canadiennes. Plus particulièrement, examinons en quoi la peine de détention est nécessaire.

c. *Considérations disciplinaires et psychologiques*

Comme nous l'avons vu ci-dessus¹⁹⁷, la protection de l'article 11(d) de la *Charte* joue puisque l'accusé militaire risque une peine de détention¹⁹⁸ à l'issue du procès sommaire. Comment est-il possible de prouver qu'une peine de détention de trente jours est nécessaire et qu'elle représente une mesure minimale afin que la chaîne de commandement puisse s'acquitter de ses responsabilités disciplinaires ?

La réponse à cette question n'est pas évidente¹⁹⁹. D'une part, il est possible qu'un tribunal donne un certain poids aux traditions militaires voulant que la chaîne de commandement dispose du pouvoir de juger sommairement un accusé militaire. D'autre part, il est possible qu'un tribunal soit plus exigeant, eu égard au fait que ces traditions militaires ne se sont pas développées sous des régimes de droits subjectifs enchâssés dans une Constitution. En l'espèce, il est possible qu'un tribunal requiert une explication complète, franche et directe quant à la nécessité de maintenir la peine de détention. En somme, la Couronne doit répondre à la question suivante : pourquoi est-il nécessaire qu'un commandant puisse infliger une peine de détention ?

Répondre à cette question nous emmène sur un terrain relativement nouveau, car il s'agit ni plus ni moins d'expliquer le comportement humain. Si on enlève la peine de détention des pouvoirs de punition du commandant, la discipline dans les Forces canadiennes serait-elle affectée et, dans l'affirmative, dans quelle mesure ? Nous croyons que pour répondre adéquatement à cette question, il faut explorer les dimensions de l'humain qui sont le plus souvent tenues pour acquises. Nous pensons en l'espèce au pouvoir dissuasif d'une peine de détention. Bien que développer ce thème dépasse le cadre de ce texte, quelques points saillants méritent considération quoique, pour leur rendre justice, une étude plus approfondie serait nécessaire.

¹⁹⁶ E. Gibbon, «The Decline and Fall of the Roman Empire» dans M.J. Adler, dir., *Great Books of the Western World*, vol. 37, 2^e éd., Chicago, Encyclopædia Britannica, 1990 à la p. 5.

¹⁹⁷ Voir la partie I.D de ce texte.

¹⁹⁸ Dans certains cas, il est possible que l'accusé ne risque pas une peine de détention, *i.e.*, lorsque l'accusé, eu égard à l'infraction et à sa gravité, n'a aucun droit d'option à la cour martiale : voir *ORFC*, *supra* note 24, art. 108.17(1).

¹⁹⁹ Il n'y a pas un consensus évident en la matière, *e.g.* le juge-avocat général précédent, le brigadier-général P.G. Boutet, a déjà exprimé de sérieux doutes quant à la nécessité de la détention en tant que peine pouvant être infligée lors d'une instance sommaire : *Rapport Dickson*, *supra* note 10 aux pp. 49-50.

Intuitivement, la plupart de nous avons remarqué que les membres de notre entourage sont motivés par différentes considérations. Certaines personnes agissent surtout en fonction de l'effet dissuasif attaché aux conséquences fâcheuses de certains actes : un enfant ne vole pas dans un magasin car il a peur d'être attrapé, un adulte limite sa vitesse sur l'autoroute car il craint la contravention. D'autres personnes agissent surtout en fonction de récompenses, comme par exemple recevoir l'approbation de son entourage, ou une promotion. D'autres encore agissent en fonction d'une moralité sociale ; la personne qui ne tente jamais de déjouer l'impôt car elle accepte que l'intérêt de la société passe avant le sien entre dans cette catégorie. Finalement, il y a aussi ceux qui agissent en fonction de principes de moralité universels qui transcendent les normativités étatiques ; le juge qui reconnaît l'accusé coupable, mais suspend son jugement dans le cas d'une femme monoparentale qui a volé pour nourrir son enfant, est un exemple patent.

Le propos qui précède a été articulé plus rigoureusement par Lawrence Kohlberg²⁰⁰. Pour les fins de notre démarche, il suffit de retenir de son analyse que, statistiquement, différentes personnes sont à différents stades de développement moral.

Appliqué en l'espèce, le constat précédent dicte le résultat suivant : il y aura toujours dans les Forces armées canadiennes un nombre appréciable de militaires qui, en l'absence de punitions sévères, seront portés à ne pas respecter le *Code de discipline militaire*. Ce constat est d'autant plus vrai dans le contexte d'un conflit armé où l'armée compte dans ses rangs des conscrits et fait face à de grandes tensions dans ses rangs. Pour ces personnes, la sévérité de la peine a une incidence directe sur leur

²⁰⁰ *The Philosophy of Moral Development*, vol. 1, San Francisco, Harper & Row, 1981 aux pp. 147-68. Le professeur Kohlberg élabore une théorie du développement moral au sein de laquelle on retrouve une classification en six «stades» de développement moral.

Le stade 1 («rules-and-order-obeying») définit un ordre moral régi par la loi du plus fort.

Le stade 2 envisage une moralité fondée sur la réciprocité, par exemple : n'interférez pas avec moi, je n'interfererai pas avec vous. Les personnes à ce stade justifient typiquement le bris de normes sociales (quelqu'un qui vole de la drogue pour un copain) par des justifications de réciprocité (j'ai volé la drogue pour mon copain parce que j'aurai peut-être besoin qu'il le fasse pour moi plus tard).

Le stade 3 est atteint lorsqu'une personne agit en fonction d'un intérêt supérieur dans ses relations inter-personnelles, par exemple, si on demande à une personne ce qu'il faut faire lorsqu'on est frappé, une personne au stade 2 répondra «qu'il faut frapper en retour» (réciprocité), alors qu'une personne au stade 3 essaiera tout d'abord d'imaginer ce qu'elle désirerait si les rôles étaient inversés (fais aux autres ce que tu aimerais qu'on te fasse).

Au stade 4 («rules-and-order-maintaining»), la personne prend ses décisions et agit en fonction d'une normativité de communauté, ainsi, au lieu d'agir strictement en fonction de rôles inversés (stade 3), elle agit en fonction de ce qui est mieux pour la société.

Le stade 5 («rules-and-order-creating») est atteint «[w]hen attention shifts from the defense of law and order to the legislation necessary to maximize the welfare of individuals [...]. The Stage 5 notion of democracy is one of procedural mechanisms ensuring representation of individuals or pluralistic minorities and making law or society attractive to all of its members» (Kohlberg, à la p. 154).

Finalement, le stade 6 représente une moralité transcendant tout cadre normatif positif et se fondant sur une éthique universelle.

comportement. Une chaîne de commandement privée du pouvoir d'infliger une peine de détention n'inspirerait pas, à ces militaires, le même effet que la chaîne de commandement actuelle²⁰¹ :

The removal of the power of trial and punishment from the very person who must ensure that discipline is maintained will severely weaken the commander's ability to persuade subordinates to comply with orders. The threat of punitive sanctions remains part, albeit the least desirable part, of the persuasion process. The removal of summary powers from the officer personally responsible for the conduct of military operations would also create the situation where the military commander could order the subordinate to perform an act which might cause the subordinate's death, but could not punish the subordinate for a breach of discipline. The responsibility of military commanders is an all encompassing one which includes powers over life and death. By necessity that responsibility must also include the power to fully instill discipline in the personnel who must carry out the orders²⁰².

Ce bref tour d'horizon de diverses considérations disciplinaires et psychologiques n'a pas la profondeur nécessaire pour constituer une preuve. L'objectif était simplement d'indiquer une piste en la matière.

d. Sommaire

À partir du moment où il est accepté qu'il est nécessaire de donner à la chaîne de commandement le pouvoir de juger sommairement un accusé militaire, il s'agit de déterminer si la peine de détention doit faire partie des pouvoirs de punition des commandants.

Or, nous avons vu que la France et l'Allemagne, bien que ces pays n'aient plus d'équivalent militaire aux cours martiales canadiennes, ont quand même accordé à la chaîne de commandement le pouvoir de juger sommairement un accusé, assorti de la peine de détention, si nécessaire : la France, soixante jours, l'Allemagne, sept à quatorze jours. Les États-Unis et le Royaume-Uni ont aussi une instance sommaire militaire dans le cadre de laquelle une peine de détention peut être infligée, la peine maximale variant de vingt-huit, soixante et quatre-vingt-dix jours selon le cas.

Ensuite, nous avons vu que du point de vue disciplinaire, bien que la peur d'une peine ne soit pas le facteur dominant qui motive le soldat à agir ou qui empêche le

²⁰¹ La peur des sanctions n'est pas le facteur dominant qui motive une personne à combattre, bien sûr. Ultimement, il est généralement admis que ce qui motive le soldat à combattre, même au coût de sa vie, est le sentiment d'identification et d'appartenance aux Forces armées : A. Kellett, *Combat Motivation : The Behavior of Soldiers in Battle*, The Hague, Kluwer Nijhoff Publishing, 1982 à la p. 334 ; voir aussi W.D. Henderson, «Military Law and Combat Effective Military Units» dans Canada, Ministère de la Défense nationale, *Summary Trial Working Group Report*, vol. 2, document interne (mars 1993) à la p. 6 de la partie C : «The only reliable force on the battlefield potent enough to make a soldier advance under fire is his loyalty to a small group and the group's expectation that he will advance».

²⁰² Watkin, *supra* note 86 à la p. 76.

soldat d'enfreindre le CDM, il demeure qu'un nombre appréciable de militaires demeureront toujours influencés par l'étendue du pouvoir répressif de la chaîne de commandement. En ce sens, enlever la peine de détention aux commandants exerçant leur juridiction sous l'instance sommaire aurait probablement des effets négatifs.

Nous croyons qu'en présence de justifications de nature disciplinaire et psychologique qu'il soit prudent et avisé de conclure qu'un procès sommaire, même si la peine de détention peut être infligée, satisfait au volet des mesures minimales de l'arrêt *Oakes*.

6. Proportionnalité : entre l'objectif et les effets préjudiciables

Ce volet du test *Oakes* exige qu'il y ait proportionnalité entre l'objectif reconnu important, soit, de permettre une résolution rapide des problèmes disciplinaires, et les effets des mesures restreignant le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial.

Nous croyons que ce volet est satisfait de façon évidente. Plusieurs sources indiquent que le maintien de la discipline (l'objectif) est en grande partie redevable, lorsque les mesures disciplinaires sont requises, à l'utilisation de procès sommaires au lieu des cours martiales²⁰³.

7. Proportionnalité : entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques

L'arrêt *Dagenais*²⁰⁴, appliqué en l'espèce, exige que l'allocation à la chaîne de commandement du pouvoir de juger directement les militaires sous sa charge puisse se justifier eu égard aux effets bénéfiques de la violation de l'article 11(d) de la *Charte*. Nous croyons que ce volet est aussi satisfait de façon évidente. Une attention accrue aux droits constitutionnels de l'accusé se traduit invariablement par un processus plus complexe, et cette complexité engendrerait délais et incertitudes dans un contexte militaire.

Il y a un équilibre nécessaire à trouver entre, d'une part, les protections complètes accordées à un criminel relevant d'une cour criminelle ordinaire et, d'autre part, une justice militaire trop expéditive. Cet équilibre, au moins conceptuellement, existe ; et une fois atteint, ses effets bénéfiques justifient ses effets préjudiciables. Rien ne permet de croire que le procès sommaire actuel ne reflète pas cet équilibre.

Conclusion

Le jour viendra, tôt ou tard, où le procès sommaire des Forces armées canadiennes sera contesté devant nos tribunaux. Si ce jour n'est pas encore venu, c'est sans doute dû

²⁰³ «Quelque 98 p. 100 des 4 000 à 5 000 instances impliquant annuellement des membres des Forces canadiennes sont jugées sommairement» : *Rapport Dickson*, *supra* note 10 à la p. 44 ; voir aussi Friedland, *supra* note 96 à la p. 94 ; voir également Heard, *supra* note 13 à la p. 525.

²⁰⁴ *Supra* note 140.

à un ensemble de facteurs, notamment la difficulté d'initier un recours en justice²⁰⁵. Mais lorsque ce jour viendra, quelle sera la démarche adoptée par les tribunaux ?

Dans ce texte, nous avons suggéré une analyse en deux temps. La première étape consistait à déterminer si l'instance sommaire et, plus particulièrement, la peine de détention associée au procès sommaire, enfreignaient la *Charte*. En ce qui concerne l'article 11(d), nous en sommes venus à la conclusion qu'il est inutile de comprimer artificiellement le sens de l'expression «droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial» pour accommoder le procès sommaire. La nature même de l'instance sommaire dans les Forces canadiennes reflète la mise en œuvre législative d'une toute autre valeur : celle de permettre à la chaîne de commandement de juger directement les accusés militaires sous sa juridiction. Ainsi, l'instance sommaire ne prétend pas satisfaire aux critères d'impartialité et d'indépendance de l'arrêt *Valente*. Mais il ne s'agit pas là d'une faiblesse, bien au contraire. Cependant, eu égard à l'état du droit actuel, il faut conclure qu'il y a dérogation à l'article 11(d) de la *Charte*. C'est la possibilité de l'imposition d'une peine de détention qui dicte ce résultat.

La deuxième étape consistait à examiner s'il était possible de sauvegarder le procès sommaire et la peine de détention, et ce, selon trois avenues. La première consistait à déterminer s'il y a abandon permanent de garanties constitutionnelles lorsqu'un civil devient militaire ; nous avons constaté que ce n'est probablement pas le cas²⁰⁶.

Ensuite, nous avons examiné si le droit d'option à la cour martiale ne pourrait pas être interprété comme une procédure de renonciation ponctuelle au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. En l'espèce, nous avons remarqué que même si la procédure permettait de conclure qu'il y avait renonciation dans les faits, il est peu probable qu'un tribunal, eu égard à la nature particulière et fondamentale des garanties constitutionnelles prévues à l'article 11(d) de la *Charte*, conclue qu'il soit possible de renoncer à ces droits.

S'il n'est pas possible de renoncer au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, quelles sont les conséquences pour les Forces canadiennes ? Imaginons un accusé militaire qui, *dans les faits*, renonce à exercer son droit d'option à la cour martiale, subit le procès sommaire et écope de trente jours de détention. Surpris, déçu et même furieux, il décide de faire une demande de révision (une fois que les recours administratifs sont épuisés, *i.e.* la demande de révision auprès de la chaîne de commandement) en Cour fédérale. Il invoque que son droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, garanti par l'article 11(d) de la *Charte*, n'a pas été respecté. Il plaide que sa renonciation n'a pu produire d'effets juridiques puisqu'il est impossible de renoncer à ce type de droit. Comment faire pour éviter une telle situation ?

²⁰⁵ Concrètement, il est peu probable qu'une personne qui a accepté de subir un procès sommaire et qui a été condamnée décide soudainement de réclamer la protection de l'art. 11(d) de la *Charte*. Si c'était le cas, cette personne devrait faire une demande de révision, l'acheminer jusqu'au dernier palier de révision, et faute d'obtenir satisfaction, devrait faire une demande de révision judiciaire en première instance de la Cour fédérale.

²⁰⁶ Sauf, naturellement, en ce qui concerne l'exception explicite faite à l'art. 11(f) de la *Charte*.

Nous suggérons, pour éviter une telle situation, que les autorités de révision au sein des Forces canadiennes aient le pouvoir d'ordonner une cour martiale *de novo*²⁰⁷ ou de référer le dossier à quelqu'un qui a ce pouvoir, comme le directeur des poursuites militaires, lorsque le moyen invoqué par le militaire est la garantie constitutionnelle prévue à l'article 11(d) de la *Charte*. Ou, alternativement, il est suggéré qu'il s'agirait du dispositif approprié en Cour fédérale.

L'étape finale de notre étude consistait à examiner s'il était possible de justifier l'instance sommaire sous l'article 1 de la *Charte*.

Nous croyons que le procès sommaire dans les Forces canadiennes peut être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*. Un résultat contraire, en plus d'aller à contre-courant des États-Unis, de l'Allemagne, de la France et du Royaume-Uni enlèverait à la chaîne de commandement, à toutes fins pratiques, le pouvoir de juger directement un accusé. Même si l'on ne fait que supprimer la peine de détention en laissant le reste de l'instance sommaire intact, nous croyons que cette musefière sur le corps des officiers des Forces canadiennes pourrait avoir un résultat fâcheux. Il est irréaliste de demander à un corps d'officiers de s'acquitter adéquatement de ses responsabilités si ce même corps d'officiers ne possède pas des pouvoirs disciplinaires suffisants.

Pourquoi faudrait-il faire une exception pour les Forces armées canadiennes dans notre société, en accordant la peine de détention dans le contexte d'une instance disciplinaire ? Considérant les responsabilités tout à fait uniques du corps des officiers, nous croyons que la réponse s'impose d'elle-même :

The direction, operation, and control of a human organization whose primary function is the application of violence is the peculiar skill of the officer. [...] The skill of the officer is the management of violence ; his responsibility is the military security of his client, society. The discharge of the responsibility requires mastery of the skill ; mastery of the skill entails acceptance of the responsibility. Both responsibility and skill distinguish the officer from other social types. All members of society have an interest in its security ; the state has a direct concern for the achievement of this along with other social values ; but the officer corps alone is responsible for military security to the exclusion of all other ends²⁰⁸.

²⁰⁷ Incidemment, cette recommandation a déjà été faite : voir Watkin, *supra* note 86 à la p. 289.

²⁰⁸ S.P. Huntington, «Officership as a Profession» dans M.M. Wakin, dir., *War, Morality, and the Military Profession*, 2^e éd., Boulder (Colo.), Westview Press, 1986 aux pp. 27, 30.

Annexe

Pour fins de comparaison²⁰⁹, le texte de la *Loi sur la défense nationale* en vigueur avant le 1^{er} septembre 1999 non reconduit selon P.L. C-25²¹⁰ est rayé dans le texte ci-dessous, et le texte nouveau est en italiques :

~~163. (1) Le commandant a le pouvoir discrétionnaire de peut juger sommairement un l'accusé, pourvu si que les conditions suivantes soient observées sont réunies :~~

- a) ~~il s'agit d'un élève-officier ou d'un militaire du rang d'un grade inférieur à celui d'adjudant ;~~
- b) ~~le commandant il estime que ses pouvoirs de punition sont suffisants, eu égard à la gravité de l'infraction ;~~
- c) ~~l'accusé n'a pas choisi, aux termes de règlements pris par le gouverneur en conseil, d'être jugé en devant une cour martiale, dans les cas où ce choix est prévu ;~~
- d) ~~l'infraction ne fait pas partie de celles que les règlements du gouverneur en conseil excluent de sa compétence ;~~
- e) ~~le commandant n'a aucun motif raisonnable de croire que l'accusé est inapte à subir son procès ou était atteint de troubles mentaux au moment de la perpétration de l'infraction reprochée.~~

Restriction

~~(1.1) (2) Le commandant ne peut, dans les cas suivants, présider le procès sommaire d'un juger sommairement l'accusé à moins que, dans les circonstances, aucun autre commandant ne soit en mesure de le faire :~~

- a) ~~il a mené ou supervisé directement l'enquête relative à l'accusation ;~~
- b) ~~le procès sommaire porte sur une infraction à l'égard de laquelle un mandat a été délivré il a délivré en application de l'article 273.3 un mandat relativement à l'infraction en cause ;~~
- c) ~~il a porté — directement ou indirectement — les accusations.~~

Sentences

~~(2) (3) Sous réserve des conditions énoncées au présent article à la section 2 en matière de peines et à la partie V en matière de peines, le commandant présidant un procès sommaire peut prononcer une sentence comportant une ou plusieurs des peines suivantes, énumérées dans l'ordre décroissant de gravité :~~

²⁰⁹ La comparaison porte seulement sur le procès sommaire devant commandant : *LDN, supra* note 7, art. 163. Les modifications apportées aux procès sommaires devant des commandants supérieurs sont similaires : voir *ibid.* art. 164.

²¹⁰ *Supra* note 11.

- a) détention pour une période maximale de quatre-vingt-dix *trente* jours, sous réserve des dispositions suivantes :
- (i) ~~une telle peine, dans le cas d'un militaire du rang d'un grade supérieur à celui de soldat, ne peut être exécutée qu'après approbation d'une autorité compétente et que dans la mesure ainsi approuvée;~~
 - (ii) ~~la portion excédant trente jours ne peut être exécutée qu'avec l'approbation d'une autorité compétente et que dans la mesure ainsi approuvée;~~
- b) ~~rétrogradation d'un grade, mais seulement après approbation d'une autorité compétente et dans la mesure ainsi approuvée;~~
- c) ~~perte de l'ancienneté;~~
- d) ~~c) blâme ;~~
- e) ~~d) réprimande ;~~
- f) ~~e) amende n'excédant pas un mois de solde de base ;~~
- g) ~~f) peines mineures.~~

Définition de «autorité compétente»

(3) Au paragraphe (2), la mention «autorité compétente» vise :

- a) ~~soit un officier détenant au moins le grade de brigadier-général;~~
- b) ~~soit un officier détenant au moins le grade de colonel et désigné à ce titre par le ministre pour l'application du présent article.~~

Délégation

(4) Le commandant peut, sous réserve des règlements pris par le *du* gouverneur en conseil et dans la mesure où il le juge à propos, déléguer à un des officiers sous ses ordres les pouvoirs ~~que lui confère le présent article de juger sommairement un accusé, ce pouvoir ne permettant de prononcer que les~~ *mais en les* limitant aux peines suivantes :

- a) détention pour une période maximale de quatorze jours ;
- b) blâme ;
- c) réprimande ;
- d) amende n'excédant pas quinze jours de solde de base ;
- e) peines mineures.

Témoignages sous serment

(5) ~~Les témoignages sont recueillis sous serment si le commandant président le procès sommaire l'ordonne ou si l'accusé le demande, le commandant étant tenu de l'informer de son droit à cet effet.~~

Approbation réglementaire de certaines peines

(6) ~~L'imposition de certaines peines, spécifiées par règlement du gouverneur en conseil, est subordonnée à l'obtention réglementaire d'une autorisation préalable.~~

163.1. (1) S'il décide qu'il y a lieu de donner suite à l'accusation mais qu'il ne procède pas au procès par voie sommaire, le commandant, conformément aux règlements du gouverneur en conseil :

- a) soit défère l'accusation à un autre officier ayant le pouvoir de juger sommairement l'accusé ;*
- b) soit la transmet à l'officier habilité par règlement du gouverneur en conseil à saisir en l'espèce le directeur des poursuites militaires.*

(2) La décision de ne pas donner suite à l'accusation n'empêche pas l'exercice ultérieur d'une poursuite à son égard.

(3) Dans le cas où le commandant décide de ne pas donner suite à l'accusation, la personne qui a porté l'accusation peut, dans les cas prévus par règlement du gouverneur en conseil, la transmettre à l'officier visé à l'alinéa (1)b).
